

ISSN 0567 - 5936

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS NÚMERO 23

# ANALES

SEGUNDA ÉPOCA

AÑO XXX - NÚMERO 23



Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Todos los derechos reservados

© Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Av. Alvear 1711 - primer piso - Tel. 44-9327

(1014) Buenos Aires - Argentina

PUBLICACIONES  
DE LA  
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS

"Anales" — *Primera época*, Nº 1 (1915) — *Segunda época*,  
Nº 1 a 23.

SERIE II — OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTÍN DE VEDIA y ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA.
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CORDOBA.
3. *La nueva ciencia política constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
4. *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
5. *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA RIESTRA.
6. *La libertad, elección, amor, creación*, por MANUEL RÍO.
7. *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RÍO.
9. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.

10. *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
11. *Historia del Derecho Politico*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA (2 tomos).
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUÍN C. MARTÍNEZ.
13. *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER (2 tomos).
14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.
15. *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.
16. *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.
17. *Primeros Académicos de Derecho - 1925*.
18. *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.

#### SERIE III — COMUNICACIONES

"Comunicaciones" — Nº I.



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico DR. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

Vicepresidente

Académico DR. JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI

Secretarios

Académico DR. ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA

Académico DR. JOSÉ DOMINGO RAY

Tesorero

Académico DR. HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE

## COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico DR. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

Vocales

Académico DR. GERMÁN J. BIDART CAMPOS

Académico DR. HÉCTOR P. LANFRANCO

Académico DR. JORGE M. MAYER

## ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD:

	<i>Nombre del stitai</i>	<i>Fecha de incorporación</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 de mayo 1956
Dr. José Manuel Saravia	Mariano Moreno	21 julio 1959
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	Antonio Bermejo	6 julio 1960
Dr. Marco Aurelio Risolia	Aristóbulo del Valle	6 mayo 1963
Dr. Jorge M. Mayer	Estanislao S. Zeballos	28 agosto 1963
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Miguel S. Marienhoff	José María Moreno	7 setiembre 1965
Dr. Juan Francisco Linares	José A. Terry	24 noviembre 1965
Dr. José M. López Olaciregui	Lisandro Segovia	26 junio 1967
Dr. Ambrosio Romero Carranza	Bartolomé Mitre	18 octubre 1967
Dra. Margarita Argüas	Nicolás Ayellaneda	9 octubre 1968
Dr. Héctor P. Lanfranco	Domingo F. Sanniento	9 octubre 1968
Dr. Enrique Ramos Mejía	Lucio V. López	9 octubre 1968
Dr. Germán J. Bidart Campos	Manuel Quintana	15 julio 1971
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez	Rodolfo Rivarola	15 julio 1971
Dr. Manuel María Díez	José Figueroa Alcorta	15 julio 1972
Dr. Federico N. Videla Escalada	José M. Estrada	30 noviembre 1972
Dr. José María Ruda	Eduardo Acrevedo	1 agosto 1974
Dr. Manuel V. Ordóñez	José N. Matienzo	15 octubre 1974
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varcla	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Roberto Martínez Ruiz	Roque Sáenz Peña	19 octubre 1978
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Mario Justo López	Juan R. Bihiloni	30 octubre 1980
Dr. Efraim Pablo S. Guastavino	Roberto Repetto	30 octubre 1980
Dr. Julio César Cueto Rúa	Alfredo Colmo	11 setiembre 1981
Dr. Horacio García Belsunce	Félix Gregorio Frias	12 mayo 1983
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Jorge Bustamante Alshra	Dalmacio Vélez Sarsfield	9 mayo 1985
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985

## ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Manuel Río

23 agosto 1984

## MIEMBROS CORRESPONDIENTES

*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha de incorporación</i>
Dr. Levi Fernández Carneiro	Brasil	4 julio 1946
Dr. Pedro Calmón	Brasil	4 julio 1946
Prof. Federico A. Gil	EE. UU.	27 agosto 1958
Prof. William Whatley Pierson	EE. UU.	27 agosto 1958
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Georges Vedel	Francia	19 julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Alfredo Poviña	Córdoba	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavalía	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Manuel García-Pelayo y Alonso	España	12 noviembre 1981

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Alvarez	Dr. Juan Agustín García
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Juan M. Garro
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Carlos Iburguen
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Hilario Larguía
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Tomás Le Breton
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Ricardo Levene
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Francisco Canale	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Alfredo Colmo	Dr. José N. Matienzo
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Mauricio P. Darack	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. José Luis Murature
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis M. Drago	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Jorge Figueroa Alcorta	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Adolfo F. Orma

Dr. Alberto K. Padilla  
Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñero  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Horacio C. Rívarola  
Dr. Rodolfo Rívarola  
Dr. José M. Rosa  
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
Dr. Alejandro Ruzo

Dr. Diego L. Saavedra  
Dr. Carlos Saavedra Lamas  
Dr. Antonio Sagarna  
Dr. Raymundo M. Salvar  
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo  
Dr. Juan Silva Riestra  
Dr. Sebastián Soler  
Dr. Juan B. Terán  
Dr. José A. Terry  
Dr. David de Tezanos Pinto  
Dr. Gastón Federico Tobal  
Dr. Ernesto J. Urc  
Dr. Enrique Uriburu  
Dr. Benjamín Victorica  
Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Clodomiro Zavallía  
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS





EL PENSAMIENTO DE VÉLEZ SARSFIELD  
A 114 AÑOS DE VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL

*Disertación ofrecida por el académico Dr. Jorge Bustamante  
Alsina, en oportunidad de su incorporación a la Academia  
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires,  
el 8 de agosto de 1985*



*Discurso de recepción ofrecido por el Académico  
Dr. Roberto Martínez Ruiz*

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, siguiendo una invariablemente respetada tradición, ha puesto siempre especial celo en ajustarse a las pautas que por falta de una anterior ley general que las estableciera, fijó el decreto-ley del 30 de noviembre de 1955, determinando el régimen que gobierna a todas las Academias Nacionales tratando de cumplir el propósito de constituir el órgano adecuado de la sociedad para manifestación, progreso y acrecentamiento de las ciencias. A tal fin, y ajustándose a los objetivos expuestos en los considerandos de dichas normas orgánicas, al producirse vacantes en su seno, se analiza con esmero los antecedentes de los juristas que pueden ser elegidos, para llenarlas con quienes por calidad moral y el valor de su obra personal, han adquirido el caudal de experiencia y profundidad de conocimientos que los habilitan para brindar su aporte en la tarea que debe abordar la Corporación, para poder así cumplir ésta sus objetivos, que hacen a la intensificación del estudio del derecho y llegar por la difusión del fruto de su trabajo a prestigiar la cultura nacional.

Nuestra tarea es silenciosa, pero constante y se refleja en el denso contenido de cada ejemplar de sus *Anales* que da cuenta de las exposiciones hechas en sus actos públicos, de las comunicaciones de sus miembros en sus sesiones privadas, conferencias de los académicos pronunciadas en otras instituciones, de las actas que reflejan las inquietudes expuestas con motivo de las reuniones periódicas, las declaraciones que se efectúan con relación a cuestiones de interés general que de alguna manera se vinculan con el orden jurí-

dico y la contestación a las consultas que los poderes públicos le formulan especialmente con motivo de proyectos legislativos o cuestiones institucionales.

Quien revise todo el amplísimo material que contienen los *Anales* verificará el reflejo de tantos años de trabajos de la Academia, en el cumplimiento de la fundamental directiva que la inspira de sostener las instituciones republicanas y el Estado de Derecho que emana del cumplimiento de los textos de la Constitución Nacional, instrumento de gobierno eficazmente logrado por los constituyentes, por el equilibrio y recíproco control de las tres funciones del ejercicio del poder, en las declaraciones que formula, derechos que reconoce y garantías que acuerda a todos los habitantes.

Es que en nuestra venerada Ley Suprema están explícitamente consagradas las normas rectoras del orden jurídico que imponen la subordinación del Poder de Gobierno al Derecho, y la razón de ser de la Academia es contribuir al perfeccionamiento de un ordenamiento legal que permita llegar a la solución de moral y de justicia en la vida de relación y al decidirse por los jueces los conflictos que se someten a su decisión.

Es por ello que nuestra Academia en toda su trayectoria se ha plegado a los esfuerzos por exaltar la dignidad del hombre, el reconocimiento explícito de los derechos que a él son inherentes, la seguridad económica y social, el valor de la preservación de la paz, el repudio de todas las discriminaciones, la acentuación de las garantías individuales, y en el eterno conflicto entre sociedad y persona, admitiendo que los derechos deben reglamentarse en aras del bien común, se ha puesto énfasis en los que el Estado ineludiblemente debe reconocer, de modo que medie un racional punto de equilibrio entre ambas posiciones.

La penosa pérdida del Dr. Eduardo Busso, que era al tiempo de su desaparición uno de los más antiguos miembros de número y que llegó a presidir la Academia, nos obligó a pensar en un jurista que pudiera ocupar su sitio, que lleva el nombre de nuestro ilustre codificador Dalmacio Vélez Sarsfield. Estoy persuadido de que se ha acertado en la elec-

ción del doctor Jorge Horacio Bustamante Alsina, a quien hoy recibimos, que reúne las condiciones que exige la tarea que estamos convencidos que cumplirá y que continuará la línea trazada por su distinguido antecesor en la especialidad de derecho civil.

El curriculum del doctor Bustamante Alsina le honra por ser la expresión de una brillante ascensión, alcanzada por una vida de disciplinada contracción al estudio, la investigación y la docencia universitaria. Obtuvo sus títulos de abogado y doctor en Jurisprudencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, ejerció en forma activa la profesión y consagrado por su vocación a la enseñanza, llega en 1960 a la cátedra de Derecho Civil, Parte General, como profesor adjunto por concurso, en la Facultad en que había abrevado sus conocimientos. En 1968 fue ya Profesor Titular interino de Derechos Reales, y al año siguiente, por concurso, obtiene la cátedra titular de Derecho de las Obligaciones en que aún se desempeña. También fue Profesor de Derecho Privado en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, y de Derecho Civil, II curso, en la Universidad del Museo Social Argentino.

Fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, designado en agosto de 1976; en 1981 se lo nombró Profesor Titular Consulto, y actualmente preside la Comisión Académica del Departamento de Derecho Privado.

En otras funciones de carácter universitario y profesional, que demuestran su preocupación por cuanto se vincule a la vigencia y progreso del orden jurídico, por mencionar sólo algunas, recordaré su actuación como Director del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires entre 1963 y 1966, desempeño que con él compartí durante esos cuatro años, en que lo presidieron el doctor Alejandro Lastra ilustre abogado cuya reciente desaparición ha sido unánimemente lamentada, el doctor Esteban Canale Demaría y el doctor Alberto Robredo Albarracín.

Entre 1963 y 1973, fue Director del Departamento de

Extensión Universitaria de la Facultad de Derecho. El dinamismo que puso en su cargo, dio los frutos de una brillante labor cultural, lograda por el aporte de distinguidos hombres de ciencias, letras, músicos y artistas, obtenido merced a su empeñosa actividad.

Fue Miembro de la Asociación Argentina de Derecho del Seguro, y correspondiente de la Asociación Internationale de Droit des Assurances con sede en París.

Secretario de la sección de Derecho Civil del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, presidió la comisión organizadora de las VII jornadas de Derecho Civil de 1979, y desde 1981 hasta ahora, preside la Comisión de Derecho Civil del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

En 1982 fue designado por la Corte Suprema Miembro del Tribunal de Ética Forense de la Ciudad de Buenos Aires, que presidió en 1983 y recientemente ha sido designado por la Corte Suprema conjuez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, ha participado en numerosos Congresos, jornadas y conferencias de Abogados, destacándose por las ponencias que en ellas presentó e intervención que le cupo en los debates.

A todo ello, debo agregar su obra escrita, sus trabajos que sería imposible enumerar por lo numerosos y sus libros que han tenido muy amplia difusión, especialmente su *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, del que han aparecido ya cuatro ediciones y el más reciente, su recopilación de trabajos titulado *Responsabilidad Civil y otros Estudios*.

Sobre la primera de dichas obras, me permito repetir palabras de la recensión bibliográfica de la 4ª edición que apareció en la revista "El Derecho", y que hizo el distinguido jurista doctor Félix A. Trigo Represas, que expresó:

"Cuando en el año 1972 apareció por vez primera la *Teoría General de la Responsabilidad Civil* del doctor Bustamante Alsina, cuya cuarta edición comentamos, se incorporó a la bibliografía nacional, enriqueciéndola, la primera obra completa de un jurista argen-

tino, que a la manera de los grandes tratados franceses de los hermanos Mazeaud o de René Savatier, encaraba en forma global, como un todo único, el estudio integral de la problemática de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, apoyándose para ello en dos fundamentos: el hecho de que ambas cuentan con presupuestos esencialmente iguales, y con una télesis asimismo común, cual es la necesidad de reparar el daño que soporta el damnificado”.

También merece destacarse un trabajo que bajo su dirección publicó la Cátedra a su cargo, sobre *Repetición del pago de lo que no se debe*, cuestión que carecía en la bibliografía nacional de una producción especializada que abarcara todos los aspectos del tema.

La Enciclopedia Saraiva de Direito, que dirige el profesor Limongi Franca en la Academia Brasileira de Letras Jurídicas, incluye una colaboración suya sobre temas particulares de responsabilidad civil, aparecida en 1983.

Pero poco sería enunciar una larguísima nómina de investigaciones, trabajos monográficos y frecuentes colaboraciones en Revistas Jurídicas, si no destacara el aporte de real originalidad de muchos de ellos que son expresión de su fibra y valor como jurista. Me refiero por ejemplo a su publicación sobre *El nuevo régimen de las incapacidades* según la reforma de 1968 del Código Civil, de excepcional utilidad para la comprensión del tema. También revistió en su momento especial importancia su contribución sobre *Deudas de dinero y de valor* donde expuso el alcance de su distinción y la posibilidad de suprimirla. Fue igualmente novedoso su trabajo sobre *Nuevas fronteras de la responsabilidad civil*, en que propugnó una revisión del sistema actualmente vigente, así como el referente a la *Pluralidad de sujetos civilmente responsables*.

En el arduo y polémico tema de la mora, sus estudios en que vinculó la cuestión con la concepción dinámica del patrimonio, y expuso en notas a fallos judiciales, fueron aco-

gidos en fallos plenarios, uno de la Cámara Civil en la Capital y dos de la Cámara Comercial.

Además de los trabajos citados, que han influido en el Derecho Judicial, recordaré los referentes a la responsabilidad por daños causados por productos elaborados, cuestión difícil y de vital actualidad, y los del alcance de la responsabilidad médica, como los que impone la omisión de asistencia, y la correcta tesis de exclusión de la responsabilidad objetiva como consecuencia de intervenciones quirúrgicas aunque los daños pudieran resultar de la utilización de instrumental, pues sensatamente demuestra que sólo puede justificar la imputación de consecuencias dañosas, la personal actividad objetable del profesional con motivo de la técnica operatoria empleada.

Señores, debo excusarme por la extensión de mi exposición de antecedentes del nuevo académico; pero pienso que debía decir por qué se le han abierto las puertas de la Corporación.

Doctor Bustamante Alsina, no debo ocultar mi sentimiento personal de complacencia por contarle entre nosotros. Es que no podía ser menos, dada la circunstancia de habernos unido muy largos años de común trabajo en la misma Cátedra de Derecho Civil, en los Institutos de la Facultad y en el Colegio de Abogados, todo lo cual permitió estrechar la cordial amistad que se inició en nuestras ya lejanas épocas de estudiantes.

Bienvenido a esta casa, y nos es ahora grato escuchar su autorizada palabra sobre un tema de apasionante interés, como es el del pensamiento de Vélez Sarsfield a 114 años de la vigencia de su monumental obra: *El Código Civil Argentino*.



## EL PENSAMIENTO DE VÉLEZ SARSFIELD A 114 AÑOS DE VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL.

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Señores Académicos, señoras y señores:

En primer lugar agradezco al Señor Presidente sus palabras de bienvenida y también a los señores académicos por haberme honrado al decidir mi incorporación a esta honorable Corporación que tanto prestigia a la cultura jurídica de nuestro país.

En particular expreso mi profundo agradecimiento al Dr. Roberto Martínez Ruiz por los conceptos que acabamos de escuchar. No puedo poner en duda la sinceridad de los sentimientos del Dr. Martínez Ruiz, pero debo creer que ellos le han sido fuertemente inspirados por la antigua amistad que nos une desde hace muchos años, como él mismo acaba de recordar, amistad que ha nacido de la participación en tareas comunes desde los años en que, como estudiantes, realizamos un seminario sobre la Teoría de la causa, con la participación, entre otros, de los Dres. José María López Olaciregui y Roberto Repetto, bajo la dirección del Dr. Profesor Héctor Lafaille y la coordinación del entonces flamante egresado, Dr. Roberto Martínez Ruiz.

Tiempo después las circunstancias nos llevaron a integrar juntos durante dos períodos, el Directorio del Colegio de Abogados de Buenos Aires, y, desde 1960 obtuvimos en el mismo concurso el cargo de Profesores Adjuntos que compartimos en una misma Cátedra de Derecho Civil, Parte General, durante algunos años. Finalmente y hasta hace

poco tiempo actuamos contemporáneamente en la delicada misión de juzgar la conducta de nuestros colegas, integrando el Tribunal de Ética Forense de la Capital Federal, por designación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y cuya Presidencia tuve el honor de desempeñar durante el año 1983, último período de normal funcionamiento de aquel digno Tribunal.

Cuando hace ya muchos años comencé mis estudios de derecho en la vieja Facultad de la calle Las Heras, y cuando tiempo después egresé de ella con mi título de abogado, poniendo desde entonces mi empeño en el estudio del Derecho Civil, muy lejos estaba yo de pensar que algún día sería incorporado a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, y que tendría el honor de ocupar el sitial que lleva el nombre de Dalmacio Vélez Sarsfield.

Esto constituye para mí un inmenso orgullo y me compromete a poner todos mis esfuerzos para justificar siquiera en parte este prominente y honroso destino.

Quiero en esta ocasión de tanta trascendencia en mi vida universitaria, recordar a quien fuera también ilustre miembro de esta Academia, el Dr. Aquiles Horacio Guaglianone, maestro del Derecho, humanista y hombre de bien, a quien tuve el privilegio de conocer de cerca durante largo tiempo por haberme invitado a integrar como adjunto su cátedra en los prestigiosos cursos de obligaciones que dictó durante muchos años. Él me dijo una vez: "el jurista debe estudiar constantemente hasta elaborar su pensamiento jurídico e integrarlo en una doctrina que tiene el deber de hacerla conocer para someterla a la crítica fecunda que es como progresa la ciencia del derecho". Desde entonces yo he seguido esa disciplina de trabajo y hoy, al incorporarme a esta Academia agradezco al maestro y al amigo que fue el Dr. Guaglianone sus enseñanzas y su estímulo.

## DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD

Dalmacio Vélez Sársfield nació con el siglo, el 18 de febrero de 1800, vivió todos los instantes decisivos de la historia de su patria y murió en la gloria merecida, después de darle la base institucional de su organización civil, el 30 de marzo de 1875. Bien pudo decir el Presidente Avellaneda al despedir sus restos: ¡Al fin descansa!

La circunstancia de haber visto la luz en el interior del país en un pequeño pueblo de la provincia de Córdoba, en el centro geográfico de lo que es hoy la República Argentina, pareciera haber sido una premonición del destino que le esperaba, como artífice de un ordenamiento jurídico que iba a servir para afianzar la Nación, consolidar la unión de sus conciudadanos y promover el progreso de la legislación sobre la base común de un derecho sabiamente codificado.

Vélez Sársfield obtuvo a los 18 años el título de bachiller en artes y a los 20 se graduó de bachiller en leyes. Dictó un curso de Economía Política en la recién creada Universidad de Buenos Aires que le valió el título de Doctor en Derecho por decreto de Rivadavia, reconociendo sus méritos académicos.

Su vida política se inició como diputado por San Luis al Congreso Constituyente de 1824 y, después de un breve exilio en Montevideo, vuelve a Buenos Aires donde ejerce su profesión de abogado y comienza en 1833 su actividad de publicista anotando las *Instituciones de Derecho Real de España* del jurista guatemalteco José María Álvarez y editando el *Prontuario de Práctica Forense* de Manuel Antonio de Castro agregándole algunas notas propias. En esa misma época escribe su estudio sobre *Derecho Público Eclesiástico y Discusión de los Títulos del Gobierno de Chile a las tierras del Estrecho de Magallanes*.

En 1852 se encuentra con Mitre en la Legislatura de Buenos Aires, impugnando el Acuerdo de San Nicolás en las famosas jornadas de junio. Su encendida oratoria parlamentaria hizo decir a Avellaneda: "Vélez tomó posesión de la tribuna Argentina para ser durante veinte años el primero

de nuestros oradores". Su inquietud de periodista se manifiesta por ese entonces fundando el diario "El Nacional", desde donde exhibe sus amplios conocimientos de política, de finanzas, de relaciones exteriores y de todo lo que constituye un programa de gobierno para una nación del futuro.

Fue Ministro de Obligado entre 1856 y 1857 y de Alsina en 1859. Participó en la Convención Provincial de 1860 que revisó la Constitución Nacional de 1853 pronunciando un brillante discurso de exhortación a la unión de los pueblos, que mereció el caluroso elogio de Sarmiento. Después de Pavón integró en 1862 el "Ministerio Histórico" del Presidente Mitre en la Cartera de Hacienda, a la que hubo de renunciar porque su programa de reforma financiera para reducir el déficit fiscal tuvo la resistencia del Congreso Nacional.

El 20 de octubre de 1864 por decreto del Presidente Mitre también suscripto por el Ministro de Instrucción Pública, Eduardo Costa, se lo nombra para redactar un proyecto de Código Civil. Por su actuación pública, Vélez tenía una valiosa experiencia de gobierno y, unida ésta a su vasta cultura jurídica, le permitió encarar la tarea de codificación con un claro sentido de la realidad del país que le llevó a terminar su obra en un tiempo relativamente breve. El primer libro del proyecto lo presentó el 21 de junio de 1865 y el último el 20 de agosto de 1869, siendo ya Sarmiento Presidente de la Nación y el mismo Vélez Sarsfield su Ministro del Interior. El 29 de septiembre de ese mismo año se promulgó la ley 340 que ponía en vigencia el nuevo Código a partir del 1º de enero de 1871.

Volcó Vélez en su proyecto la más copiosa bibliografía clásica y moderna que existía en el país y la que llegó en ese entonces a Buenos Aires. Las fuentes consultadas por el Codificador, agotan todos los antecedentes legislativos y de doctrina universal clásica y contemporánea existentes a la época en que preparó el proyecto.

El derecho romano fue fuente directa y también indirecta a través de sus clásicos comentaristas. Las leyes de Partidas, el Fuero Real y las Recopiladas, son constantemente

citadas en sus notas, y el Derecho Patrio fue tenido en cuenta sobre todo en Derecho de Familia. El Código Napoleón que inició en 1804 el movimiento moderno de codificación constituyó igualmente una fuente muy importante del proyecto, a través de la numerosa doctrina de los autores que en él menciona, pero en particular Aubry et Rau cuyo *Cours de Droit Civil* tuvo el Codificador a la vista en su tercera edición de 1858.

Capítulo aparte merece la influencia que tuvo en Vélez Sarsfield la *Consolidación de las Leyes Civiles* y el *Esbozo* de Augusto Teixeira de Freitas, como lo reconoció aquel en el oficio del 21 de junio de 1865 cuando remitió al gobierno los dos primeros libros del proyecto. Ambos juristas trabajaron contemporáneamente en una tarea parecida, manteniendo una cordial relación epistolar. Vélez Sarsfield vio coronado su esfuerzo. Freitas sintió la amargura de la frustración.

El fruto óptimo de este extraordinario jurista ha sido su Código Civil. Su pensamiento tiene aún vigencia después de más de cien años de haber iluminado su magnífica obra.

## EDUARDO BERNARDO BUSSO

El destino ha dispuesto que me corresponda suceder en el sitial de Dalmacio Vélez Sarsfield al Dr. Eduardo Bernardo Busso quién lo ocupara desde su incorporación a esta Academia el 28 de mayo de 1956.

El jurisconsulto y maestro que fue el Dr. Busso, honró la ciencia jurídica argentina, formó generaciones de estudiosos del derecho, dió ejemplo de su conducta honorable y supo transmitir el calor de sus sentimientos y su bonhomía a quienes gozaron de aquella amistad que él sabía brindar generosamente y con natural sencillez.

El Dr. Busso inspiró siempre admiración por su talento, gratitud por sus enseñanzas, respeto por la rectitud de su conducta, y afecto por su bondadosa personalidad.

Nacido en la Provincia de Buenos Aires, el 28 de ju-

nio de 1898, se graduó de abogado en la Facultad de Derecho de Buenos Aires y obtuvo allí el Doctorado en 1920 con su tesis sobre *Métodos de interpretación en nuestra jurisprudencia civil*. Fue profesor adjunto de Derecho Civil entre 1926 y 1938 y Profesor Extraordinario de esa materia desde 1938 a 1946 en la Facultad de Derecho donde se graduó. Ha sido también profesor honorario, miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, donde se desempeñó igualmente como Presidente del Instituto de Derecho Civil.

Su actividad científica además de sus valiosas enseñanzas impartidas desde la cátedra universitaria, se ha desplegado en Congresos y Conferencias Nacionales e Internacionales como también en numerosos trabajos científicos publicados en revistas jurídicas nacionales y extranjeras.

Fue Presidente de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. También fue miembro del Consejo de la Interamerican Bar Association, de la Interamerican Society of International Law y Vicepresidente de la rama argentina de la Association Henri Capitant.

La obra más importante que la literatura jurídica argentina le debe al Dr. Busso es el *Código Civil Anotado*, publicado en seis volúmenes que abarcan el desarrollo de los artículos del Código Civil hasta la extinción de las obligaciones por el pago (art. 766).

Las notas de doctrina nacional y extranjera puestas a cada artículo del Código con riguroso método científico, constituyen una exhaustiva exposición de cada tema, desde los desarrollos de aquella vastísima bibliografía y citas legislativas que servirían de fuente a nuestro Codificador hasta las más modernas teorías de la ciencia del derecho expuestas a la época en que se publicó la obra.

Contó para ese trabajo el Dr. Busso con la colaboración de un grupo calificado de jóvenes estudiosos que luego se han destacado por sus valiosas enseñanzas desde la cátedra universitaria y por sus importantes aportes a la bibliografía jurídica nacional. El Dr. Busso ha sabido formar ese grupo con la experiencia del maestro capaz de valorar las calidades

de sus discípulos, y ha sabido también dirigir la tarea de exposición y coordinación, tanto en la técnica de construir metódicamente la obra, como en la orientación científica necesaria para darle la unidad de un mismo pensamiento a la doctrina jurídica que constituye su contenido.

No habría completado una auténtica semblanza de la rica personalidad del Dr. Busso, si no me refiriese a su destacada actuación en la función de gobierno cuando fue Ministro del Interior y Justicia de la Nación en el año 1955, desde cuyo cargo asumió la delicada responsabilidad de reorganizar el Poder Judicial, y, posteriormente en 1956, durante la Presidencia del General Aramburu cuando le tocó quedar al frente de la cartera del Interior después de separada ésta del Ministerio de Justicia.

Su consagrada vocación de jurista no le impidió sin embargo, prestar su atención a las actividades rurales, que le atraían con singular entusiasmo, como si fuese a buscar en la pureza de la vida de campo la inspiración necesaria para comprender mejor a los hombres y hallar así la esencia de las normas que llevan a la plena y sana convivencia, en una perfecta realización del derecho.

Bien expresan el sentido de su vida, aquellas palabras que fueron el lema bajo el cual le ofrecieron un homenaje hace casi cuarenta años sus discípulos y amigos: "Ama el derecho y lo enseña; ama a la tierra y la cultiva".

Tremenda es la responsabilidad que me espera, al ocupar este sitio bajo el peso de una tradición brillante, por la gloria de quien le dio el nombre y por el prestigio de quienes supieron conservarla.

## EL PENSAMIENTO DE VÉLEZ SARSFIELD A 114 AÑOS DE VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL

A 114 años de la vigencia del Código Civil nos proponemos mostrar las líneas fundamentales del pensamiento del Codificador plasmadas en su proyecto, el cual ha constituido la más adecuada instrumentación legal de los derechos y ga-

rantías que consagra la Constitución Nacional y cuya permanencia en el tiempo hasta nuestros días, es la mejor demostración de su acierto en la regulación armónica y flexible del ejercicio de las libertades individuales en el ámbito del derecho privado. Regulación armónica, porque el Código no tiene norma alguna ni principio general que lo ponga en conflicto con las declaraciones, derechos y garantías que forman la parte dogmática de la Ley Fundamental. Las libertades individuales allí consagradas se despliegan en nuestro Código, a través de un ordenamiento coherente, integrado y sistemático que realiza y consolida aquellos derechos fundamentales. Decimos también, que la regulación es flexible porque ha podido perdurar a través del tiempo, permitiendo incorporar sin violentar su espíritu, ni quebrantar su estructura normativa, todas las reformas necesarias para adecuarlo a las transformaciones sociales, culturales, políticas y económicas operadas después de su sanción. Es esa plasticidad de nuestro Código la que no sólo permitió realizar sin agravio a sus principios la reforma de 1968, sino que hizo también que la jurisprudencia de los tribunales del país, con un sentido cabal de la responsabilidad y un criterio funcional encomiable, como lo señaló la Comisión Reformadora de entonces, hubiera llevado la interpretación de la ley al punto de evolución en que lo halló esta última, al plasmar esos principios renovadores en la letra de la ley sin que ello significase quebrar la unidad del Código, ni alterar su armonía o negar su filosofía de la libertad. Todo ello fue posible porque Vélez Sarsfield nos dio un Código, no diremos técnicamente perfecto, pero sí maravillosamente humano.

Se ha dicho que el Código Civil Argentino es un Código individualista. Esta afirmación pertenece a Abel Chagneton (*Historia de Vélez Sarsfield*, 2ª edición, t. II, pág. 230), que es quien mejor ha estudiado la vida y la obra de Vélez Sarsfield, agregando: "El Codificador argentino estaba pues, dentro de nuestra tradición política al consagrar un sistema jurídico de tipo individualista, que era, por lo demás, un dogma de la época". Sin embargo, el mismo autor señala



el eclecticismo que equilibra en el proyecto, las sugerencias que imponía al Codificador su tradición jurídica con los dictados de su experiencia política y social. Tal vez la crítica que más peso ha tenido en la opinión de nuestros juristas ha sido la expuesta por León Duguit en las Conferencias que dio en nuestra Facultad de Derecho en los meses de agosto a septiembre de 1911, donde calificó a nuestro sistema de metafísico e individualista y destacó la sustitución constante y progresiva de ese sistema por el que llamó realista y socialista, al exponer su teoría de la función social como opuesta a la noción tradicional del derecho subjetivo (*Las transformaciones del derecho privado desde el Código Napoleón*, Trad. S. Posada, Madrid).

No voy a cometer la ingenuidad de sostener que nuestro Código no responde a una filosofía política individualista; sería negar la esencia de la doctrina que informa el cuerpo de leyes que redactó Vélez Sarsfield y sería también desconocer la realidad histórica dentro de la cual vivió el Codificador, formó su espíritu y cultivó su inteligencia.

Sin embargo, el mentado individualismo del Código Civil, no está constituido por una concepción enfáticamente absolutista y egocéntrica, que se agota en la exaltación del individuo frente a la omnipotencia del Estado. Ello valdría tanto como poner al individuo contra el Estado en una postura beligerante y destructiva de toda organización política, olvidando por otra parte que esa clase de individualismo también pone al hombre frente al hombre haciendo imposible toda forma de convivencia social. La exaltación del individuo frente al Estado lleva a la anarquía y la disolución. La exaltación del individuo frente a sus semejantes genera la violencia y conduce a la esclavitud.

La primera función del Estado moderno dice Bidart Campos (*Derecho Constitucional*, 1966, t. II, p. 102) es dar expresión constitucional a los derechos humanos. En la constitucionalización de los derechos individuales debe tenerse presente su carácter ambivalente, es decir ante el Estado y ante los demás hombres. El sujeto pasivo de la relación jurídica es tanto el individuo órgano del Estado, como el indi-

viduo particular. Expresa el mismo autor que en nuestro siglo, las declaraciones de derecho van dejando de lado su tinte individualista para adquirir otro social, y cita a Linares Quintana quien denomina a esta tendencia, constitucionalismo social, entendiéndolo que se trata de normatizar la idea de que los derechos individuales deben estar limitados en función del interés de la colectividad.

La libertad, decía Alberdi, es esencialmente limitada; termina para cada hombre donde empieza la de su semejante. Es oportuna la cita de Rossi Pellegrino que hace Bidart Campos: la libertad del individuo es legítima hasta el punto en que, por sus actos ella obstaculiza el desenvolvimiento y el bienestar de la especie. A su vez la acción del cuerpo social es legítima en tanto ella no pretenda aniquilar la libertad individual. Es ésta la misma idea que expresa el filósofo inglés Bertrand Russell en su estudio sobre *Autoridad e Individuo*, Fondo de Cultura Económica, 1961, cuando afirma que los gobiernos desde que empezaron a existir desempeñaron dos funciones; una negativa y otra positiva. La negativa ha consistido en evitar la violencia ejercida por particulares, protegiendo la vida y la propiedad, al establecer las leyes penales y ponerlas en vigor. La positiva está en el fin buscado de facilitar la realización de las aspiraciones que se estiman comunes a la gran mayoría de los ciudadanos.

La filosofía política del Código Civil no puede ser otra que la filosofía política del Estatuto Fundamental, pues aquel no es sino el instrumento para poner en ejercicio los derechos individuales que en él se reconocen y garantizan, dentro de las relaciones jurídicas del derecho privado. De tal suerte que aquel ordenamiento de leyes está vaciado en el molde de la Constitución Nacional y tiene con ésta un vínculo de filiación que lleva la impronta de su origen y la identidad de una misma naturaleza.

Esta concepción del individualismo es lo que llamamos individualismo liberal y que García Pelayo (*Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1961, p. 143), califica de

individualismo abstracto por oposición al individualismo concreto o vital.

Este último, según el autor que citamos, parte de los individuos como seres singulares y no tiene en cuenta lo común; afirma el derecho del individuo a extender su esfera hasta donde lo permita su poder. El individualismo abstracto o liberal concibe a los individuos en el aspecto genérico "como hijos de una misma carne y de una misma sangre" y llega a la conclusión de que cada individuo tiene igual pretensión al despliegue de su existencia y, por ende, el deber de respetar esta pretensión en los demás. Esto significa, afirma García Pelayo, que el liberalismo admite un momento trascendente, ya que con arreglo al supuesto de que parte, sólo es posible la afirmación del valor y la dignidad de la persona humana y el respeto debido a ella, sobre la base de una común participación de los individuos en ciertas verdades y valores trascendentes a todos ellos y que se hacen inmediatamente cognoscibles por la razón. El Estado liberal afirma la libertad y considera al Estado como instrumento para hacer efectiva esa libertad. Se reconoce así un grupo de derechos individuales que constituyen una esfera de libertad frente al poder del Estado; un principio de organización de su poder de manera que se limite a sí mismo y garantice la vigencia de aquellos derechos (esto es la división de poderes) y, finalmente, la sumisión del Estado a normas jurídicas precisas que aseguren la esfera jurídica individual (esto es el Estado de Derecho).

El individualismo que nosotros ponderamos como la esencia y medida de nuestro sistema constitucional, y, por lo tanto, de nuestro Código Civil, es aquel que pone al individuo dentro del Estado y de la Sociedad, garantizando el libre ejercicio de sus derechos fundamentales frente a los gobiernos y frente a sus semejantes. Es ese individualismo amplio y generoso que pone el acento no en la voluntad omnímoda de cada uno, sino en los atributos naturales del hombre que se despliegan en el ejercicio de sus libertades dentro de los límites que le impone la convivencia social y el orden político legítimo y justo de un Estado de Derecho.

Siendo lo fundamental en la organización republicana el reconocimiento y garantía de las libertades individuales de un orden armónico de relaciones sociales entre los hombres y frente al Estado, reivindicamos para nuestra Constitución Nacional, y nuestro Código Civil, el carácter liberal de su filosofía y su expresión positiva contra una concepción crudamente individualista, que niega la convivencia entre los hombres y la coexistencia en un Estado políticamente organizado.

Pervive a través de 114 años de existencia de nuestro Código Civil el espíritu que impulsó a Vélez Sarsfield a dictar un conjunto orgánico de normas apropiadas a las exigencias de la vida política, social, cultural y económica de la Nación que pocos años antes echaba a andar con una Constitución sabia y progresista. Ese espíritu perdura porque la estructura que dio a su obra el ilustre Codificador erige el Derecho Privado sobre los mismos principios de libertad y de bien común que forman el basamento de nuestra organización político-social. Es que la libertad que impregna el orden constitucional pertenece a la esencia misma del hombre y es sobre esa realidad que se asienta el derecho. El art. 19 de nuestra Carta Magna proclama que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden ni la moral pública, ni dañen a un tercero, quedan sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados. Es ésta una esfera de libertad que sustrae la intimidad del hombre a la acción del Estado. En el ámbito externo de la conducta pública, ningún habitante será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.

Vélez Sarsfield traduce estos axiomas con honda convicción en el artículo 53 del Código Civil, donde expresa con referencia a las personas de existencia visible, que les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueran expresamente prohibidos. En el art. 910 se repite con igual vehemencia, que nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto. Así, la libertad política que la Constitución proclama para el hombre dentro

de la sociedad y frente al Estado se convierte, de esa manera, en la libertad jurídica de desenvolver su personalidad en la órbita del Derecho Privado, mediante el reconocimiento de los derechos subjetivos.

Esta filosofía de la libertad es el punto de partida de todo el sistema jurídico plasmado en el Código Civil, y esa libertad es preservada en su esencia, aun contra los propios actos del individuo que pretende limitarse a sí mismo en la plenitud de sus derechos subjetivos. No tiene otro alcance la prescripción según la cual los hechos que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia no pueden ser objeto de los actos jurídicos, como lo enuncia el art. 953. Tampoco pueden constituir condiciones de los hechos humanos, aquellos actos que comporten restringir la libertad de fijar domicilio, mudar de religión o cambiar de estado civil, según las prohibiciones del art. 531.

El terminante enunciado del art. 1197 en cuanto al principio de la autonomía de la voluntad en orden a la autorregulación convencional de la conducta, y del art. 2513 en cuanto a las facultades que comporta el dominio en orden a su carácter absoluto, parecieran desmentir el concepto de individualismo liberal que le hemos atribuido a nuestro Código y afirmar, en cambio, la idea de un individualismo absoluto. Sin embargo, esa aparente omnipotencia de la voluntad individual que impone la ley de las partes en el contrato, expresada en el adagio: *pacta sunt servanda*, y ese arbitrio voluntarista enunciado en relación al dominio por el cual las facultades que se confieren al propietario pueden ser ejercidas según su voluntad, hallan un límite infranqueable cuando se oponen al interés común o atentan contra la moral y buenas costumbres. El art. 21 del Código Civil determina perentoriamente que: "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres", principio que aparecía generalizado en el art. 5, ahora derogado según el cual "ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público".

Los derechos subjetivos en general, en la perspectiva de nuestro Código no son incompatibles con el respeto de los derechos de los demás, y se afirman en una visión depurada a través de la preeminencia del interés común, expresado en el orden público y las buenas costumbres, de las que no es posible apartarse poniendo como objeto de los actos jurídicos hechos que sean contrarios a la regla moral so pena de quedar fulminados de nulidad absoluta, como si no tuvieran objeto, según el art. 953. Son esas buenas costumbres que, según la expresión del Codificador consisten en el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas.

Este precepto tiene el alcance de una idea fuerza que impregna todo el sistema normativo e institucional del Código con un sentido ético regulador de todas las relaciones jurídicas. De allí que la doctrina de los autores mayoritariamente, y la jurisprudencia de los tribunales de modo casi uniforme, hubiesen admitido antes de la reforma de 1968, principios moderadores del ejercicio de los derechos subjetivos, los cuales pudieron incorporarse al sistema del Código, con natural sustentación en toda una gama de valoraciones éticas y sociales indispensables para la realización de la justicia, y que el pensamiento del Codificador con un amplio sentido moralizador y previsor volcó en su proyecto. Es así como la Comisión Reformadora de 1968 pudo concretar en textos legislativos la lesión subjetiva, la revisión judicial de la cláusula penal excesiva, la imprevisión que pone remedio a la lesión sobreviniente, y el abuso del derecho que en la letra del Código según el enunciado del art. 1071, Vélez Sarsfield parecía rechazar.

Compartimos, por lo tanto, la aguda observación de Martínez Ruiz en su magnífica exposición sobre *Lo permanente y lo nuevo en el Derecho Civil*, en oportunidad de incorporarse a esta Academia, cuando afirma que: "el Derecho Civil tiene un privilegio de sustantividad que hace a su permanencia y lo eleva sobre las proyecciones circunstanciales de las etapas políticas que deben siempre realizarse en función del derecho" y agrega el académico que integró la

Comisión Reformadora: "Sustentada la razón de la perduración y permanencia del Derecho Civil puede verificarse que en esencia lo que puede presentarse como nuevo en él son, en principio, sólo técnicas nuevas para perfeccionar lo que ya ínsitamente contenía".

Es importante desentrañar el pensamiento del Codificador con respecto a la calificación de individualista hecha al Código por la mayoría de sus comentaristas, y que nosotros hemos refutado, atribuyéndole un carácter eminentemente liberal compatible con una perspectiva social de los derechos subjetivos. En este aspecto lo más significativo tal vez lo hallamos en su concepción del dominio, pues es esta institución la que revela en mayor grado las tendencias legislativas en orden a los fenómenos sociales. El dominio en su versión genérica de propiedad es, como la libertad y la familia, una expresión humana natural, permanente e indestructible.

La propiedad ha sido cuestionada en todos los tiempos. Sus fundamentos, sus fines, su justificación y su alcance han sido motivo de discusión de filósofos, políticos, economistas, moralistas y sociólogos. Ninguna institución como la propiedad, ha experimentado en igual grado la influencia de los fenómenos sociales de todo tipo y ninguna categoría del pensamiento jurídico ha sufrido más la presión de las ideologías.

Al decir de Josserand (*El Espíritu de las Leyes y su Relatividad*, Ed. Cajica, Méjico, 1946), "el derecho de propiedad ha sido considerado tradicionalmente como el derecho individual por excelencia, como el prototipo del derecho absoluto; el derecho revolucionario al aceptar y aún fortificar la herencia del pasado, le ha reconocido fundamentalmente el valor de un atributo natural e imprescindible, inviolable y sagrado de la personalidad humana, al mismo título que la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión". Bajo el peso de esta herencia le tocó a Vélez el problema de definir este poder soberano del hombre sobre las cosas y redactó el art. 2506 diciendo que: "el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la

voluntad y a la acción de una persona". Fuertes dudas habrá tenido nuestro Codificador para no imitar al Código francés, que cita en la nota, y que en el art. 544 define la propiedad diciendo que: "es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta". Habrá hesitado frente a aquella ley de la Partida 3ª que también cita y donde por el contrario, se lee: "puede facer el home en lo suyo lo que quisiere, pero débelo facer de manera que non faga daño ni tuerto a otro".

Parece claro que Vélez Sarsfield no se propuso atribuir al dominio un carácter absoluto en el modo de ejercer las facultades que ese derecho comporta, pues aquella omisión resulta patente, más aún si se tiene en cuenta que en la parte final de la nota al art. 2506 dice que acepta la definición de los jurisconsultos Aubri et Rau y estos autores en su *Cours de Droit Civil Français*, 3ª edición, t. II, p. 169, definen el dominio como "el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida, de una manera absoluta y exclusiva a la voluntad y a la acción de una persona". Vélez acepta la definición pero excluye la parte final: "de una manera absoluta y exclusiva".

Parece claro el pensamiento del codificador, quien deliberadamente se ha apartado de sus fuentes omitiendo el carácter absoluto que éstas atribuyen al dominio en el ejercicio de las facultades propias de ese derecho, lo que no significa desconocer que por absoluto también deba entenderse la suma de aquellas facultades (*plena in re potestas*) y asimismo su oponibilidad *erga omnes* que diferencia a los derechos reales de los derechos personales.

Perturba, sin embargo, a aquella afirmación que acabamos de hacer, la nota del Codificador al art. 2513, donde expresa: "Pero es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye en juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida". Dice antes en la nota con palabras de Demolombe: "Importa, sin



embargo, observar que los excesos en el ejercicio del dominio son en verdad la consecuencia inevitable del derecho de propiedad, pero no constituyen por sí mismos un modo del ejercicio de este derecho que las leyes reconocen y aprueban". Es decir que en el pensamiento de quien así se expresa está insita la idea de que tal modo de actuar no está legitimado, y si las leyes no reconocen ni aprueban esa forma de ejercicio, como allí se dice, se está diciendo también que esa conducta es ilícita. Esta reflexión nutre, sin duda, la idea de Vélez Sarsfield, y demuestra su prudencia al no querer imponer al derecho de propiedad restricciones preventivas fuera de las que conforman el normal ejercicio del derecho de dominio. Si en el hecho de ejercer el dominio se cometieran excesos, ellos no serían legítimos y correspondería a los jueces sancionar; recién entonces, esa conducta así concretada, valorando el alcance de ella frente a la función eminentemente social que le atribuye la ley a ese derecho, ya que no es dado al gobierno, esto es, al legislador, poner restricciones preventivas más allá de las que normalmente configuran la categoría jurídica de aquel derecho real.

Cuando hablamos de la función social que Vélez le atribuye al dominio, nos estamos refiriendo a las limitaciones a su ejercicio normal establecidas, como dice el Codificador, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno del interés general y colectivo, sobre el interés individual (nota al art. 2508). Esas restricciones son impuestas tanto en el interés público, regidas por el derecho administrativo (art. 2611) como en el interés recíproco de los vecinos. Así, también, nos referimos a la máxima limitación que implica imponer al titular del derecho el deber de soportar la privación de su propiedad por causa de utilidad pública (art. 2511). Esta configuración del dominio está inserta en un orden cerrado de prescripciones legales, pero ello no excluye que se pueda hacer una valoración funcional o ética para descalificar un ejercicio irregular o abusivo del derecho subjetivo, aun dentro de los límites formales que le fija la ley.

Este pensamiento de Vélez Sarsfield fue también cap-

tado por Segovia, uno de los juristas de mayor penetración y más vasta cultura jurídica que ha tenido la doctrina nacional. Abordó el análisis de nuestro Código Civil sin prejuicios, sin antecedentes que lo pusiesen en polémica con algún otro intérprete, pues él fue el primero. Estudió los preceptos del Código, analizó sus fuentes y formuló sus críticas muy poco después de promulgado, cerca en el tiempo y próximo a las ideas que formaban la misma atmósfera cultural que respiró el Codificador.

Segovia escribió en la nota 6 del art. 1072 de su numeración, o sea el art. 1071 del Código: "pero si el derecho se ejercita de una manera irregular o agravante y se causa un daño en que interviene alguna culpa o negligencia habrá que responder del perjuicio. . ." Agrega el jurista correntino en la nota 12 a su art. 2515, actual 2513: "Lo absoluto del derecho de propiedad puede restringirse por la ley y la convención". Más tarde, en nota manuscrita en un ejemplar que le perteneció, existente en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, dice Segovia: "... porque el interés y el derecho preferente de la comunidad deben limitar el interés y el derecho particular". Hacemos esta cita porque a pesar del enunciado del art. 1071 del Código de Vélez, creemos, como Segovia, que cuando se refiere ese texto de nuestro Código al ejercicio de un derecho propio, alude implícitamente a un ejercicio regular, funcional y no abusivo. El aforismo romano citado en la nota: *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*, no puede ser entendido de otra manera que a través de preceptos de igual origen que revelan el sentido moral que inspira el genio de los romanos: tal la expresión de Paulo: *non omne quod licet honestum est*, o el pensamiento de Cicerón: *summum jus summa injuria*, que lleva a la justicia por el camino de la equidad.

Esta interpretación que hacemos del art. 1071 en la redacción de Vélez Sarsfield, no violenta el texto original pues aunque no se mencione allí que ese ejercicio debe ser regular, está implícito en el espíritu de una ley que, como nuestro Código Civil, repulsa los hechos contrarios a las buenas costumbres o que se opongan a la libertad de las

acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero, como enfáticamente lo enuncia el art. 953. Así lo entendió la jurisprudencia civil recibiendo la doctrina del abuso del derecho antes de ser sancionada por la ley 17.711 y en general con el beneplácito y favorable comentario de prestigiosos juristas, como lo destaca Martínez Ruiz en sus reflexiones sobre *Lo permanente y lo nuevo en el Derecho Civil*. Es que en el tema de la interpretación de la ley, también lo señala el citado jurista en su comunicación presentada en esta Academia el 8 de noviembre de 1984: "Forzoso es reconocer que los jueces tienen un margen de indudable elasticidad para dictar sus sentencias", con la reserva de que no se llegue a afectar el valor seguridad con la aparente explicación de que es necesario salvar el valor justicia en el caso particular.

Es importante volver a nuestro Codificador para conocer su pensamiento sobre la cuestión de la equidad, tan íntimamente ligada a la interpretación de la ley y a la consideración del carácter absoluto o relativo de los derechos subjetivos en cuyo tema se inserta el abuso del derecho.

Frente a la teoría general de la ley desarrollada en los siglos XVIII y XIX y dentro del criterio inflexible según el cual todo el derecho se agota en la ley, Vélez Sarsfield no podía renegar de la interpretación exegética resultado del racionalismo de la época. Sin embargo, la lucidez de su inteligencia y la amplitud de su espíritu se asomaron a aquella verdad revelada por Aristóteles, expuesta por Cicerón y seguida por la escolástica: lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, sino que es una dichosa rectificación de la Justicia rigurosamente legal. En la nota del art. 512 al rechazar la clasificación y graduación romana de las culpas, deposita su fe en la apreciación judicial, expresando: "cuando la conciencia del juez se halla convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas para fallar conforme a la equidad" y que "el artículo del Código se reduce a un consejo a los jueces de no tener demasiado rigor, ni demasiada indulgencia...".

No daría una visión completa del pensamiento del Co-

dificador si no me refiriese a su sensibilidad frente a insoslayables problemas humanos y a su previsión del futuro respecto al rol de la mujer en la familia.

El art. 325 admite la acción de los hijos naturales para pedir ser reconocidos por el padre o la madre, o para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos. En la nota del artículo recuerda que muchas legislaciones prohíben la indagación de la paternidad, como el Código de Francia y da argumentos en contra de esa prohibición. Me parece oportuno recordar que siendo Vélez Sarsfield legislador en el Estado de Buenos Aires, pronunció en el Senado un discurso el 20 de julio de 1858 contra un proyecto aprobado en la Cámara de Diputados, tendiente a prohibir la investigación de la paternidad ilegítima e incorporar a la legislación la doctrina del art. 340 del Código francés que Ambroise Colin, años después, calificó de "odioso". Al referirse al fundamento del proyecto según el cual se evitarían así pleitos escandalosos, preguntaba Vélez: ¿y cuándo acá son tan castos los oídos de los tribunales de justicia? Y aludiendo a su actuación en el foro recordaba haber visto pleitos de divorcio y nulidad de matrimonio por causas que la decencia no le permitía indicar. Aboga en su discurso por el único derecho que las leyes acordaban al hijo natural, esto es el de pedir alimentos a sus padres cuando por circunstancias extremas carecen de medios de subsistencia, puesto que también de ello serían privados si se aprobase la ley. ¿No es pues, acaso, una inquietud que tiene la misma raíz de aquella que conduce hoy a la equiparación legal de la filiación matrimonial y extramatrimonial?

Es también oportuno señalar aquí que Vélez Sarsfield desenvuelve en aquel discurso en el Senado, por primera vez en el derecho argentino, la teoría de la posesión de estado como medio probatorio de la filiación ilegítima.

Respecto del rol de la mujer en la familia, si bien el Código de Vélez mantenía la subordinación de la mujer a la autoridad marital, siguiendo la tradición legislativa universal en orden a la organización de la familia, revela, sin embargo, el Codificador una inquietud que bien puede con-

siderarse un paso adelante hacia la emancipación civil de la mujer y la igualdad jurídica de los cónyuges.

Dispone el art. 305 que los derechos y deberes del padre sobre sus hijos y los bienes de ellos corresponden a la madre viuda. Su fuente es el Proyecto de Goyena, quien adopta la solución del artículo contra la de otras legislaciones que disponen que la patria potestad se acaba con la muerte del padre, y sigue, en cambio, a aquellas que reconocen que pasa a la madre después del fallecimiento del padre. Dice el Codificador en la nota: "Ésta era la marcha natural de la civilización, elevando, contra las más antiguas costumbres la condición de las madres de familia. El derecho ha marchado también y acabará por ser reconocida en los países cultos la necesidad y conveniencia de poner a la madre en sus relaciones de derecho a la par del padre". Preanuncia así la moderna solución que conduce al ejercicio de la patria potestad compartido por el padre y la madre.

Hemos expuesto el pensamiento de Vélez Sarsfield a través de algunos aspectos significativos del ordenamiento jurídico que constituye nuestro Código Civil, con particular referencia a aquellas instituciones que, concebidas en la época en que fue sancionado aquél, contienen el germen de un desenvolvimiento sorprendentemente apropiado a las transformaciones sociales, políticas y económicas que la humanidad ha experimentado a lo largo de más de un siglo, conformando la proyección temporal de sus ideas, una estructura jurídica válida y apta para su natural adecuación a las exigencias de la Argentina de hoy.

Podemos afirmar que un Código como el nuestro que se asienta en el principio básico de la libertad, se nutre de la buena fe y se enmarca dentro del orden público y la moral, tiene asegurada aun después de 114 años una larga existencia como estructura fundamental del orden jurídico de la Nación. Su filosofía no podrá ser cambiada sin arrancar las raíces históricas de nuestra cultura y nuestra civilización, que se afirman en la libertad y la autoridad, en el orden y la paz, en el Derecho y la Justicia.



DE LA DOCTRINA Y DE LA CLÁUSULA  
CARLOS CALVO

*Disertación ofrecida por el académico Dr. Jorge A. Aja Espil, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 22 de agosto de 1985, precedido de los discursos de recepción.*





*Palabras de apertura del acto por el académico Presidente  
Dr. Segundo V. Linares Quintana*<sup>1</sup>

Tengo el honor de declarar abierta esta sesión pública que realiza la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que está dedicada a la incorporación del nuevo Miembro de Número Dr. Jorge Aja Espil.

Acontecimiento de por sí tan grato provoca además en mi espíritu sentimientos y remembranzas muy especiales que me suscitan honda e indisimulable emoción por el estrecho y prolongado vínculo intelectual y amistoso que me une a tan distinguido recipiendario, nexo espiritual surgido, mantenido y consolidado a través de los años, en la común y noble faena de investigación y enseñanza de la ciencia constitucional y política, y de manera específica en la Cátedra de Derecho Constitucional primera parte de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de la que me honré en ser su titular.

Allí experimenté el particular placer de dar al Dr. Aja Espil el primer espaldarazo como profesor, cargo obtenido

<sup>1</sup> Se encontraban presentes en la sesión pública, además de la Academia, el señor Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, doctor Alberto Benegas Lynch; el señor Presidente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, doctor Miguel S. Marienhoff; el señor Vicepresidente de la Academia Nacional de la Historia, doctor Ricardo Zorraquín Becú; el señor Embajador de Colombia, D. Humberto González Narváez; el señor Embajador del Brasil, D. Joao Hermes Pereira de Araújo y el señor Embajador del Perú, D. Guillermo Hoyos Osorio.

luego de un brillante desempeño en el respectivo concurso de oposición del que fui jurado, para luego incorporarse a esa inolvidable cátedra, integrando un magnífico equipo de trabajo con los prestigiosos juristas y también queridos amigos doctores Juan R. Aguirre Lanari, Carlos Manuel Muñiz y Alberto Rodríguez Galán.

De los justificados méritos y calificados antecedentes del nuevo académico se ocupará en detalle el señor académico de número Dr. Héctor P. Lanfranco, a quien la Corporación que me honro en presidir ha encomendado el discurso de recepción.

Doctor Jorge Aja Espil: tengo el gratísimo honor de hacerle entrega del diploma y la medalla que lo acreditan como Miembro de Número de esta Academia y al felicitarlo efusivamente por tan merecida distinción y desearle el mayor éxito en sus nuevas tareas científicas, permítame que con un fuerte y afectuoso abrazo recuerde aquel otro instante en que tuve también el gratísimo honor de incorporarlo a la Cátedra de Derecho Constitucional primera parte de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

*Discurso de recepción ofrecido por el académico  
Dr. Héctor P. Lanfranco*

I

Digno titular del sillón que lleva como patrono el nombre ilustre de Carlos Calvo será el doctor Jorge A. Aja Espil, a quien la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires recibe hoy, oficialmente, como miembro de número, con la profunda simpatía y respeto de todos sus integrantes. Confieso que, personalmente, me siento muy halagado con la honrosa distinción que significa recibir al nuevo académico, y presentarle la más cálida bienvenida, en nombre de nuestra Corporación.

Tengo el privilegio de ser su amigo desde hace muchos años, amistad iniciada y consolidada en los claustros universitarios. Ello me ha permitido conocer, estimar y admirar su fuerte y afinada personalidad, y compenetrarme de las distintas facetas que la integran: la rara precocidad de su espíritu, la profundidad de su cultura, el equilibrio, la medida y la elegancia de su instrumento de expresión; su veracidad moral, la cortesía de su corazón; todo ello, unido a su innato amor al derecho y a la justicia, y su tenacidad para defenderlos, han conformado el espíritu del jurista, del maestro, y del diplomático que integrará, desde hoy, nuestro cuerpo académico.

Sus antecedentes permiten concebir que será, la suya, una colaboración eficiente, prolongada y de gran envergadura, en la consecución de los fines que constituyen la razón de ser de nuestra Corporación. En un esfuerzo de síntesis, procuraré destacar lo que considero más significativo de su labor.

## II

Abogado y Doctor en Jurisprudencia, títulos otorgados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, su tesis: *Historia y Teoría de los Poderes Implícitos*, fue calificada de sobresaliente y recomendada al Premio "Facultad". Inclinada su vocación, muy tempranamente, por la rama del Derecho Público, llega a la docencia universitaria, presentándose a concurso una vez disipadas las sombras de la segunda tiranía. Había hecho ya su práctica docente como Profesor de Organización Constitucional, en la Escuela Superior de Periodismo; y en 1956, lo vemos actuar como Jefe de Trabajos Prácticos de nuestra Facultad.

Luego su carrera se desenvuelve con naturalidad creciente: Profesor Adjunto de Derecho Constitucional, por concurso, en 1960, prueba por oposición difícil de afrontar dada la alta autoridad del Jurado, y el número y calidad de sus contrincantes. Profesor Titular Interino de la misma disciplina en 1964; Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional Argentino y Comparado, desde 1969, titularidad que supo enaltecer por la originalidad fecunda de sus clases y de sus investigaciones.

Al margen de esa labor, y con las interrupciones lógicas impuestas por las importantes designaciones que recibiera, actúa, con particular eficiencia, como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, primero ante el gobierno de Colombia, entre los años 1971 y 1973; luego ante el gobierno de los Estados Unidos de América, en el período de 1976 a 1981. Mereció honrosas distinciones internacionales: en 1963, fue condecorado con la "Gran Cruz al Mérito por Servicios Distinguidos, de la Orden del Sol", del gobierno del Perú; en 1973, con la "Gran Cruz de la Orden de Boyacá", del gobierno de Colombia y en 1984 con la "Orden del Águila Azteca", del gobierno de México.

Con anterioridad, había ejercido las funciones de Subsecretario del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, durante los años 1962-63, y actuado con parti-

cular prudencia, como Asesor Jurídico, Observador, Jefe de Delegación, Consultor o Delegado, desde los años 1963 a 1972, en distintas conferencias u organismos internacionales con sede en Viena, Punta del Este, Río de Janeiro, Costa Rica, Santo Domingo, Washington y Buenos Aires. En todos esos centros, se impuso por su celo y pulcritud de proceder, por su cultura humanística, por su formación jurídica. Estaba particularmente dotado para ello, y ahora debemos esperar que su idoneidad y vocación de servicio —puestos de manifiesto en los organismos que ha integrado—, le permitan redoblar su esfuerzo, para servicio y provecho de nuestra Academia. Es sabido que las instituciones requieren, para su consolidación, no sólo aptitud e idoneidad de los miembros que las integran, sino que éstos se esfuercen en extraer lo mejor de sí mismos al servicio de la comunidad, poniendo en movimiento todas las potencias concentradas de su ser. Así lo ha hecho Aja Espil, trabajando con entusiasmo, sin declinar nunca en la tarea emprendida.

### III

Ese fervor lo ha puesto de manifiesto especialmente en dos organismos diferentes, caros a su espíritu: la Revista "Jurisprudencia Argentina" y el "Comité Jurídico Interamericano", con sede en Río de Janeiro, integrante de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

En "Jurisprudencia Argentina" trabajó como director ejecutivo durante once años, desde 1955 hasta 1966, en contacto permanente con su Consejo Consultivo, integrado, entonces, por los doctores Clodomiro Zavalia, Héctor Lafaille y Hugo Alsina.

Esa comunicación, con tales maestros, y la intimidad afectiva conseguida con ellos en las reuniones semanales de trabajo, le permitieron recibir la saludable influencia ejercida por esos juristas y día a día, sin proponérselo, fue afinando su espíritu en la línea original y fecunda que supieron darle a ese órgano jurisprudencial. Su alejamiento,

resignando el cargo de director, se impuso al aceptar la representación argentina ante el organismo jurídico de Río de Janeiro.

En el año 1967, Aja Espil concurre a Río como delegado argentino ante el mencionado Comité. Este importante órgano nació en 1927 como *Comité de Jurisconsultos*, siendo nuestro primer representante el doctor Carlos Saavedra Lamas. En 1939 se transformó en *Comité de Neutralidad*, y más tarde, en el *Comité Jurídico Interamericano*, siempre con sede en Río. Su desenvolvimiento, en el más alto nivel, se produce bajo las presidencias de dos eminentes juristas del Brasil, don Francisco Campos y don Raúl Fernández. Aja Espil llegó cuando era presidido por Raúl Fernández, estadista de inmensa gravitación en su país, canciller en dos períodos de su gobierno.

Cerca de él, o bajo su tutela invisible, actuó, en forma intensa, durante dieciocho años: primero como titular, desde 1967 a 1973; luego como Vicepresidente, entre los años 1974-1976; por último como Presidente, en 1976, y durante los años 1982 a 1984. Fue el suyo un trabajo de mucho mérito, imprescindible para cumplir y consolidar los altos fines del Instituto Jurídico puesto en sus manos. Es imposible reseñar su esfuerzo en ese organismo, ni hacer, en este momento, una valoración de sus trabajos; pero puedo, sí, traer el testimonio del mismo Comité, reunido en pleno en sesión solemne, para despedirlo y rendirle homenaje, el 18 de agosto de 1981.

En esa sesión, el doctor Galo Leoro F., que la presidiera, dijo que ese era un "acto de justo homenaje, expresión unánime de todos los miembros del Comité", para quien terminaba su cuarto mandato. . . "A lo largo de los últimos dieciocho años —agregó— el Comité había sido testigo de cómo el doctor Aja Espil había volcado toda su larga experiencia de jurista e internacionalista en la tarea que éste había venido realizando. . ." "y cómo había sabido utilizar siempre su gran capacidad intelectual y su fino estilete jurídico, para cumplir con su misión de manera intachable, como todos bien lo sabían, dedicando para ello horas y horas de traba-

jo...". "Su claro pensamiento jurídico, buscando siempre dar un sentido americanista, —agregó— queda demostrado a través de su firma en tantas actas, informes, dictámenes, protocolos, etc.". Reconocimiento al que se adhirieron todos los miembros del Comité, quienes destacaron, a su turno, la innegable capacidad del representante argentino, reflejada en sus actos y en su gran calidad humana.

#### IV

Con esa misma autoridad y equilibrio a que me he referido, ha venido actuando en el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), creado oportunamente en nuestra capital: primero, como miembro titular, desde 1978, y luego, como Vice-presidente en ejercicio de la presidencia, hasta la fecha. La exitosa labor realizada por ese organismo ha trascendido ya las fronteras del país, y la calidad excepcional de sus huéspedes, ha jerarquizado, en poco tiempo, la altura y responsabilidad de su tribuna.

A ello debemos agregar su labor docente en nuestra Facultad de Derecho —a la que ya nos hemos referido—, ejercida con entusiasmo e idoneidad desde hace casi treinta años, no obstante las crisis profundas soportadas, últimamente, en la vida universitaria argentina. Fue miembro del Consejo Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1984. Y su quehacer desinteresado en otros institutos de cultura superior, como la "Asociación Argentina de Ciencias Políticas", y la "Asociación Argentina de Derecho Comparado", el "Instituto Argentino de Estudios Legislativos", el "Instituto de Estudios Americanistas", la "Interamerican Bar Association", etc., etc.

Todo ello justifica que institutos extranjeros premiaran, también, esa labor, otorgándole honrosas distinciones: Miembro correspondiente de la "Academia Colombiana de Jurisprudencia"; Presidente Honorario del "Instituto Sanmartiniano de Colombia"; Miembro titular de la "Sociedad Bolivariana", de Bogotá; Presidente Honorario de la "Socie-

dad Sanmartiniana”, de Washington; Miembro de número del “Instituto Cultural Argentino Peruano”, y de muchas otras instituciones cuya enumeración es imposible hacer en este momento.

## V

Tenemos que referirnos por último, a su labor de publicista y a su actividad en el diario “La Nación”, que lo ha tenido como editorialista y colaborador desde 1955 hasta la fecha. Su prédica ha tendido siempre a la formación de una opinión pública responsable, y a la consolidación de nuestras instituciones republicanas.

Sus libros, folletos y publicaciones en revistas y diarios especializados superan el medio centenar. En los años 1961 y 1962, ya en posesión de la cátedra universitaria, prepara dos trabajos breves, de mucha significación: *En los orígenes de la tratadística constitucional*, escrito en 1961, pero publicado por Abeledo-Perrot en 1968, estudia el origen del constitucionalismo moderno, así como su formulación en las constituciones escritas, señalando la preponderante influencia de dos juristas ingleses: Sir Edward Coke y William Blackstone.

La investigación que hiciera Aja Espil, nos muestra la influencia de esos dos grandes tratadistas sobre la Constitución Norteamericana, en especial los *Comentarios* de Blackstone, y más tarde, su proyección sobre la Constitución Argentina. En el capítulo final, anota una circunstancia curiosa: el artículo 86 de la Constitución Argentina se ciñe más estrictamente a Blackstone que la Norteamericana, en cuanto a las facultades exclusivas que se otorgan al Poder Ejecutivo. Y agrega: “Podría... decirse que la Constitución Argentina es más blakstoniana que el propio modelo norteamericano”.

Sus otros libros son: *Declaración de Derechos Humanos y la Constitución Argentina*, publicada por la Unesco en 1962; su *Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, de 1970, en vías de publicación, a



la cual nos referiremos enseguida; *Lecciones de Derecho Constitucional*, de 1971, resumen de sus clases iniciales en nuestra Facultad; por último, *El nuevo derecho del mar*, publicado por la Editorial Temis, de Bogotá, en 1973.

*El nuevo derecho del mar* aparece con un conceptuoso y extenso prólogo del doctor Eduardo Zuleta Angel, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, ex Ministro de Relaciones Exteriores, y renombrado jurista en su Patria.

Subraya la significación de la obra de Aja Espil, diciendo "que es digna en mi sentir de la más profunda admiración, por las siguientes razones: en primer lugar, por lo bien documentada; en segundo término, porque el autor ha sabido evitar la tendencia demagógica que tan frecuentemente caracteriza la literatura sobre el derecho del mar; y, en tercer lugar, porque el embajador Aja Espil, por lo mismo que es un eminente jurista, ha sabido presentar sus opiniones con admirable equilibrio, con justeza, con ponderación. . .

"Sus sensatos y bien encaminados esfuerzos —agrega— para contribuir, como en efecto contribuye, al progreso y desarrollo de esta nueva ciencia del mar, no se enderezan a desconocer o a abandonar los grandes principios jurídicos, como el de la libertad de los mares, sino a exponerlos y desarrollarlos dentro de la más perfecta ortodoxia jurídica. . .

Con todo, creo que el trabajo de más significación de nuestro flamante académico, lo constituye su *Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*. En ese trabajo Aja Espil elabora una nueva doctrina, sobre la base de las siguientes proposiciones fundamentales: a) El alcance del artículo 67, inc. 28, de la Constitución Nacional, sobre los *poderes implícitos*, no es más liberal y amplio que el texto de la Constitución Norteamericana, sino, por el contrario, más restringido; b) Que corresponde formular una distinción entre los poderes "*implícitos*" y los "*poderes inherentes o resultantes*", que dentro de nuestra doctrina de jurisprudencia constitucional, han sido siempre comprendidos en la primera denominación.

Partiendo de la base de que nuestra doctrina constitu-

cional ha sostenido, invariablemente, que la Constitución argentina sólo reconoce poderes implícitos al Congreso, pero en manera alguna al Ejecutivo ni al Judicial, ello lo conduce a un complejo problema de interpretación que comienza por una cuestión semántica y termina en un problema conceptual. El interrogante lo plantea en estos términos: los poderes implícitos, dentro de la teoría constitucional, ¿son los medios adecuados para poner en ejercicio las atribuciones expresas asignadas al gobierno federal, entendido éste como comprensivo de los tres poderes, o, también se refieren al "residuo de poder" que la Ley fundamental no ha atribuido expresamente a ninguno de los tres poderes?

Observa que el tema de los *poderes implícitos* mereció especial atención por parte del doctor Joaquín V. González, en los debates parlamentarios en los que le cupo intervenir en los años 1899 y 1900; en esos debates, González se refirió a la "*cláusula elástica de la constitución*", la de las *facultades necesarias y convenientes*, como se las llama en Estados Unidos, para llegar a la conclusión de que en nuestra Constitución son más restringidas.

Aja Espil coincide con la postura del ilustre riojano, sobre la interpretación y aplicación de dicha norma, pero desarrolla en su trabajo su propia teoría, que lo lleva a fundamentar la distinción entre *poderes implícitos* y *poderes inherentes*; haciendo un estudio histórico comparativo entre lo dispuesto por el artículo 67, inciso 28, de nuestra Constitución, y la del artículo I, sección 8, cláusula 18 de la Constitución de Estados Unidos.

De allí arranca el doctor Aja Espil, "para investigar, analizar y definir la esencia de los llamados «poderes implícitos» y de los «poderes inherentes o resultantes», con el propósito —manifiesta— de asignarles su verdadera naturaleza y circunscribir su correcto alcance por parte de los diferentes poderes del Estado".

## VI

Lamento concluir, sin tiempo para ahondar en otros aspectos de su quehacer cultural: sus artículos doctrinarios, monografías, ensayos, notas bibliográficas, etc., en revistas y diarios especializados de nuestro país, España, Brasil, Estados Unidos, son incontables; sus conferencias, cursos extrauniversitarios, dictados en Río de Janeiro, Washington, Cambridge, Denver, Massachusetts, Florida, y en importantes tribunas de nuestro país, se han sucedido, ininterrumpidamente, en los últimos años.

Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en varios períodos; Miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas; Delegado Argentino a diversas conferencias de la OEA, de la FAO, de la CEPAL; Miembro titular de distintos organismos jurídicos de nuestra patria; su vida entera, en fin, justifica la veracidad de los conceptos con los que he iniciado esta exposición, y permite afirmar que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, se enriquece con la incorporación de un jurista integral, reflexivo y estudioso.

En nombre de ella y con verdadera satisfacción, me complazco en felicitarlo, deseándole muchos y renovados éxitos en su labor académica, que se inicia, esta tarde, con su investigación sobre la obra doctrinaria de Carlos Calvo.



## DE LA DOCTRINA Y DE LA CLÁUSULA CARLOS CALVO

Señores Académicos, amigos:

Mucho es mi reconocimiento para con los Señores Miembros de esta ilustre Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires por acogerme en su seno. Llego a ella con el recogimiento que suscita un santuario donde se venera la alta misión del jurista.

Al recibir de manos del Señor Presidente el diploma que testimonia tal distinción, quiero reiterar mi afecto y gratitud al maestro que hace treinta años me abrió las puertas de su Cátedra de Derecho Constitucional, instándome a trabajar en el esfuerzo reconstructivo de la entonces recordada Universidad de Buenos Aires.

Igualmente, agradezco a los Señores Académicos que tuvieron la espontánea ocurrencia de proponer mi nombre para integrar esta ínclita Corporación. Pertenecer a ella es el mayor de los títulos a que puede aspirar un abogado y, por ende, las cartas credenciales de la Academia que me acaban de entregar, superan aun las muy honrosas que antes de ahora recibiera para actuar en el intrincado campo de la diplomacia.

Doctor Lanfranco: acaba usted de presentarme en un medallón finamente cincelado que —no lo oculto— me envanece. Sus benévolas palabras de bienvenida, cálidas de afecto y generosas en el elogio, volcadas en el mejor estilo de prosador consumado, colman mi agradecimiento aunque turben un tanto mi conciencia. Nada más grato a mi sensibilidad, que ingresar a esta Casa acompañado por quien une a

su calidad de renombrado jurisconsulto el señorío que distingue al caballero cabal.

Sin duda seduce, a quien cruza el umbral de la Academia, la posibilidad de confraternizar, entre diálogos y lecturas, con hombres de pensamiento que han ganado un legítimo ascendiente sirviendo al Derecho, sea desde el foro, la magistratura, la docencia o el gobierno. La maduración puramente intelectual de problemas jurídicos y sociales, hecha de modo silencioso y sin las urgencias cotidianas, podría acaso parecer un vano intento de detener la marcha del tiempo en un mundo acelerado; sin embargo, es ésta la virtud primera de la Institución. Es en este remanso donde los dones del espíritu conculgan con el saber y permiten la memoria de los hechos y de los hombres que forjaron una tradición jurídica argentina. Si al arte de pensar se suma el decidido empeño en estimular el progreso de las distintas disciplinas de la Ciencia Jurídica en temas vitales de nuestro tiempo, todo queda dicho sobre los altos quilates de esta Academia Nacional y la responsabilidad que importa el ingreso a ella.

Es regla no escrita de este Genáculo que, en la liturgia de la incorporación, el recipiendario recuerde los mercedimientos de aquél que lo ha precedido en el mismo sillón. No será tan sólo el cumplimiento de un ritual frío el que, en esta ocasión, yo haga del doctor Luis Esteban Negri Pisano, de quien los Señores Académicos han querido que fuera el sucesor inmediato.

Me unía a él una larga relación de afecto forjada, precisamente, en la arena tribunalicia. Talentoso abogado, temible adversario y correctísimo profesional, las excelencias que adornaron al doctor Negri Pisano son muy conocidas tanto en el foro como en la Universidad. Bien lo definió el doctor Risolía en su discurso de recepción: jurista entero, maduro, brillante.

La síntesis de su pensamiento, expuesta al tiempo de su incorporación a esta Academia, consiste en el debido respeto a la voluntad individual, reconociendo su vigor en la medida que lo consienta el bien común; en la necesidad de preservar la autonomía privada y afianzar el efecto relativo

de los actos jurídicos, como un seguro de la libertad y la moralidad. Negri Pisano advirtió que las amenazas más serias que afligen a estos valores provienen del campo de la economía.

A diez años de sus *Reflexiones sobre la moneda*, la actualidad de las mismas muestran la agudeza del hombre de Derecho que ha bebido en las fuentes doctrinarias de la moderna economía de mercado. Existe una sólida trabazón entre sus ideas económicas y sus ideas de jurista, al mejor modelo del ilustre codificador Vélez. Era su firme convicción que el ordenamiento económico debía estructurarse en el marco de preceptos jurídicos que derivaran del derecho natural.

Me permito leer un párrafo, sólo uno, de su disertación magistral y que reza así: "Creo que es importante tomar conciencia de que la inflación, tal como se presenta entre nosotros, no es un episodio pasajero sino una enfermedad grave instalada en un paciente débil, rebelde a seguir las prescripciones de los mejores médicos y que parece dispuesto a hacer todo lo necesario para perder definitivamente la salud. Lo racional y sensato es persuadirlo de que abandone los vicios que minan su organismo y comience a practicar las virtudes que lo fortalecerán. Si ello no se consigue, sólo nos quedará tener presente la frase de Jacques Rueff: «nada puede impedir que un país que quiera catástrofes, las consiga»".

Señor Presidente: queda atrás la primera parte de la ceremonia académica y entro ahora a cumplir la condición última —la del discurso público—, para lograr la plenitud de Miembro de Número.

Se ha dicho que los latinoamericanos hemos sido mezquinos en el aplauso que merecía el insigne jurista argentino Carlos Calvo, precursor del respeto mutuo y de la no intervención entre Estados, y vocero de América en los graves problemas que, de continuo, se suscitaban en el campo de las relaciones internacionales. Pero si escuchamos lo repetido en estos últimos años, es difícil escapar a la convicción de que un profundo reconocimiento de las generaciones pre-

sentés se vuelca sobre su memoria, convirtiéndose en el mejor semillero de sus obras.

Curiosamente, durante muchos años fue un norteamericano la mayor autoridad en la materia, el Profesor Donald Shea, quien reconoció los méritos del ilustre internacionista argentino en su obra *The Calvo Clause, A problem of Interamerican and International Law and Diplomacy*, editada por la Universidad de Minnesota en 1955.

Fue menester llegar al sesquicentenario del nacimiento de Calvo, para que aparecieran dos excelentes ensayos en donde se le rinde justo homenaje, tanto por sus merecimientos como por su labor en pro de la vigencia del Derecho Internacional en nuestro continente. Esos dos trabajos capitales, el de César Sepúlveda en México, titulado *Presencia viviente de Carlos Calvo*, y el de Margarita Argúas en nuestro país, *Carlos Calvo, su vida y su obra*, publicado por esta Academia, han solventado una vieja deuda de gratitud que los pueblos de este lado de América habían contraído con él.

Nació Carlos Calvo cuando aún no asegurada la independencia política de las Provincias del Río de la Plata, éstas pugnaban por encontrar las formas orgánicas de su incipiente existencia. Vio la luz en Montevideo, el 12 de febrero de 1822, como resulta del acta bautismal correspondiente y fueron sus padres don Diego Calvo, natural de Galicia, y doña María Josefa Díaz, natural de Buenos Aires. En aquellos días llenaban el escenario americano las resonantes victorias de San Martín y Bolívar y parecía que sólo paz y prosperidad esperaban a las provincias rioplatenses. Empero, la diplomacia europea trabajaba activamente para devolverle a Europa su rango y sus riquezas anteriores. Bajo este signo llegaba al mundo quien estaría llamado a defender los principios del derecho internacional en América.

Emigrado, vive en París desde el año 1846 hasta 1852, logra un trato íntimo con la cultura europea y frecuente sus universidades ilustres. Caída la tiranía vuelve a la Argentina como peregrino de la libertad para colaborar con la



pacificación y reconstrucción nacional. Pero ya en 1853 comienza lo que sería una larga y proficua carrera diplomática y lo hace justamente como Cónsul y Encargado de Negocios ante el Gobierno del solar que lo viera nacer, Uruguay. A fines de 1859 el Gobierno de Paraguay lo designa su mandatario ante la Corte de Saint James con motivo del incidente británico-paraguayo en el Caso "Canstatt". Representante argentino en Berlín, Viena, San Petersburgo, París y la Santa Sede, medio siglo de su existencia está dedicado al quehacer diplomático. Pudo ostentar el clásico uniforme de los miembros de la Academia de Ciencias Morales y Políticas del Instituto de Francia, que sólo habían podido lucir antes que él tres americanos: Franklin, Lincoln y el Emperador Pedro II de Brasil; miembro fundador del Instituto de Derecho Internacional creado en Gante en 1873 lo fue también de la Academia Real de Historia de Madrid. Este catálogo de honores ilustra el alto prestigio que conquistó en Europa y sin hipérbole puede afirmarse que ésta lo reconoció como uno de los maestros más respetados del Derecho Internacional.

Pero fue, sin duda, su vasta obra escrita lo más expresivo de su capacidad de trabajo y en la que cimentó su prestigio de internacionalista; en ella historió el pasado con brillantez, dio su opinión jurídica sobre las cuestiones que le tocó vivir, y abogó con intrepidez por América.

En París, el 25 de mayo de 1868, aparece su libro capital: *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*, en el cual vierte todo su saber y cuyo éxito fue inmediato. Alentado por la acogida solícita que aquél obtuvo, y "por consejo de amigos y críticos", según sus propias palabras, publicó la segunda edición en francés en 1870, alcanzando posteriormente un total de cinco copiosas ediciones, lo que prueba el suceso logrado. Esta obra se distingue por su homogeneidad, prevaleciendo en ella su visión del mundo internacional y su aspiración pacifista. En el tomo final, el VI, Calvo expresa toda su esperanza de que se llegue al arbitraje internacional como medio para resolver los conflictos entre los Estados, en estos términos grandilocuentes:

“La hora de transformación no ha sonado todavía, pero sería temerario, hoy día, afirmar que no sonará”.

Me propongo ahora desarrollar el tema de la Doctrina y Cláusula Calvo a la luz de la praxis internacional que parece prevalecer en la hora actual. Se trata de uno de los aspectos más discutidos tanto en el terreno doctrinario como en el político.

En el primer tomo de su tratado y luego de pasar revista a algunas de las principales intervenciones europeas en Latinoamérica, tales como la de Francia y Gran Bretaña en el Río de la Plata y la francesa en México, así como el ya entonces candente conflicto entre Argentina e Inglaterra sobre las Malvinas, Calvo afirmaba que: “Al lado de móviles políticos, las intervenciones han tenido casi siempre como pretexto aparente perjuicios sufridos por intereses privados, reclamaciones y exigencias de indemnizaciones pecuniarias a favor de súbditos y aun de extranjeros cuya protección la mayor parte del tiempo no tenía justificación alguna en derecho...”

“Estas indemnizaciones pecuniarias —continúa diciendo Calvo— otorgadas sin liquidación ni examen previo de su legitimidad, por así decirlo en bloque y a ciegas, aunque siempre bajo la amenaza del recurso eventual a la fuerza para hacerlas prevalecer, se encuentran en la raíz de todos los trastornos que Europa ha provocado en América durante los últimos treinta años”. Como se aprecia, el afamado internacionalista ponía de relieve la arbitrariedad de la conducta europea que llevaba a violentar el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, germen éste de la Doctrina que hoy lleva su nombre.

Su pensamiento jurídico se proyecta en una doble vertiente. Por un lado en el derecho internacional, donde se ubica la Doctrina Calvo. Con ella emergen las bases intelectuales de la no intervención, esto es, la negación de la interferencia arbitraria de un Estado en los asuntos de otro. El eminente jurista brasileño Ruy Barboza, en la Segunda Conferencia de La Haya (1907), la definió como el núcleo de la igualdad completa entre nacionales y extranjeros ante la ley

territorial, que permitió el reconocimiento de las repúblicas latinoamericanas en el concierto europeo. Por el otro lado, en el derecho constitucional, es donde se opera la recepción de la Cláusula Calvo, que no es otra cosa que la aplicación práctica de la Doctrina por parte de los gobiernos de los países latinoamericanos. En 1917 aparece incorporada a la Constitución mexicana, ejemplo éste recogido luego por muchos países de nuestro continente, entre ellos Bolivia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, El Salvador y Honduras. Si bien se ha afirmado que no se puede cambiar la naturaleza de una doctrina de Derecho Internacional por el solo hecho de ser introducida en una constitución, no puede negarse que sí adquiere una rigidez y prelación que incide, necesariamente, en todo el ordenamiento interno del Estado.

### *Los alcances de la Doctrina Calvo*

El auge de la llamada protección diplomática en América latina, ocurrido a fines del siglo pasado y comienzos del presente, llegó a un punto tal que movió a nuestros países a luchar contra ese instrumento de agresión que en aquel tiempo sólo estaba al alcance de las potencias europeas. Es bien sabido que en virtud de esta protección, el Estado extranjero que consideraba lesionados los derechos de sus ciudadanos establecidos en otro Estado, asumía la representación de ellos y formulaba el correspondiente reclamo. Por entonces, detrás de la protección diplomática aparecían los barcos de guerra, hoy sustituidos por las presiones económicas y financieras, más efectivas aunque menos ostensibles.

Hay que añadir que el extranjero damnificado no impone los términos de la reclamación diplomática. Es el Estado reclamante el dueño de la acción y quien aprecia soberanamente hasta dónde puede llevarse a cabo.

El vínculo de la nacionalidad entre el Estado y sus súbditos o ciudadanos, era la condición "sine qua non" que le acordaba a aquél un derecho de protección sobre éstos. Precisamente en este punto se basó la defensa de Bernardo de

Irigoyen en ocasión del incidente con la sucursal del Banco de Londres y Río de la Plata en Rosario, sosteniendo acertadamente que por tratarse de una sociedad anónima no había nacionalidad en juego y, por ende, no se abría el caso a la protección diplomática.

Era moneda corriente que, para preservar sus inversiones en el extranjero, los países europeos ejercieran este tipo de protección de manera abusiva, invocando una presunta norma internacional (desarrollada por Emer Vattel en *Le Droit des Gens*, Paris, 1878, t. II, Capítulo IV, página 67). Fueron estos abusos los que llevaron a Calvo a señalar "que los extranjeros que se establecen en el país tienen el mismo derecho a la protección que los nacionales, pero no deben pretender una mayor protección" (*Le Droit Internationale Théorique et Pratique*, edición de 1896, volumen IV, página 237). En otras palabras, los extranjeros radicados en los países de América debían someterse a la justicia del Estado donde residieran. Fue éste el primer paso, en el terreno internacional, hacia el establecimiento de la igualdad de tratamiento que se debía tanto a nacionales como a extranjeros.

Este principio de igualdad tuvo su origen en la tradición jurídica liberal que inspiró a las primeras Constituciones americanas. Recordemos en este sentido el artículo 20 de nuestra Constitución, en cuya virtud "los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano", y el artículo 33 de la Constitución mexicana de 1857, que disponía que los extranjeros estaban obligados a respetar las instituciones, leyes y autoridades del país, quedando sujetos a las sentencias de los tribunales y no pudiendo intentar otros recursos que aquellos que las leyes concedían a los mexicanos. Al alcanzar rango constitucional, la protección al extranjero pasó a tener naturaleza legal y no diplomática; temperamento que, como veremos enseguida, fue adoptado en posteriores instrumentos internacionales.

El meollo de la Doctrina Calvo consiste en reconocer la injusticia que implica la conducta de aquel extranjero que se traslada voluntariamente a un país que no es el suyo, en busca de beneficios patrimoniales y, sin embargo, no admite

los riesgos a que puede hallarse expuesto, aspirando a una situación de privilegio sobre los nacionales de ese país. Es lo que Podestá Costa denominaría, años más tarde, la "Comunidad de fortuna" (L. A. Podestá Costa: *Ensayo sobre las luchas civiles y el Derecho Internacional*, 1923, página 104).

Los postulados de Calvo, fundados, pertinentes, fueron recogidos por la Segunda Conferencia Interamericana de 1901, en el artículo segundo de la "Convención relativa a los Derechos de Extranjería", que dice así: "Los Estados no tienen, ni reconocen a favor de los extranjeros otras obligaciones o responsabilidades que las que a favor de los nacionales se hallen establecidas por su Constitución y por sus leyes".

Este principio fundamental habría de recibir, casi medio siglo después, una nueva y más categórica formulación. En efecto, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, conocido también como el "Pacto de Bogotá", suscripto en la Novena Conferencia Interamericana de 1948, dio nuevo énfasis a la Doctrina Calvo, al acordar en el artículo VII que: "Las Altas Partes contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo".

Como puede advertirse de la lectura del artículo transcrito, los gobiernos americanos signatarios del Pacto de Bogotá sistematizan la Doctrina en el sentido de que mientras los extranjeros tengan abiertas las vías competentes de los tribunales locales, los Estados se comprometen, no sólo a no reclamar protección diplomática, sino también a no presentar ninguna acción ante la justicia internacional. Se trata de una fórmula feliz, inequívoca, que recoge fielmente el enunciado y el espíritu de la Doctrina Calvo.

## *Naturaleza y alcance de la Cláusula Calvo*

La Doctrina del internacionalista argentino fue la base sobre la cual los países latinoamericanos elaboraron nuevas fórmulas legales o contractuales, conocidas bajo el nombre genérico de "Cláusula Calvo". Con ésta se buscó eliminar por completo, de raíz, las arremetidas de las grandes potencias a través del amparo diplomático y aun el acceso a la jurisdicción internacional en detrimento de los tribunales locales. Bajo la etiqueta de la "Cláusula Calvo" encontraremos una sustancia jurídica bastante rica aunque sumamente heterogénea, que llega, en ocasiones, hasta desvirtuar el pensamiento mismo del internacionalista argentino. Históricamente, el primer modelo constitucional de la Cláusula Calvo fue consagrado en la Constitución mexicana de 1917, cuando en su artículo 27, después de preceptuar que sólo los mexicanos por nacimiento o naturalización tienen derecho al dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, establece: "El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos".

A simple vista, puede apreciarse cuánto más avanza la Cláusula sobre la Doctrina homónima: el verdadero alcance de la primera consiste no sólo en declarar improcedente, inadmisibile, toda forma de protección diplomática, sino en eliminar toda vía de acceso a jurisdicción ajena a los tribunales nacionales, cualquiera fuera la suerte que se corriera con los recursos internos.

Desde un punto de vista técnico jurídico, la Cláusula Calvo es una disposición que se inserta en un contrato o convenio entre un particular o empresa extranjeros y el gobierno del país de residencia, casi siempre en los contratos de concesión de servicios u obras públicas y en los convenios financieros o de garantía sobre los mismos. Generalmente constituye una condición resolutoria de tal contrato.

A esta altura de la exposición corresponde aclarar la

relación de la Cláusula Calvo con la regla de Derecho Internacional referida al agotamiento de los recursos internos, tanto en las instancias administrativas como judiciales, principio crucial por el que se rigen las reclamaciones internacionales. La protección diplomática resulta inadmisibles estando en curso un proceso regular realizado de acuerdo con las leyes de un país soberano. Negado el acceso a los tribunales de manera discriminada, comienza para el extranjero la violación de su derecho. El agotamiento de los recursos tiene cierto parentesco con la denegación de justicia. Esta relación ha sido reconocida por la doctrina y, más recientemente, por el Tribunal Internacional de Justicia en el caso "Barcelona Traction Light and Power Company", entre los gobiernos de Bélgica y España (1970). La idea central consiste en que si los recursos internos sufren aplazamientos u otra interrupción que demuestre la ineficacia de los mismos, entonces se trata de una denegación de justicia y por ende genera responsabilidad internacional. El juez Tanaka, en el caso antes citado, rechaza la concepción según la cual el único motivo de responsabilidad internacional por actos jurídicos es la negativa al extranjero a acceder a los tribunales locales.

A las irregularidades procesales —bloqueo de recursos o retraso y suspensión de procedimientos— el juez japonés suma la responsabilidad por el contenido de las decisiones, cuando éstas sean tan "manifiestamente injustas que ningún juez honesto y competente a la vez hubiera podido dictarlas..." Como vemos, lo que el juez de la Corte enuncia es el secular cartabón romano del "bonus pater familias".

Se hace evidente ahora que la validez de la Cláusula Calvo debe estar sujeta a una importante excepción; la de que no medie un acto y omisión que constituya denegación de justicia en el contexto de la responsabilidad internacional. Como señala Charles de Visscher, "se trata de una regla procesal que realiza un cierto equilibrio entre la soberanía del Estado demandado y las exigencias superiores del Derecho Internacional" (*Le Déni de Justice en Droit International*, R.C.A.D.I., 1935). En el arbitraje recaído en el caso "North American Dredging Company", ocurrido entre los

Estados Unidos y México, en 1926, al tiempo de admitirse la validez de la Cláusula Calvo incluida en el contrato y referida a la ejecución, cumplimiento e interpretación del mismo, se señaló que el caso de denegación de justicia constituía una excepción a la acordada inadmisibilidad de la reclamación internacional. (United Nations, Report of International Arbitral Awards-R.I.A.A. Vol. IV).

En definitiva, el criterio que inspira a la Cláusula mencionada es lograr el consentimiento del inversor extranjero a conformarse con los mismos recursos que la Constitución pone a disposición de los nacionales y a renunciar anticipadamente a todo reclamo de protección a su gobierno. La mayor crítica que puede hacerse a este mecanismo desarrollado por la Cláusula Calvo es que siendo el Estado, y no el particular, el titular de la acción diplomática, aquél no queda obligado por la renuncia de éste.

### *Nueva interpretación de la Doctrina y la Cláusula Calvo*

El enfoque tradicional tanto de la Doctrina como de la Cláusula que nos ocupan, ha ido sufriendo sucesivos embates orientados a extremar una interpretación rigurosa de aquéllas. La cuestión se plantea, principalmente, en los conflictos suscitados con motivo de las inversiones privadas extranjeras, tema siempre lleno de sospechas y recelos.

En el lapso que media entre el año 1962, fecha en que la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 1803 (XVII) referente a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, y el año 1974, en que entró en vigor la llamada "Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados", se produjo un brusco giro en lo que hace a la solución de controversias en materia de expropiación y nacionalización de bienes extranjeros. Este punto requiere que analicemos más detenidamente las diferencias existentes entre ambas posiciones.

En el régimen de la vieja Resolución 1803 (XVII) se establecía que en el caso de expropiación de propiedad extranjera



debía abonarse "la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y de conformidad con el derecho internacional". Agregaba que en caso de litigio era necesario agotar la jurisdicción nacional del Estado expropiante y autorizaba la solución previa de arbitraje o arreglo judicial internacional. Como puede apreciarse, la Resolución 1803 seguía la interpretación ortodoxa de la Doctrina Calvo que —según lo hemos visto— había sido consagrada con acierto en el artículo VII del "Pacto de Bogotá".

Por el contrario, la nueva Carta de los Derechos y Deberes Económicos revisa aquella posición y la estrecha notoriamente: 1º) En cuanto a que el pago de una "compensación apropiada" deja de ser una obligación de acuerdo con el Derecho Internacional; 2º) En cuanto se abstiene de mencionar expresamente el arbitraje y el arreglo judicial internacional como eventuales medios de solución.

En este nuevo marco jurídico del orden económico internacional que arrancara hace una década, las tendencias del Tercer Mundo, es decir de los países llamados "en desarrollo", inciden peligrosamente en la evolución del Derecho Internacional y mucho más cuando se intenta manejarlas desde el Segundo Mundo.

Pareciera que se tratara de imbuir al Derecho de nuevas concepciones que asumen un carácter netamente político y que llegan a repudiar instituciones jurídicas de profundo arraigo. Como lo menciona Wilfred Jenks, en su admirable libro *The Common Law of Mankind*, en muchas partes del globo los tribunales son órganos de poder político y aplican un derecho que no debe ser imparcial, sino todo lo contrario, dirigido a imponer un sistema de organización social o un credo religioso ajenos a nuestra tradición occidental. Los "*minimum standards of justice*", es decir los principios fundamentales de la justicia, son puestos a prueba. Es lo que ocurre con una reciente propuesta del Grupo Latinoamericano conocido con la sigla "GRULA", en el foro mundial de las naciones. Conforme al proyecto, para los casos de nacionalización de propiedad extranjera se impone la juris-

dicción exclusiva y excluyente de los tribunales nacionales, eliminando por completo los procedimientos de arreglo establecidos por el Derecho Internacional, aun cuando el Estado soberano decidiera aceptarlos.

Resulta ilustrativo, a este respecto, el razonamiento desarrollado por el Profesor Francisco V. García Amador, en su trabajo *Soberanía y Desarrollo: una nueva posición latinoamericana*, donde sostiene que la prohibición de acudir a procedimientos internacionales de arreglo es incompatible con el Derecho Internacional positivo y es incongruente a la luz de la Doctrina y de la Cláusula Calvo.

¿Por qué es incongruente? Si la razón de ser de la Cláusula Calvo —dice García Amador— es impedir que un Estado, cuyas empresas nacionales invierten y trabajan en otro país, formule reclamación alguna en favor de ellas y se evite así una controversia entre dos gobiernos, no se percibe el impedimento para prever, en una cláusula compromisoria, el arbitraje internacional. Muy por el contrario, es evidente que si un inversor extranjero acuerda con el Estado donde se radica, que someterá sus eventuales diferendos a un árbitro o tribunal internacional, estaría entonces reflejando el verdadero espíritu de la Doctrina Calvo cuyo fin es eliminar toda forma de injerencia de un gobierno extranjero.

Las dificultades para determinar lo que debe entenderse por un asunto reservado a la jurisdicción exclusiva del Estado, sin que la Comunidad Internacional organizada pueda intervenir, es problema de vieja data. Ya lo planteaba G. Scelle en su *Droit de la Paix* hace medio siglo (Recueil des Cours, 1933, IV, número 46 de la Academia de Derecho Internacional de La Haya).

La evolución del pensamiento internacional actual no parece orientarse en favor de la jurisdicción exclusiva del Estado. El control internacional, todavía muy limitado, parece ser una garantía más con relación a la que ofrecen los sistemas judiciales de los Estados.

El acceso a la vía internacional ha sido ratificado, aunque de un modo incidental, por un "obiter dictum" de la Corte Internacional en la ya citada sentencia recaída en el

caso "Barcelona Traction". Al incursionar en el terreno de las obligaciones del Estado frente a la Comunidad Internacional en su conjunto, la Corte afirma que la protección debida a ésta —a la Comunidad—, crea obligaciones "erga omnes", de tal modo que el interés jurídico vulnerado en sede nacional puede generar recursos aun cuando éstos no se encuentren regulados formalmente. La filosofía que se encuentra yacente en este considerando sería la de que un nuevo titular de derechos se ha incorporado a los sujetos del actual Derecho Internacional.

Con la brevedad que exige una especie de colofón a esta ya larga disertación sobre un tema nada exento de dificultades, se hace preciso señalar que la prohibición de las prácticas intervencionistas, consecuencia del desarrollo progresivo de la Doctrina Calvo, no llega empero, hasta el extremo de autorizar la formulación de cláusulas de contenido exorbitante que excedan el nivel de juridicidad predominante en la Comunidad Internacional. Hay un cierto irrealismo político en aquellos países del Tercer Mundo que, invocando la Doctrina Calvo, se oponen a todo tratamiento preferencial que implique una mayor seguridad para el inversionista extranjero. Esto puede ser un serio obstáculo al ingente reclamo de capitales y tecnología que las naciones en desarrollo requieren con urgencia. Viene al caso recordar que nuestra Constitución faculta al Congreso a promover la importación de capitales extranjeros mediante "leyes protectoras" y a conceder "privilegios y recompensas de estímulo". En otras palabras, la fórmula alberdiana de apertura al mundo desarrollado. Desde ya que no se trata de que un Estado acepte una escala de valores diferente a los propios. En el mundo de hoy, los Estados chicos y grandes, pobres y ricos, han alcanzado una situación de interdependencia sin precedentes, empujados por una comunidad internacional que cada día es más protagonista en el ámbito de las soberanías nacionales. Así se explican las dificultades de cada Estado para decidir en su propio segmento de la vida económica. De hecho, la realidad ha ido imponiendo nuevas formas de dependencias recíprocas entre las naciones. Lo importante es

que en este orden internacional haya un común denominador que permita la vigencia del Derecho sobre las ideologías del poder, y que la nueva arquitectura jurídica participe del "justum naturale" de los romanos.

Señoras y señores: Muy lejos me han llevado estas reflexiones a las que ya pongo punto final.

En la obra de Carlos Calvo, como acabamos de ver, se ponen de manifiesto valores esenciales y perdurables, y seguramente le hubiera halagado saber que un internacionista clásico, de la talla de Albert de La Pradelle, expresara de él lo siguiente: "El verdadero servicio que Calvo ha prestado al Derecho Internacional es el de orientarlo con precisión, sobre la base de documentos, hacia una incesante renovación de la vida".

Por mi parte, al haber recordado esta tarde su pensamiento jurídico, no sólo he querido honrar al patrono del sillón académico que de hoy en más ocupo, sino también he querido poner de relieve cuán fecunda y trascendente puede llegar a ser la misión de quien dedica sus mejores esfuerzos a bregar por el Derecho.

EL PENSAMIENTO Y LA ACCIÓN POLÍTICA  
DE SAN MARTÍN

*Conferencia pronunciada por el académico correspondiente  
Dr. Luis Sánchez Agesta el 26 de septiembre de 1985*



*Discurso de recepción del Presidente de la Academia Nacional  
de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires,  
Dr. Segundo V. Linares Quintana*

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se honra hoy en recibir a su Miembro Correspondiente en España, Dr. Luis Sánchez Agesta, a quien en nombre de la Honorable Corporación que represento, doy la más cálida y afectuosa bienvenida, como eminente embajador de la ciencia jurídica de la Madre Patria, a la vez que diletto amigo de la Argentina y de los argentinos.

Si bien no cometeré la imperdonable irreverencia de formular una innecesaria presentación de quien, además de integrar la Academia, es ampliamente conocido a nivel internacional, y muy en particular en nuestro país, donde sus libros son utilizados con particular beneficio intelectual, por profesores y estudiantes, no parece inoportuno exponer algunas reflexiones suscitadas por la brillante personalidad y obra científica del ilustre visitante.

En su discurso de incorporación a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, el Dr. Sánchez Agesta confesaba que siendo casi un niño, con diecisiete años apenas cumplidos, uno de sus maestros envió a la prestigiosa "Revista de Jurisprudencia y Legislación" de aquella Academia un trabajo del novel autor, que mereció ser publicado en tan calificadas páginas.

Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, el Dr. Sánchez Agesta inició un largo y brillante *cursus honorum* científico, como catedrático de derecho político en las Universidades de Oviedo, Granada y Madrid;

y desempeñó asimismo las Rectorías de las Universidades de Granada y Madrid.

Además de ser Académico Correspondiente de nuestra Corporación, es Académico de número de las Academias de Ciencias Morales y Políticas, y de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, integrando, asimismo, otras muchas y calificadas instituciones científicas de su país y del extranjero.

Autor de obras fundamentales de derecho político, ciencia política, historia y derecho constitucional, el pensamiento del Dr. Sánchez Agesta ha ejercido particular influencia en la doctrina constitucional hispanoamericana y sobre todo argentina.

Hace más de dos décadas, otro destacado constitucionalista español, el Profesor Pablo Lucas Verdú, se lamentaba de que existiendo una escuela italiana de derecho público, que arranca de Orlando y Santi Romano y se prolonga en nuestros días con Biscaretti di Ruffia, Ceretti, Virga y tantos otros prestigiosos especialistas, y de que exista también una escuela francesa clásica de derecho constitucional, con Esmein, Duguit, Hauriou, Carré de Malberg, a la que hace honor la nueva escuela, con Duverger, Burdeau, Prelot, Vedel, etc., no encontremos, paralelamente, una auténtica escuela española de derecho constitucional, a pesar de contar España con destacados especialistas que habrían recogido dispares influencias, y que no podrían ser reconducidos a comunes denominadores.

Estamos seguros, no obstante, de que hoy ya se puede hablar con propiedad de una escuela española de derecho público, cuyos calificados y conocidos integrantes, si bien mantienen naturales y lógicas diferencias y modalidades de criterio, ofrecen notas comunes suficientes para caracterizarla, con el sello fundacional del ilustre y casi legendario antecesor Adolfo Posada.

La moderna escuela española se singulariza por la profundidad y solidez de sus conceptos, así como por el espíritu integrador de sus representantes que conservando su originalidad han sabido receptar, depurar e integrar las influen-



cias de otras escuelas, como la alemana, la italiana, la francesa y la norteamericana, sin perjuicio de revitalizar el impercedero pensamiento de los clásicos. Además de nuestro eminente huésped de hoy, se destacan en ella, entre otros, los profesores García Pelayo, Verdú, Xifra Heras, Carro Martínez, Fraga Iribarne, etc., también consecuentes amigos de la Argentina y los argentinos.

En esta nueva escuela española se observa la tendencia hacia la integración de la ciencia política y la ciencia constitucional, cuyas tradicionales fronteras son cada día más difíciles de delimitar, reviviendo en el fondo la clásica concepción aristotélica de una ciencia política y constitucional como ciencia soberana entre las ciencias.

Esta facna científica encuadra en la concepción renovadora del derecho constitucional, manifestada en nuestro país particularmente en la cátedra que durante muchos años tuve el honor de ocupar en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, con la colaboración de un homogéneo equipo de inteligentes y laboriosos colegas.

Precisamente, el Maestro Sánchez Agesta, figura descolante de la escuela española de derecho público y autor de tratados básicos de derecho político, derecho constitucional y ciencia política, ha realizado el análisis magistral de la relación entre la Política y el Derecho. Y en un ensayo notable, que justamente lleva este mismo título —que honré las páginas de los “Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas”—, resumiendo sus estudios y conclusiones sobre el tema, afirma que “todos los análisis, observaciones y sistematizaciones de la ciencia política sobre el poder y la influencia, la conducta de los hombres políticos, las decisiones, los conflictos, o la formulación de proyectos al servicio de objetivos, hacen referencia, en último término, a cómo se forma el Derecho, cómo se desarrolla, cómo se aplica, cómo se elude su cumplimiento, cómo se transforma o cómo se anula su vigencia. En fin de cuentas —dice—, los fenómenos de la convivencia humana son de una manera muy singular fenómenos jurídicos. Y bastará recordar que

Aristóteles al iniciar su *Política* con un análisis de la naturaleza social del hombre, no sólo se apoyó en la capacidad y la necesidad de los hombres de comunicarse, sino en su capacidad para establecer una vida jurídica, distinguiendo lo justo de lo injusto". Lo que lo lleva al Dr. Sánchez Agesta a sostener, con acierto, que "hay pues una íntima relación entre la Política y el Derecho que no podemos desconocer. Es más, nuestro concepto de Derecho aparece modelando nuestro concepto de la Política y recíprocamente" (t. VIII, 1979, pp. 55 y sigts.).

Y en su señero libro *Principios de Teoría Política* (p. XXI), el Dr. Sánchez Agesta enseña que "la teoría política, como saber de la actividad ordenadora de la sociedad, se nos revela en una función sintética entre la sociología, las ciencias jurídicas y la filosofía política. Su objeto es la sociedad con un poder organizado, pero en cuanto la acción política lo ordena en el Derecho; su objeto es también este mismo Derecho, pero en cuanto es orden de la sociedad, establecido por la acción política. Lo cual quiere decir que se apoya en el conocimiento de la estructura de la sociedad; estudia el orden que se establece en esa sociedad mediante el Derecho, como regulación imperativa de las situaciones de los diversos elementos de la sociedad y de la organización misma del poder; y ha de comprender, por último, las motivaciones, las justificaciones, los fines, los objetivos y las valoraciones que como ideas políticas se proponen los hombres al establecer, desenvolver o modificar ese orden en vista de un bien público o común".

Se impone, pues, la idea de que ni el derecho constitucional puede prescindir de la realidad política, como tampoco la ciencia política puede prescindir del derecho constitucional. Con harta razón, el ilustre maestro Carl J. Friedrich ha dicho que la Política sin el Derecho es un fantasma; a lo que me permito acotar que, consecuentemente, el Derecho sin la Política no es sino una fantasía.

El derecho constitucional integrado con la ciencia política, y con el valioso auxilio de las disciplinas afines —socio-

logía, psicología, antropología, economía, etc.— pone énfasis en el estudio de la realidad, de la vida política, sobre la base de que es el hombre el gran protagonista del drama político-institucional, a través de cuyas virtudes, pasiones y defectos viven las instituciones. Con razón ha escrito Bouthoul que “cualquiera sea la forma de gobierno, la política es dirigida por ciertos hombres, ejecutada por otros y, en fin, aprobada, tolerada, sufrida o ignorada por la mayor parte” (*Sociologie de la politique*, p. 49). Por eso pudo exclamar Mitre, desde su banca de Senador, en 1869: “Cada una de las grandes cuestiones resueltas entre nosotros por el derecho constitucional ha sido un drama prolongado y palpitante, una pasión o un martirio a que estas soluciones responden y se ligan” (*Arengas*, p. 301).

Sobre estos aspectos fundamentales de la relación entre el derecho constitucional y la ciencia política, a la luz de las nuevas ideas y conceptos que se debaten en el área de estas disciplinas, puedo afirmar con hondo placer que no conozco trabajos que puedan igualarse a los estudios publicados por el Dr. Sánchez Agesta, no solamente por su dominio de la materia, sino además por la claridad, prudencia y sensatez de sus propuestas.

Finalmente, quiero agradecer profundamente al Dr. Sánchez Agesta, en oficiosa representación de sus colegas y discípulos argentinos, por sus valiosísimos aportes científicos en el área de la ciencia política y constitucional, que han tenido y tienen amplia repercusión e influencia en las aulas universitarias de nuestro país.

Señor Académico Correspondiente en España, Dr. Luis Sánchez Agesta:

En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires le doy la más afectuosa bienvenida y le cedo esta tribuna para escucharlo con deleite y beneficio intelectual.

Pero antes, el señor Académico de número y Presidente de la Asociación Argentina de Ciencia Política, Dr. Mario Justo López le hará entrega del diploma que lo acredita como Miembro de Honor de dicha Corporación.



## EL PENSAMIENTO Y LA ACCIÓN POLÍTICA DE SAN MARTÍN

No fue San Martín un pensador, ni un escritor, sino un hombre de acción. Los pocos testimonios que nos han quedado de su palabra o de su pluma, son discursos o arengas, cartas y algunas piezas jurídicas, probablemente no redactadas por él, pero aceptadas o inspiradas, y quizá corregidas o apostilladas de su mano. Pero su acción refleja unas ideas y un pensamiento.

Los principales testimonios proceden de su gobierno del Perú. Parece, según el testimonio de Mitre<sup>1</sup>, que los miembros de la Logia Lautaro o sus compañeros de armas le insistieron para que se hiciera cargo del gobierno del Perú e incitaron en este sentido al Cabildo. Su aceptación no dejó de tener cierta picardía. Cuando una diputación del Cabildo le ofreció el gobierno, San Martín, con una sonrisa, contestó que ya se hallaba en posesión del mando, por imperio de la necesidad. Y que lo conservaría, si lo consideraba conveniente al bien público, evitando la convocatoria intempestiva de Juntas o Congresos.

Más tarde, el 3 de agosto de 1821, se dirigió al pueblo peruano para justificar su decisión en términos más explícitos: "La experiencia de diez años de revolución en Venezuela, Cundinamarca, Chile y Provincias Unidas del Río de la

<sup>1</sup> MITRE, obra citada, pág. 629. Para este análisis nos referimos especialmente a la obra realizada en Perú. Casi toda la documentación está recogida por JOSÉ A. DE LA PUENTE CANDAMO en *Colección Documental de la Independencia del Perú. Obra de Gobierno y Epistolario*, t. XIII, vols. 1º y 2º. Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia, Lima, Perú, 1974. Se citará en adelante *Obra de Gobierno*. Hay también indicaciones en otros vols. (V, VII, VIII, XX, XXV, XXVI, XXIX y XXX).

Plata, me han hecho conocer los males que ha ocasionado la convocatoria intempestiva de congresos, cuando aun subsistían enemigos de aquellos países; primero es asegurar la independencia, después se pensará en establecer la libertad sólidamente. La religiosidad con que he cumplido mi palabra en el curso de mi vida pública me da derecho a ser creído; y yo la comprometo ofreciendo solemnemente a los pueblos del Perú —decía— que en el mismo momento que sea libre su territorio, haré dimisión del mando para hacer lugar al gobierno que ellos tengan a bien elegir...”<sup>2</sup>.

En su gobierno efectivo como Protector del Perú adoptó una serie de medidas, que según el comentario receloso de Mitre que no subraya este ofrecimiento de elegir el momento “para hacer lugar al gobierno que ellos tengan a bien elegir”, podían ser indicios del establecimiento de una monarquía. E insistimos en estos juicios de Mitre para que se entienda mejor lo que hay que rectificar de aquel juicio. Estas medidas que Mitre denuncia fueron específicamente declarar la subsistencia de los títulos de Castilla en el Perú, e instituir la Orden del Sol, con prerrogativas vitalicias y hereditarias, que debía distribuirse, con tres clases diversas, entre los grados del Ejército<sup>3</sup>.

En efecto, el 27 de diciembre de 1821, se firmaron, publicándose en fecha inmediata dos decretos (“Gaceta”, N<sup>o</sup> 50, del 29), que reconocían nacionalizándolos los títulos de nobleza y se autorizaba la exhibición externa de sus blasones. “La nobleza peruana tiene sus timbres —decía uno de aquellos decretos—, justo es que los conserve”. La exposición de motivos razona que hay instituciones que expresan las ideas de los pueblos sobre el bien común y que estas ideas se explicaban para que las entendiera la multitud con *signos exteriores*. Por otra parte, estos títulos se nacionalizaban acla-

<sup>2</sup> Documentos del Archivo de San Martín, Comisión Centenarios, Buenos Aires, 1910, vol. XI, 419/120, *Obra de Gobierno* cit., Lima, 1974, I, págs. 24-25.

<sup>3</sup> MITRE, obra cit., pág. 659-663; *Obra de Gobierno* cit., pág. 379-405. Según MITRE el pueblo en sus canciones le llamaba “emperador” y sus propios oficiales el “Rey-José”.

rando que los títulos de Castilla, desde ahora, se llamarían títulos del Perú.

Este reconocimiento de la nobleza podía quizá considerarse, como lo hace Mitre, que chocaba con la idea igualitaria de democracia que entrañaba la república, pero como veremos estaba compensada por un sentido más profundo de la igualdad, con la extinción de la esclavitud y la servidumbre de los indios. La idea de establecer jerarquías sociales que inspiraba estos decretos, estaba desarrollada en la Orden del Sol al definirla como el patrimonio de los guerreros libertadores, el premio de los ciudadanos virtuosos y la recompensa de todos los hombres beneméritos". El propósito complejo era hacer compatible una cierta jerarquía social con prerrogativas hereditarias "sin herir la igualdad ante la ley", sin perjuicio de "derogar los derechos hereditarios que traen su origen de la época de nuestra humillación". Se cerraba un pasado y se habrían las puertas del porvenir haciendo hereditario "el amor a la gloria": exaltando el mérito de los ciudadanos que se han hecho "célebres por sus virtudes", y dejando sellado "un pacto de alianza que nos una a nuestros más remotos descendientes". San Martín, sin duda, pensaba con mentalidad europea en la unidad histórica de las naciones, por la sucesión en el tiempo de las generaciones, fundidas en una responsabilidad común de méritos y deméritos.

Sobre este fundamento se estableció la llamada Orden del Sol, a cuyos miembros se les dividió en tres clases. La primera clase de "fundadores", gozaba de precedencia para las grandes dignidades; los "beneméritos" y "asociados", que constituían la segunda y tercera clase, disfrutaban de otras preferencias menores de acuerdo con su jerarquía. Estas prerrogativas bien eran de tipo económico, como sueldos o pensiones, bien funcionales o profesionales, como derechos de preferencia en el acceso a ciertos cargos, o prioridad en los ascensos en su carrera; bien honoríficos como armas en un escudo, o bandas o medallas. Por último tenían posibilidades especiales o educación. Sus miembros se formarían en un colegio especial (art. 23), pensando quizá en el Seminario

madrileño de Nobles, en que quizá estudió el propio San Martín <sup>4</sup>. Creó también otra orden para las mujeres, que tendrían preferencia en los empleos de sus parientes. Para Mitre estas distinciones eran la semilla de una aristocracia y reflejo de una voluntad de crear una sociedad "monarquizada". Según Mitre, este deseo le llevó incluso a prescindir de su habitual austeridad y sencillez, haciendo que su retrato sustituyera al del Rey en los lugares públicos, exhibiéndose en una carroza de gala, rodeado de su guardia y con vistosos uniformes recamados de palmas de oro. Estas observaciones casi ridículas de Mitre, nos permiten, sin embargo, colegir lo que pensaban los demagogos republicanos del Perú.

Con independencia de las malicias de Mitre, lo que sí es cierto es que, cuando meses antes se aprobó el 8 de octubre el Estatuto Provisional, estableció un Consejo de Estado en que junto a dignidades del Ejército y la Iglesia, figuraban representantes de la nobleza. Hubo en San Martín una voluntad continuada de exaltar jerarquías sociales a las que se atribuye una participación en las decisiones públicas, para establecer lo que podríamos llamar una "sociedad vertebrada".

También es significativo para Mitre, que al establecer el plazo de vigencia del Estatuto Provisional se señale como tope la independencia de todo el territorio del Perú, "en cuyo caso se convocará inmediatamente un Congreso general que establezca la constitución permanente y forma de

<sup>4</sup> S. M. ZAPATERO, *San Martín, veintidós años en el Ejército español*, en "Bol. de la Academia Nacional de la Historia", XXXVIII, Buenos Aires, 1961, pág. 107, advierte que no figura en el Registro de Alumnos del Centro del Archivo Histórico Nacional. La misma tesis sostiene BEATRIZ MARTÍNEZ. Véanse las consideraciones de C. A. y L. A. GUZMÁN, *José de San Martín y el Seminario de Nobles de Madrid*, en *San Martín en España*, obra cit., pág. 147 y sigs. La estancia de San Martín en el seminario es una especie de leyenda común, que fue sin embargo recogida públicamente, sin contradicción, en la propia Lima en los días que allí gobernó. Véase el elogio-biografía del Excmo. Sr. D. José San Martín y Matorras "en su público recibimiento en la Universidad de San Marcos de Lima el día 17 de enero del presente año (1822)", *Obra de Gobierno* cit., vol. XVIII, pág. 307. No debe olvidarse que también se creó un Colegio de Nobles americanos en Granada y al parecer en Málaga.



*gobierno*, que regirá el Estado" <sup>5</sup>. Esta omisión deliberada de la proclamación de una "república" en el Perú y la remisión a una decisión posterior sobre la forma de gobierno podría ser reveladora de una resistencia a proclamar la república, pero es también cierto que lo que manifiesta es un respeto a la voluntad del pueblo de Perú. Mitre tiene también en cuenta la política que hacía su ministro Monteagudo. Con un propósito de propaganda, éste proponía como tema de discusión a la recién creada Sociedad Patriótica de Lima, "cuál era la forma de gobierno más adaptable al Estado peruano, según el grado que ocupa en la escala de la civilización", viendo con complacencia que uno de los oradores disertara sosteniendo que el sistema democrático no era adecuado para el Perú <sup>6</sup>. Es justo reconocer que el propósito de San Martín, a diferencia del proyecto de Bolívar, se orientaba a establecer una monarquía constitucional. Y no puede hoy cabernos duda, a la vista de la comisión que se encomendó en Europa a García del Río y Paroissien, a los que después de encarcerles que gestionaran el reconocimiento de la independencia y la obtención de un empréstito, se añadió una cláusula autorizándolos para "solicitar de las casas reinantes un príncipe de aptitud y prepotencia que rigiera los destinos del Perú" <sup>7</sup>.

Esta consulta del Consejo de Estado, extendiendo la misión de los embajadores, que marchaban a Europa a gestionar el reconocimiento de la independencia, confirma ese propósito de establecer una monarquía, que por las otras medidas, que se estaban adoptando simultáneamente, debía ser una monarquía constitucional con un carácter netamente liberal y ampliamente progresiva que comprendía un programa de liberación de los esclavos, de emancipación de los indios, de amplias garantías de sus derechos y una acción

<sup>5</sup> JOSÉ PAREJA y PAZ SOLDAN, *Constituciones del Perú*, Madrid, 1964, pág. 421.

<sup>6</sup> Sobre la Sociedad Patriótica y sus debates, véase *Obra de Gobierno* cit., pág. 406-480.

<sup>7</sup> *Obra de Gobierno* cit., pág. 279-280.

educadora como instrumento de promoción y reforma en una sociedad que los hiciera conscientes de su dignidad humana. San Martín escribió a O'Higgins invitándolo a unirse a su propósito con la intención ambiciosa de generalizar estas instituciones y constituir así vínculo entre diversas monarquías con una unidad superior que formara esa América entera que él consideraba como su patria. En fin de cuentas como reconoce Mitre <sup>8</sup> era el plan que Pueyrredón le había propuesto en 1818, por mediación de Rivadavia, de establecer en América una monarquía con el respaldo de las potencias europeas unidas a la sazón en la Santa Alianza. Este proyecto había sido aceptado en su día por la Logia Lautaro. Quizá no tenía mucho fundamento en cuanto a la venia de las potencias, y probablemente ninguna en cuanto a la posible aceptación por España, pero fue aceptado hasta el punto de designar al doctor Valentín Gómez representante de las Repúblicas Unidas del Río de la Plata para mantener el contacto necesario con Gran Bretaña y Francia.

Es probable que San Martín considerara que ese momento en que se había liberado con solidez Chile y tenía en sus manos el destino del Perú, era una hora propicia para relanzar esa idea. Hay que advertir además que San Martín no era en ese momento un general "argentino" y que incluso parecía haberse independizado como jefe de un ejército chileno, al nacionalizarse como peruano por su acción de gobierno como Protector. Es un momento estelar e internacionalmente "americano" de la carrera de San Martín. Como dice Mitre, en una línea afortunada, entre tantas desgracias que dedica a ese momento histórico, era el jefe de un ejército internacional con proyección americana, al servicio de una causa que interesaba a todo el continente.

A la hora de enjuiciar su pensamiento hay que tener en cuenta que en el pensamiento de San Martín hay un curioso componente que no debe olvidarse, que se revela en su obra política y en el análisis de su biblioteca que se ha

<sup>8</sup> MITRE, *obra cit.*, cap. XIX, VI, ps. 407-409.

realizado en más de una ocasión<sup>9</sup>. El General San Martín era un "ilustrado", que se formó en España en el último relampagueo de la "Ilustración", espíritu al que fue fiel a lo largo de toda su vida activa como puede comprobarse por los libros que lo acompañaron como un pesado equipaje, que fue aliviando con las bibliotecas que fundó en las peripecias de su vivir viajero. Esta afección a una ideología ilustrada en su vertiente española a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, marca su diferencia con el espíritu revolucionario y agnóstico de la revolución francesa, que tanto pesó en la revolución bolivariana del Norte, e incluso en el pensamiento de algunos de sus detractores en el Perú y en la propia Argentina.

Este ideario de la "ilustración", un pensamiento no exento de contradicciones, se halla ya expresado en otra figura española de la misma generación y que sufrió análogas desdichas y frustraciones en la vida pública, Don Melchor Gaspar de Jovellanos. Estos "ilustrados" rechazaban lo "tradicional" en nombre de la razón, pero invocaban al mismo tiempo y defendían instituciones tradicionales como la monarquía o la nobleza. Ensalzaban la igualdad pero sin mengua de alabar las virtudes de una sociedad jerárquica porque la igualdad no era absoluta, sino "proporcional al mérito y la capacidad". Querían innovar la sociedad, pero rechazaban el cambio revolucionario, para proponer una reforma, cuyo instrumento fuera la educación y la difusión de las "luces" mediante la libertad de prensa. Señalan vicios en la organización eclesiástica, pero admiran en la naturaleza la obra del Creador y prohíben incluso en la expresión del pensamiento que se ataque a la religión. Exaltan las ciencias útiles, pero respetan el sentido tradicional y hereditario del honor. El siglo XVIII era al mismo tiempo pacifista (Kant escribió sobre la paz perpetua) mientras Europa se entregaba a guerras devastadoras. Estas contradicciones tienen su profundo

<sup>9</sup> Véanse los estudios de SAENZ DE SANTA MARÍA y BEATRIZ MARTÍNEZ en *San Martín en España*, Madrid, 1981, y de JOSEP OTERO, *San Martín y la Cultura*, Buenos Aires, 1978.

sentido en un entendimiento de la historia como desarrollo de las posibilidades de una situación.

Incluso las innegables virtudes militares de San Martín están tocadas de ese racionalismo y humanitarismo universalista del siglo XVIII. Ningún general se ha esforzado tanto como San Martín por estudiar racionalmente hasta su último detalle táctico y estratégico una campaña, ni ha puesto tanto afán en economizar la sangre, no sólo de sus soldados, sino de sus enemigos. Sus reiterados intentos de acuerdos pacíficos con el Virrey La Serna, y su guerra de movimientos que le permitió ocupar Lima sin disparar prácticamente un solo tiro, son testimonios de este general amante de la paz, que en contraste con la "Guerra a muerte" del Norte, ahorró tantas vidas humanas. Europa iniciaba el siglo del nacionalismo en medio de una vocación universal. La vocación universalista de San Martín, si no le hizo proclamarse "ciudadano del mundo" como a Feijóo, sí le llevó a proclamarse ciudadano de América y considerar como "hermanos" a todos los nacidos en aquel continente. En los últimos años de su vida, en carta al Presidente Castilla, manifestó que uno de los puntos claves de su política fue "mirar a todos los estados americanos como estados hermanos interesados todos en un santo y mismo fin"<sup>10</sup>.

San Martín como Protector del Perú adoptó otra serie de medidas que completan este perfil político de su pensamiento. En primer lugar hay que llamar la atención sobre lo que fue una de sus medidas más nobles, aunque la realizara paso a paso, de acuerdo con la prudencia o cautela con que cumplía sus propósitos. Me refiero a su liberación de los esclavos. Se inició con una medida militar ofreciendo la libertad a los esclavos que se opusieron a la dominación española. A partir de esta medida hubo una política continuada, que señaló una línea progresiva de liberación de los hombres sujetos a servidumbre y de elevación de sus condiciones de vida.

<sup>10</sup> *San Martín en la Historia y en el Bronce*, Miscelánea, Buenos Aires, 1978, pág. 225.

El 12 de agosto de 1821 sin que hubiera pasado un mes de la proclamación de la independencia, se declaró libres "a todos los hijos de esclavos que hayan nacido y nacieran en el territorio del Perú desde el 28 de julio del presente año", declarando que gozarían de los mismos derechos que el resto de los ciudadanos peruanos. El 17 de noviembre se proclamó también libres a todos los "esclavos de ambos sexos que pertenezcan a españoles o americanos que salgan para la Península". Estos esclavos liberados debieron reclutarse en la milicia o darles alguna ocupación útil. Unos días más tarde se extendió este beneficio a "todo esclavo que desde esta fecha llegara al territorio independiente del Perú por el mero hecho de 'pisarlo' y a los que prestaran servicio militar por tres años" <sup>11</sup>.

Estas medidas espaciadas para no privar de brazos a la agricultura fueron acompañadas de una serie de medidas de educación general y profesional de los esclavos que debían realizar sus antiguos dueños, con un horario de tres horas al día dedicadas a esta formación intelectual (de seis a nueve de la mañana). Asimismo en esta política de elevación e igualación de la población se suprimieron los tributos y los llamados "servicios de indios o naturales".

De la fe de San Martín en la educación como instrumento de reforma apenas es necesario ofrecer testimonio. Fundó escuelas, quiso que los esclavos que se liberaran fueran educados al mismo tiempo y quizá como Sarmiento, otro ilustrado español, suponía que la reforma debía esperarse de la educación de las nuevas generaciones. Este empeño pedagógico, que compartió con Jovellanos y hasta el propio Cabarrús, fue el signo de todas sus empresas hasta en la preparación de sus soldados para la campaña de los Andes.

<sup>11</sup> *Obra de Gobierno y Epistolario de San Martín*, vol. XII, de la documentación publicada con motivo del Sesquicentenario de la Emancipación del Perú, 1971-1976, pág. 338 y ss. (Prólogo de JOSÉ A. DE LA PUENTE CANDAMO). Antes había dictado aquella hermosa orden que recuerda LEWIS HANKE: "En adelante no se denominará a los aborígenes, indios o naturales, ellos son hijos y ciudadanos del Perú, con el nombre de peruanos deben ser conocidos". *El pre-judicio racial en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, 1958, pág. 109.

A esa política humanitaria o humanista de alto porte se sumaron una serie de medidas para proteger la libertad individual con una prohibición reiterada de los arrestos arbitrarios, una proclamación de la inviolabilidad del domicilio y una protección del honor individual de los ciudadanos. Desde sus primeros actos en Perú, incluso cuando asume el poder legislativo o ejecutivo, hace excepción del poder judicial como garantía de los derechos y libertades de los individuos. Y vale la pena subrayar, que en este respeto de la tutela judicial de los derechos individuales, coincidió con Bolívar.

En el Estatuto provisional publicado el 8 de octubre se reconocen expresamente los derechos al honor, la libertad, la seguridad, la propiedad, la inviolabilidad del domicilio y la libertad de imprenta. Ésta fue objeto de un decreto especial que la desarrolla como consecuencia de su proclamación en el Estatuto. La libertad de publicar libremente los pensamientos sobre cualquier materia comprendía la expresión de ese pensamiento de palabra o por escrito, con la prohibición de la previa censura. Esta libertad, como hemos indicado, sólo tenía sus límites en la "protección de los dogmas de la religión católica y los principios de la moral, junto al honor de los ciudadanos". El particular difamado podría exigir una satisfacción pública. Sólo los tribunales al servicio de una Junta Conservadora de la Libertad de Imprenta, podían secuestrar las publicaciones<sup>12</sup>.

Como gobernante en el Perú no se limita a afirmar la libertad, como reconocimiento de derechos individuales, sino que como los hombres de Cádiz, tuvo al mismo tiempo una preocupación profunda por las enseñanzas y la formación cultural. Manifestación de estos propósitos se encuentra no sólo en obras que tienen claramente este sentido, sino en otras que sirven indirectamente el mismo propósito y a veces incluso en preámbulos en que reitera esta preocupación por alejar y desterrar el "error y la oscuridad".

Su preocupación directa por la enseñanza quedó mani-

<sup>12</sup> *Oliva de Gobierno*, vol. XIII, pág. 335-337.

fiesta en las disposiciones ordenadas a establecer en todos los conventos una escuela gratuita de primeras letras "porque la prosperidad de los pueblos está en razón de las verdades que conocen... y las desgracias nacen de la ignorancia de ciertas verdades". A ello sumó las medidas adecuadas a su mejor cumplimiento (información del censo de alumnos, instrucciones para la selección del profesor, premios, etc.). Ya hemos recordado cómo en el problema de la liberación de los esclavos hubo además una preocupación por su formación intelectual y el mismo reglamento que estableció la libertad de imprenta la define como un "arte libertador" que ha realizado una "revolución benéfica" "desarrollando los talentos y saliendo el genio de la oscuridad" y recuperando "los más bellos talentos para la Patria, para la causa de la razón y de las luces".

Obra de una mayor y más directa envergadura fue el establecimiento en la capital de una Biblioteca Nacional para facilitar al hombre americano "todos los medios de acrecentar el caudal de sus luces y fomentar su civilización por medio de establecimientos útiles". Enseñanza de las ciencias útiles, que es otra de las claves de la Ilustración.

El propósito es aquí más transparente. No sólo se invoca la difusión de las luces, para fomentar la utilidad, sino que se afirma que este es el deber de una "administración *ilustrada*". La inauguración misma del centro fue dotada de especial relieve con asistencia del propio General Protector y con discursos escritos que celebraron la ocasión de abrir una Biblioteca nacional, como "uno de los medios más eficaces para poner en valor los valores intelectuales y hacer que los hombres de todas las edades se comuniquen recíprocamente los secretos que han escudriñado en el fondo de la naturaleza". La razón, las luces, el progreso, la naturaleza, la utilidad, todas las grandes palabras de la Ilustración están en los textos legales que dieron forma a esta obra<sup>13</sup>.

Otra pieza notable fue la creación de la "Sociedad Patriótica", que si no nos dejamos engañar por su título, ni

<sup>13</sup> *Obra de Gobierno*, pág. 291-299.

por las discusiones políticas con que se inauguró y atendemos a los fines que se señalaron en el Reglamento que expresan los fines de su fundación, podemos advertir que era una especie de corresponsal americano de las Sociedades Económicas de Amigos del País peninsulares<sup>14</sup>, para "discutir todas las cuestiones que tengan un influjo directo o indirecto en el bien público, sea en materias políticas, económicas o científicas", con cuarenta miembros perpetuos que se renuevan por cooptación y un número indefinido de miembros honorarios entre los que encuentran los que pueden ser corresponsales de la sociedad. El propósito, a la vista de los Estatutos, comprendía el fomento de la industria y de la ciencia.

La versión apasionada de Mitre ha desfigurado el pensamiento de San Martín. San Martín, según Mitre, era un monárquico que constituía un peligro para la libertad republicana de América, desconociendo esa obra de San Martín que lo revela, sin duda, como un "ilustrado", que creía en la utilidad de la reforma fundada en la educación.

Mitre desconoce este valor que debe tenerse en cuenta conjuntamente al enjuiciar su proyecto de una monarquía moderada, sobre una sociedad de hombres libres, pero organizada jerárquicamente y con un propósito de renovación y reforma por la educación. Su idea clave era el establecimiento de una forma de gobierno monárquico moderada y su fracaso fue probablemente la causa de su frustración. Para rechazar esa idea se unieron probablemente su rechazo por O'Higgins, la revuelta de sus oficiales frente a Monteagudo que hubo de sofocar con guante de seda y la decepción en su entrevista con Bolívar, quien además de negarle las fuerzas militares que solicitaba para acabar la pacificación del Perú, puede hoy afirmarse que se opuso a su proyecto "ilustrado". Es probable que en esta entrevista entre los dos líderes se hablara con extensión de las vías para conseguir una América unida y de la forma de gobierno más adecuada para realizar esa unidad, a juzgar por la carta de Bolívar a

14 *Obra de Gobierno*, pág. 406-480.



Santander que es casi el único documento que arroja luz sobre este encuentro <sup>15</sup>.

Según Lievano (que parece seguir a Madariaga) se enfrentaron "las dos concepciones que aspiraban a imponer su espíritu y anhelos a la empresa histórica de la emancipación americana". Belaúnde da por sentado que Bolívar manifestó que no convenía a América ni tampoco a Colombia la introducción de principios europeos y que la monarquía era una creación artificial <sup>16</sup>. Este encuentro debió ser para San Martín una gran decepción, pues necesitaba la ayuda militar de Bolívar para terminar la liberación del Perú y no creía en el populismo del sentido democrático convencional de Bolívar.

Estas frustraciones son las que explican esa renuncia o retirada de la vida pública que sorprendió a sus contemporáneos y que aún nos intriga, su resistencia a intervenir como militar en la vida política y ese gesto abnegado de ceder a Bolívar la iniciativa final en el proceso de emancipación que hacen señera su figura y ennoblecen la inevitable melancolía de su retiro silencioso en Europa hasta su muerte.

Guido refiere: "Llegamos al Callao y todos los proyectos vinieron por tierra. La noticia a nuestro arribo de la revolución contra su primer ministro, Monteagudo, y más que todo, la connivencia de sus principales jefes", derribaron su ánimo que ya estaba conmovido por su decepcionante entrevista con Bolívar, que había desaprobado su proyecto y le había negado auxilio militar.

Bolívar refiere la aceptación por San Martín del pro-

<sup>15</sup> Véase en V. LECUNA, *La entrevista de Guayaquil*, t. II, "Documentos", pág. 253. Hay mucha fantasía en la reconstrucción que realiza MADARIAGA, (*Bolívar*, II, pág. 180-182), pero acierta en la oposición de Bolívar a la monarquía. Aunque pueda parecer un tema agotado por la falta de fuentes, todavía se siguen publicando estudios sobre este pequeño enigma. Véase F. L. COLOMBRES, *San Martín y Bolívar en la entrevista de Guayaquil*, "Plus Ultra", Buenos Aires, 1979. En mi opinión la carta de Bolívar y las notas de Guido a que nos referimos más adelante aclaran el problema.

<sup>16</sup> I. LIEVANO, *Bolívar*, Caracas, 1974, pág. 282; V. A. BELAÜNDE, *Bolívar y el pensamiento político de la revolución hispano americana*, Madrid, 1969, pág. 226.

yecto de una federación de repúblicas, como opuesto a su proyecto de una instauración monárquica. Estaba además —dice— “cansado del mando y de sufrir a sus enemigos”; la noticia de la revolución en Perú contra su ministro fue el golpe decisivo. Hoy nos asombra el olvido de sus contemporáneos.

Hay un hecho que es revelador de que San Martín apreció justamente el despego hacia sus ideas moderadas de aquella sociedad en ebullición en que se confundía un populismo demagógico con democracia y se despreciaba la virtud consolidadora de una monarquía moderada, en que las jerarquías sociales estuvieran compensadas por un espíritu de profunda renovación social, que permitiera la elevación de los indios y la liberación de los esclavos mediante la educación.

E. Ravignani<sup>17</sup> recuerda que al celebrarse en Buenos Aires la victoria de Ayacucho se convocó entre otros actos a un banquete público al que asistieron un ministro argentino y el Presidente del Congreso, y ni en los discursos ni en la presentación del acto, ni en los retratos y banderas que decoraron el local, hubo una cita o recuerdo del General San Martín.

La idea de una reforma con una sociedad vertebrada que significara a medio plazo una verdadera liberación de hombres que necesitaban educarse en la libertad no fue comprendida por sus contemporáneos. Tuvieron que pasar muchos años, incluso después de su muerte, para que la Argentina reclamara y honrara sus restos como los de un héroe verdaderamente continental. Tuvieron que pasar muchos años, que significaron además el fracaso de las tesis boliviarianas, para que los americanos advirtieran que no bastaba con proclamar libres a los pueblos, sino que era necesario educarlos en la libertad.

San Martín ha tenido en España una figura confusa, y es natural que así fuera. Hijo de españoles y educado en Es-

<sup>17</sup> Véase la reseña de la revista “Argos”, de Buenos Aires, N.º 121, del 12 de febrero de 1825. Presidió el acto un gran retrato de Bolívar, *Historia de la Nación Argentina*, dirigida por R. LEVENE, vol. VII, pág. 92-93.

paña, a una edad relativamente madura y siendo teniente coronel del Ejército español, emigró a América para hacer desde allí la guerra a España, participando en la epopeya de la emancipación americana. La verdad es que los españoles desde el principio del siglo XIX hemos comprendido que esa emancipación era un hecho natural y que paulatinamente nuestra simpatía se ha abierto hacia quienes lucharon por la independencia de la tierra que los vio nacer, en aquella hora confusa, en que España, por las torpezas de Carlos IV y de su hijo Fernando VII, fue invadida por las tropas de Napoleón. San Martín, que era un espíritu noble y liberal, lo hizo además con delicadeza, renunciando a su grado y pidiendo la licencia, antes de cruzar el mar para ofrecer sus servicios a sus compatriotas.

Era un espíritu noble y liberal, que por temperamento no congeniaba con los demagogos, que estaban manchando el proceso de emancipación con una acción revolucionaria, que repetía en las provincias del Plata las luchas civiles y la demagogia que lo habían incitado a abandonar España y Buenos Aires. Por eso prefirió retirarse de aquel confuso escenario de Buenos Aires y aprovechar las circunstancias que le enviaron hacia el Norte, en un servicio que creía adecuado a su talante y sus condiciones y su preparación militar. En ese retiro de Cuyo, en Mendoza, adiestró un ejército disciplinado que pudiera servirle de instrumento en su colaboración a la independencia de América.

El San Martín político, con dotes singulares de estrategia militar, comprendía que mientras Chile, en la otra ladera de los Andes, y Perú al norte estuvieran bajo el dominio de España, no era posible asegurar la independencia de las provincias del Río de la Plata. El militar educado y curtido en la guerra de España añoraba el sentido de la jerarquía y disciplina que hace eficaces a los ejércitos como una base para consolidar a las nuevas naciones. El liberal formado en el espíritu de la Ilustración creía necesario un proceso de educación que permitiera una reforma de los abusos por una nueva generación educada en el amor y la práctica de la libertad.

Decía antes, que en España ha sido durante muchos años una figura confusa. También hay que decir que lo ha sido en América. Muerto en el destierro, pasaron años antes de que el gobierno argentino lo reclamara como un héroe nacional. Y también pasaron años antes de que un historiador y político argentino lo reivindicara como una gloria de la emancipación. Bartolomé Mitre fue el historiador que supo destacar el vuelo de aquel "águila —que como dijo el poeta— se alzaba sobre el mundo para saber qué pueblos necesitaban de él". Y aunque hay que decir mucho en elogio de Mitre, que supo destacar aspectos esenciales de su figura uniéndolo en un hermoso paralelo a la del otro gran libertador de América, Bolívar, hay que añadir que le faltó en las páginas finales del relato de la epopeya una comprensión de su pensamiento y de su orientación política.

Lo que Mitre no entendió en uno y otro, desde la euforia de la república oligárquica de los años ochenta, fue la fragilidad de construcciones políticas que se habían levantado sin una educación de la sociedad en que se asentaban. San Martín tuvo, sin duda, una conciencia más clara de la inseguridad de experimentos políticos que no correspondían a las bases sociales de comunidades invertebradas. Mitre se alinea en sus juicios con los demagogos radicales de Riva Agüero frente a la acción política de San Martín (cap. XXIII). El fracaso político de San Martín en la construcción de una sociedad estable, no fue tanto la culpa de sus ideas como del rechazo que éstas merecieron a los demagogos, que no tenían en cuenta la peculiar estructura de la sociedad americana de su tiempo.

Por eso conviene revisar con serenidad, a la vista de los dos siglos inquietos de la vida americana, cuál fue el verdadero contenido de aquellas ideas. Ciertamente ambos araron en el mar. Pero es que el arado no está indicado para sembrar en el agua y menos aun, si esta es un agua inquieta de vientos y mareas.

Como hemos visto, San Martín fue un liberal moderado, imbuido en el espíritu de la Ilustración. En suma, un hijo de España y América, que amó América. Fue caballe-

roso y abnegado, dispuesto a la renuncia de todo beneficio personal. Pudiendo haberlo sido todo, murió, si no en la miseria, sí entre constantes apuros económicos. No escribió apenas, ni formuló un ideal panamericano, como Bolívar, pero con su acción desprendida de libertador de varias naciones, culminó la emancipación de América <sup>18</sup>.

En sus raros escritos, en los últimos años de su vida escribió al General Ramón Castilla, Presidente del Perú, una larga carta en uno de cuyos párrafos dice lo siguiente: "En el período de diez años de mi carrera política, en diferentes mandos y estados, la política que me propuse seguir fue invariable en dos solos puntos. . . El segundo punto fue el mirar a todos los Estados americanos, en que las fuerzas de mi mando penetraron, como Estados hermanos interesados todos en un santo y mismo fin".

El ideal de una América unida fraternalmente fue el pensamiento que iluminó la acción, aunque se deshizo entre las manos, de todos los hombres que forjaron la emancipación de aquel Continente.

<sup>18</sup> Sobre su personalidad y su obra véase EDUARDO GARCÍA DEL REAL, *José de San Martín, Libertador de Argentina y Chile, Protector del Perú*, Madrid, Espasa Calpe, 1982 (primera biografía española de San Martín); y en general, para la bibliografía española, SYLVIA I. HILTON, *San Martín en la bibliografía española*, en la obra colectiva *San Martín en España*, Instituto Español Sanmartiniano, Madrid, 1981. Una bibliografía general limitada hasta la fecha de su publicación en CARLOS I. SALAS, *Bibliografía del General don José María San Martín y de la emancipación sudamericana*, Buenos Aires, 1910 (cinco volúmenes).



A CIENTO VEINTICINCO AÑOS DE LA  
REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1860

*Disertación pronunciada por el académico Dr. Alberto  
Rodríguez Galán, en oportunidad de su incorporación  
a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales  
de Buenos Aires, el 7 de noviembre de 1985*





*Palabras de recepción del académico Dr. Segundo V.  
Linares Quintana*

En la sesión pública de hoy, tendrá lugar la incorporación del nuevo académico de número, Dr. Alberto Rodríguez Galán; y se me ha asignado el grato y honroso cometido de dar la cordial bienvenida al distinguido recipiendario, con quien me unen antiguos y estrechos vínculos espirituales nacidos de labores comunes del intelecto y una pura y desinteresada amistad.

El Dr. Rodríguez Galán —que llega a ocupar el empuñado sitial como culminación de una extensa y lucida carrera en la docencia universitaria, en forma paralela al ejercicio de la función pública y de la profesión— es abogado y doctor en derecho y ciencias sociales, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, con una tesis calificada por el tribunal examinador como sobresaliente y de mérito excepcional y recomendada al Premio Facultad.

En la mencionada Casa de estudios, el doctor Rodríguez Galán ha desarrollado una valiosa labor de docencia e investigación por largos años, juntamente con los doctores Juan Ramón Aguirre Lanari y Carlos Manuel Muñiz, y durante menor tiempo, con el doctor Jorge Aja Espil, fueron eficaces y leales colaboradores en la cátedra de Derecho Constitucional, primera parte, de la que me honré en ser su Profesor Ordinario Titular, a la vez que en el Instituto de Derecho Constitucional y Político, del cual también tuve el honor de ser Director, integrando todos ellos un sobresaliente equipo de trabajo.

Al retirarme de la función docente activa, la Cátedra fue subdividida, quedando a cargo de cada una de ellas, como Profesores Ordinarios Titulares, tan excelentes colaboradores.

Simultáneamente con su desempeño universitario, el Dr. Rodríguez Galán ejerció, con acierto, rectitud y dignidad, importantes funciones públicas. Fue, así, Inspector General de Justicia de la Nación; Abogado Asesor de la Presidencia y del Directorio del Banco de la Provincia de Buenos Aires, institución de la cual fue asimismo Director; Presidente del Instituto Nacional de Previsión Social; Director de Aerolíneas Argentinas; Ministro de Educación y Justicia de la Nación; Procurador del Tesoro de la Nación; Embajador Extraordinario y Plenipotenciario por ante el Gobierno de la República de Colombia, etc.

Ha sido también Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Vocal de la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos; Miembro Titular de la Comisión de Valores del Banco Central de la República Argentina, etc.

El doctor Rodríguez Galán ha sido Consejero de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; es Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, de la cual actualmente es Secretario Académico; miembro fundador y titular del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Ciencia Política; miembro de la Institución Mitre; de la Asociación de Amigos del Museo Mitre; de la Institución Alberdi; de la rama argentina de la International Law Association; del Comité Directivo de la Fundación Juan Martín de Pueyrredón; Consejero y miembro del Comité Ejecutivo del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, etc.

Igualmente, es autor de una larga serie de publicaciones sobre temas de derecho e historia constitucional, como por ejemplo: *Las constituciones argentinas 1813-1819-1826*; *La Constitución Nacional de 1860 y Mitre*; *El General José María Paz en la organización Nacional*; *Buenos Aires y la reforma constitucional de 1860*; *Sarmiento constitucionalis-*

*ta; Rufino de Elizalde; Mariano Fraguero, un precursor; El monarquismo y el Congreso de 1816; Urquiza y el Estado de Buenos Aires; El requisito de idoneidad para el ejercicio de la función pública representativa; Jorge Eduardo Coll, hombre de gobierno; La Constitución Nacional de 1853-1860; Buenos Aires y su Banco; Bolívar en su bicentenario; etc.*

El doctor Rodríguez Galán ha pronunciado numerosas conferencias sobre temas de su especialidad, en prestigiosas tribunas, tales como las del Instituto Popular de Conferencias de "La Prensa", el Museo Mitre, el Museo Sarmiento, el Museo Histórico Nacional, el Colegio de Abogados de Buenos Aires, etc.

A través de su destacada actuación en los claustros universitarios, en el foro, como hombre de Estado, como historiador y como publicista, el nuevo académico ha acreditado títulos y antecedentes que justifican la honrosa designación, que comporta un nuevo y significativo jalón en su carrera científica.

Con motivo de este nuevo merecimiento intelectual del doctor Rodríguez Galán —que es el resultado del esfuerzo de muchos años—, justo es señalar el valioso apoyo espiritual y afectuosa colaboración que para alcanzarlo ha recibido por parte de su esposa y de sus hijas, que en este momento comparten con él tan legítimo galardón.

Doctor Rodríguez Galán:

En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, le doy la más cordial bienvenida, y en el instante solemne de quedar oficialmente incorporado a ella, como Miembro de Número, invoco a Dios para que buscando inspiración en la vida y la obra de los ilustres patronos que dan nombre a nuestros sitiales, así como en las de los eminentes antecesores en la función académica, del mismo modo que ha sido honrado con su nombramiento por esta docta Corporación, de hoy en adelante, como estoy seguro que así será, la honre con su inteligencia y empeño.



## A CIENTO VEINTICINCO AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1860

Señor Presidente  
de la Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales,

Señores académicos:

Las palabras del señor Presidente me han conmovido profundamente. No por azar para quien ha tenido el privilegio de colaborar con usted durante más de veinte años en la cátedra, de haber compartido momentos duros y difíciles, y haber recibido el ejemplo de una formación científica nutrida de una auténtica moral republicana, la circunstancia de ser su beneficiario, es una distinción que excede mis merecimientos y colma las expectativas de mi quehacer universitario al que he dedicado la mejor parte de mi existencia.

Al agradecer todo su afecto y su gesto digno de un espíritu superior, quiero extender este reconocimiento a mis eminentes colegas, los que al incorporarme, me han conferido un honor y me han recabado un compromiso; cual es el de compartir el permanente sentido de servicio con el país, que aquí se practica con silencio y con trabajo. Espero estar a la altura de tan noble cometido.

Y permítaseme algo muy caro a mi corazón, asociar a este acto el recuerdo de dos ilustres maestros y ciudadanos que integraron también esta Academia; me refiero a Jorge Eduardo Coll y Eduardo B. Busso. Ellos enseñaron que la virtud es inseparable del respeto a la ley y que hay virtud cuando se obra de acuerdo con los dictados de la propia con-

ciencia sin presiones de ninguna naturaleza, vale decir cuando se obra en libertad. Estos principios condicionaron sus vidas ilustres y al evocarlos esta tarde quiero rendirles el homenaje de renovada admiración y respeto del que son acreedores, como maestros, como gobernantes y como hombres superiores que fueron.

\* \* \*

El sillón que me habéis otorgado —señores Académicos— lleva el nombre de Carlos Pellegrini, quizás el estadista más representativo de nuestro pueblo.

La conjunción de razas que formaron su estirpe, su carácter, su mentalidad abierta y sin prejuicios, su ánimo que nunca se doblegó, su optimismo, su ilustración y su bondad, le dieron en su vida pública, una seguridad y una altivez que hicieron de este Alfércz de la Guerra del Paraguay el brillante Ministro de Guerra de Avellaneda y de Roca, el experto negociador de los problemas del país con su deuda externa, el Vicepresidente respetuoso del orden establecido, que afronta la revolución del 90 con la valentía de un hombre de armas, y con un coraje civil que salva la continuidad del sistema constitucional.

Es el Presidente de la Nación que transforma la crisis en bonanza, que señala a los jóvenes abogados cuán áspero es el camino de la montaña y a quien Groussac llamó "piloto de tormenta", "varón de obra y voluntad".

Es el congresista, que se acerca al joven Alfredo L. Palacios recién incorporado a la Cámara de Diputados y le transmite su fe y optimismo en la patria, en los instantes más tristes de su vida política. Palacios nunca lo olvidará y decía: "Estando Pellegrini en el Congreso aunque no hubiera Diputados, había quórum".

Se fue el 17 de julio de 1906. Un mes antes pronunció su último discurso parlamentario al votar por la afirmativa la ley de amnistía a los revolucionarios de 1905. El artifice de la evolución en nuestras prácticas políticas, confiesa su

fracaso, y el temor de que el desconocimiento de la voluntad popular precipite un nuevo levantamiento en armas. Sus palabras fueron premonitorias. Su lectura conmueve nuestras fibras más íntimas. Como para Pellegrini en el momento en que pronunció su discurso, siguen aún rondando el espacio político argentino las sombras de Aristóbulo del Valle y Leandro N. Alem.

Al despedirlo el Presidente Figueroa Alcorta dijo: "Ha caído el más fuerte".

Aún pensamos lo mismo.

\* \* \*

Me toca suceder en este sitio al doctor Manuel Río. Raro privilegio el mío. Designado Académico Emérito, y alejado del país por motivos familiares, continúa irradiando la luz de su pensamiento y alentando la misma pasión por la libertad que nutrió su espíritu y condicionó su conducta en momentos difíciles para la República.

Fui su alumno en el curso de Filosofía de ingreso a la Facultad de Derecho. Alejado de esa Alta Casa de Estudios, cuando estimó que ya no podía expresar libremente su pensamiento, continuó la enseñanza en forma privada, en momentos en que hacerlo comprometía la seguridad personal. Nunca olvidaré su curso sobre Aristóteles llevado a cabo en esas circunstancias. Algunas de las ideas anticipadas en estos cursos, fueron expuestas luego en su obra sobre *La libertad* publicada por nuestra Corporación.

Formulo votos para que el Académico Emérito Manuel Río siga prestando al mundo de la cultura por muchos años los valores de su talento y de su conducta moral e intelectual.

## I

El 25 de septiembre de 1860 una Convención Nacional convocada especialmente al efecto de sancionar las reformas propuestas por la Provincia de Buenos Aires, a la Constitu-

ción de 1853, consumaba la unidad nacional y afianzaba definitivamente en nuestro país las instituciones de la democracia representativa y del sistema republicano como fuentes del poder político.

A ciento veinticinco años de ese acontecimiento memorable cabe realizar, con el análisis de su sentido histórico y de su significación jurídica, su vigencia y proyección institucional frente a los cambios exigidos por la dinámica del Estado moderno para dar respuesta a los problemas cada vez más complejos del mundo contemporáneo. Y es así, porque si es cierto que el Congreso Constituyente de 1852-1853, llevó a cabo su altísima misión estableciendo una forma de estado federal y la reforma de 1860 rescató para las provincias, facultades que afirmaban su autonomía, cabe advertir ahora un regreso a la centralización que paulatina, pero inexorablemente tiende a limitar los poderes propios de aquellas.

## II

### LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1853 Y LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Sancionada la Constitución Nacional el 1º de mayo de 1853, que regirá en trece provincias y precipitada con anterioridad la secesión de Buenos Aires por la Revolución del 11 de septiembre de 1852, y su propia organización interna por la Constitución Provincial de 1854 quedaron así delimitados jurídica y políticamente dos estados soberanos, dos comunidades en las que sus respectivos pueblos habían ejercido en su ámbito el poder constituyente, sin que ese evento pudiera mejorar la realidad que los envolvía, la preexistencia de la Nación, del pacto social que la creó como hecho en 1810 y como derecho en 1816<sup>1</sup>. Por eso la Constitución de la Nación Argentina se integra con la Constitución de la Confederación de 1853, eje jurídico político de esas trece provin-

<sup>1</sup> R. J. CARCANO, *Del Sitio de Buenos Aires a los Campos de Cepeda*, Buenos Aires, Imprenta y Casa Editora Curi, 1922, pág. 255.



cias, y el sello de las instituciones provinciales de Buenos Aires, que se incorporan en 1860 mediante la reforma que llevó a cabo la Convención Nacional Ad Hoc reunida ese año.

La naturaleza del poder constituyente que allí se ejerció tuvo proyecciones institucionales que exceden el cometido de un simple poder constituyente derivado a tal punto que hoy la doctrina acepta pacíficamente que la Ley Suprema que nos rige es la Constitución Nacional de 1853-1860.

Y fue así, porque si bien es cierto que el proceso constituyente argentino interrumpido en 1831 se reanuda con el Acuerdo de San Nicolás al posibilitar la reunión del Congreso Constituyente de 1852, también es cierto que la provincia porteña al quedar al margen de ese proceso, no podía impedir que ese Congreso cumpla su mandato en 1853.

Porque si el acuerdo de San Nicolás fue el camino que desde la dictadura nos lleva al régimen constitucional, su política de transición difería para el Congreso la solución de acuciantes problemas. Al facultar a Urquiza a reglamentar provisoriamente la navegación de los ríos interiores, y a proveer los gastos públicos con una parte proporcional del producido de las Aduanas exteriores, obligaba a Buenos Aires a responder con la renta de la suya, a una política que no compartía, y así se expresará en los debates de su Sala de Representantes durante las sesiones del 21 y del 22 de junio de 1852, el sentir colectivo de repudio que aquella conducción despertaba.

La Revolución porteña del 11 de septiembre de ese año es la expresión de la voluntad política del pueblo de Buenos Aires frente a la Confederación.

Se enfrentan así en el país dos posiciones que corporizan intereses políticos y económicos antagónicos nutridas por causas históricas de viejo arrastre a los que no son extraños el factor predominante que daba a Buenos Aires su posición geográfica y la disposición de la llave económica del país. Se reactualiza la lucha por la hegemonía del poder y Carlos Heras podrá afirmar "La política del 11 de septiembre, disputa con la política del Acuerdo de San Nicolás el dominio de la

República. Ambas no se diferenciaron por ideales opuestos, bregaron por la unión sobre la base de la Constitución Federal, durante diez años siguieron caminos paralelos, aglutinando fuerzas e intereses. Después de Cepeda parecieron confundirse en el Pacto de Familia de 1859, que representó la conciliación de dos tendencias antagónicas en la superficie, pero coincidentes en lo esencial; a poco andar volvieron a enfrentarse hasta que después de Pavón, la política del 11 de septiembre se impuso en todo el país”<sup>2</sup>.

Pero ese enfrentamiento que dicha Revolución precipita, oponiéndose no a los fines sino a los procedimientos que establece el Acuerdo de San Nicolás, ya se origina al día siguiente de Caseros: Urquiza al derrocar la tiranía, vitaliza el Pacto del 4 de enero de 1831, tratado que, si bien desvirtuado durante veinte años, importaba un precedente de ley orgánica, de un pacto confederal, que a la par que reconocía a las provincias la individualidad de los estados soberanos, les prescribía también la necesidad de convocar un Congreso General que las organizara definitivamente bajo la forma de Estado Federal. El Acuerdo de San Nicolás significó entonces, para Buenos Aires, la negación de los derechos que la asistían en virtud del Tratado de 1831 y la Revolución del 11 de septiembre importaba la reafirmación de su soberanía, que no podía subrogar sin su voluntad libremente expresada por sus poderes políticos. Y aquí interesa señalar las tendencias doctrinarias de los hombres representativos de Buenos Aires y Paraná.

### III

#### LAS TENDENCIAS POLÍTICAS

Unidos en su lucha para derrocar la tiranía, federales y emigrados sostendrán luego soluciones distintas para lograr el fin común de la organización nacional. La pasión localista

<sup>2</sup> CARLOS HERAS, *La Revolución del 11 de Septiembre de 1852*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1946, pág. 73.

en el ámbito porteño, las prevenciones del interior para con Buenos Aires, protagonistas con formaciones intelectuales proclives a interpretar la realidad social y política de manera diversa, originan tanto en la Confederación como en Buenos Aires, corrientes de opinión en las que aparecen mezclados federales de raigambre, con emigrados que militaron en el viejo partido unitario. Frente a ellos, otros grupos integrados de igual modo adoptaron otras posturas. Se crean así profundos antagonismos entre hombres hasta ayer identificados en su lucha contra Rosas. Y se generan afinidades políticas entre quienes nunca pensaron que ello pudiera ocurrir.

En 1856 toman cuerpo en Buenos Aires y las provincias corrientes de opinión contrarias a los gobiernos locales que no preconizaban la integridad nacional. Se afirman tendencias dirigidas a la unión y comienzan a establecerse vinculaciones entre figuras representativas de la Confederación y de Buenos Aires contrarias a la política del Gobierno de Paraná, pero partidarias de la solución del diferendo nacional.

En Buenos Aires, se organiza un partido de oposición al gobierno, integrado por antiguos federales, unitarios y algunos septembristas alejados de las funciones oficiales, agrupación que adopta el nombre de Partido Reformista o Federal. Son decididos partidarios de la reincorporación, previa revisión de la Constitución Nacional. Su órgano de expresión es la "Reforma Pacífica" que dirigida por Nicolás Calvo, imprime tono polémico a su acción.

Los sostenedores del Gobierno nuclean a los más destacados de la emigración. Antiguos unitarios, cuya lucha decantó pasiones, militan conjugando una acción común con federales, en los que el sentimiento del localismo privaba más que sus compromisos con la tiranía. Esta tendencia oficialista constituirá el Partido Liberal, cuya gravitación popular es innegable, y en el que subyacen, precisamente por la distinta extracción de sus componentes, divergencias de opinión acerca de procedimientos para llegar a la unión con la Confederación. Quizás el denominador común que más gravitaba en su seno es el antagonismo a la figura de Urquiza.

Pero si en Buenos Aires el clima político se agita, en la

Confederación ocurre lo propio al perfilarse dos grupos que responderán respectivamente al Vicepresidente Dr. Del Carril y al Ministro del Interior, Dr. Derqui. Estos dos grupos tendrán criterios antagónicos. Mientras el primero conformaba un federalismo doctrinario, de tendencia liberal, con respecto a las autonomías provinciales, y de transigencia y olvido para con la provincia de Buenos Aires, en la búsqueda de una solución; los segundos, oportunistas, partidarios de una política de absorción de las facultades de las provincias, estaban persuadidos de que el diferendo con Buenos Aires debía resolverse por medidas coercitivas, como la de los derechos diferenciales en el plano político económico y por la guerra en última instancia<sup>3</sup>.

Se establece así una sutil línea ideológica de extracción federal, sostenida por militantes que luego van a constituir los Partidos Liberales en las Provincias, y que al propender a la defensa de sus autonomías, van a estar implícitamente con la causa porteña. Ha desaparecido en Buenos Aires y en la Confederación la división entre unitarios y federales, y los diversos grupos, clubes o asociaciones aparecen integrados por hombres de muy diversa extracción.

Las elecciones de 1856 y 1857 en Buenos Aires renuevan su legislatura que designara, de acuerdo con la Constitución del Estado de Buenos Aires de 1854, Gobernador a don Valentín Alsina. La unidad pierde una batalla decisiva. La crisis final quedaba así planteada. El país dividido y enfrentados nuevamente dos hombres y dos principios: Urquiza y Alsina; el Acuerdo de San Nicolás y la Revolución del 11 de septiembre.

<sup>3</sup> *Archivo del Coronel Dr. Marcos Paz, Universidad de La Plata, Facultad de Humanidades, t. I, pág. XLVI.*

#### IV

### DE CEPEDA AL PACTO DEL 11 DE NOVIEMBRE DE 1859

Cepeda es el desenlace, y con el triunfo de la Confederación, la exaltación civil de Urquiza que es el convenio de paz y unión del 11 de noviembre de 1859, en cuya virtud "... Buenos Aires se declara parte integrante de la Confederación Argentina, y verificará su incorporación por la aceptación y jura solemne de la Constitución Nacional" (cláusula 10).

Para su incorporación, el Pacto prevé la opción de que una Convención Provincial convocada al efecto examine el texto de la Constitución de mayo de 1853. Si lo acepta la provincia porteña se obliga a jurarla solemnemente. En caso contrario esa Convención Provincial queda facultada a proponer reformas, las que comunicadas al Gobierno Nacional —dice la cláusula quinta— las pasaría al Congreso Federal para que decida la convocación de una Convención Nacional Ad Hoc que las tome en consideración, debiendo acatar Buenos Aires lo que esta Convención resuelva definitivamente, resguardándose la integridad de su territorio, el que no podría ser dividido sin el consentimiento de su Legislatura.

Ese Pacto reafirma la soberanía de Buenos Aires, le da la oportunidad de subrogarla en la Constitución Federal, le señala el procedimiento para llegar a la unión y le abre la forma en que debe hacer efectiva su vocación constituyente nacional, al tiempo de su incorporación.

Buenos Aires regida por la Constitución de 1854, era un Estado con el libre ejercicio de su soberanía interna y externa, mientras no la delegara expresamente en un gobierno federal; y si por el artículo 1º del Pacto de noviembre se declara parte integrante de la Confederación, esta decisión política quedaba condicionada a los artículos 2º, 4º y 8º del mismo instrumento, y va a materializar la incorporación,

no por un simple consentimiento sino por la reunión de una Convención Nacional Constituyente, a la que someterá un plan de reformas a la Constitución de 1853.

Decidida la convocatoria de la Convención Provincial, mediante la cual el pueblo de Buenos Aires se pronunciara sobre el momento y la forma de federarse con las restantes provincias, el domingo 25 de diciembre de 1859, se llevarán a cabo las elecciones para integrarla.

Triunfa el Club de la Libertad. Se impone la doctrina que Mitre ha señalado en el acto de la proclamación de sus candidatos, el derecho inalienable de revisar la Constitución, requerido por la libertad, la conciencia y el decoro de Buenos Aires.

## V

### LA CONVENCION DE BUENOS AIRES

La Convención abrió sus sesiones preparatorias el 5 de enero de 1860. El 6 realiza su primera reunión ordinaria.

La Constitución de 1853, no preveía Convenciones Provinciales como la que se va a reunir. Rébora señala que esta Convención Revisora no era consecuencia de la Constitución Nacional, sino del Tratado del 11 de noviembre.

Dos criterios se perfilan en su seno. Uno, que propicia Sarmiento, fundado en la necesidad de examinar la Constitución, y si se encuentran razones para introducir reformas, las mismas serán sometidas a una Convención Nacional. Otro que coincide en cuanto a la revisión pero difiere en cuanto a su fin. Lo asumirá Roque Pérez porque piensa que una Constitución no puede imponerse a un pueblo sin que éste declare si adhiere a los principios que consagra. Analiza las alternativas que el Pacto de noviembre ofrece, y manifiesta que si se opta por proponer reformas a la Convención Nacional quien determinará si son o no aceptables, esas reformas deben ser resultado de un examen previo, prolijo, científico y en el cual la discusión sea llevada en toda su exten-

sión. Concluye señalando la necesidad de designar una Comisión que lleve a cabo esa labor. Y así se hace. Nombrada esa Comisión, e integrada por Vélez Sarsfield, Barrios Pazos, Mitre, Sarmiento, Mármol, Domínguez y Obligado, comienza de inmediato su trabajo, y el 3 de abril en su informe, cuya redacción es de Mitre, la Comisión acepta, después de haber analizado la Constitución, 25 de las 30 enmiendas que se llevaron a su consideración, y acompaña formando parte de aquél, un periódico, "El Redactor", que reúne en sus ocho números todo el trabajo desplegado.

A su criterio es necesaria la reforma, por considerar que la aceptación simple de la Constitución Federal por parte de Buenos Aires, importaría otorgar su consentimiento a una ley dictada por un Congreso en el que no habían participado sus representantes, y que por lo tanto, no contaba con la expresión de su voluntad. Que el principio de la soberanía no quedaba salvado, si Buenos Aires no ponía en ejercicio el mismo derecho que usaron las provincias en el Congreso de 1853; posibilitando de ese modo la libertad de proponer reformas en una Convención Nacional que tendría entonces para ella el mismo carácter que el referido Congreso de 1853 tuvo para las restantes provincias <sup>4</sup>.

El plan de reformas propuestas comprende 25 enmiendas, que la Comisión clasifica y divide en cinco secciones que forman sistema y abarcan los siguientes tópicos:

1) *Declaraciones, derechos y garantías a revisar de la Constitución* (art. 5º y correlativos, 64 inc. 28 y el 103) y ejecuciones (art. 18), legislación de prensa (actual art. 32), derechos no enumerados (actual 33) y abolición de esclavatura (art. 15).

2) *Composición de los poderes*, requisitos de residencia (art. 36, actual 40 y art. 43, actual 47); residencia jueces en la Capital (art. 91, actual 94); incompatibilidad de empleos nacionales y provinciales (art. 34).

<sup>4</sup> "Diario de Sesiones", *ob. cit.*, pág. 89.

3) *Atribución de los poderes*, relativos a la intervención del Gobierno Federal en las provincias (art. 6); juicio político (art. 41); reformas de la Constitución (art. 51); facultades del Presidente en casos urgentes (art. 33, inc. 20); funciones ministeriales (art. 86); y competencia de la Corte (art. 87); facultades del Presidente durante el receso del Senado (art. 83, inc. 23); sobre Códigos y ciudadanía (art. 64, inciso 11º).

4) *Materias económicas* en punto a uniformidad de tarifas y derechos de aduana (art. 9); derechos de importación y exportación (art. 64, inc. 1º); puertos (art. 12) y subsistencia de Aduanas en las Provincias (art. 64, inc. 9).

5) *Reformas del Pacto* en cuanto a la Capital (art. 3º); reformas de la Constitución (art. 30) y poder no delegado por las Provincias (art. 101).

El debate que se lleva a cabo a partir del 27 de abril de 1860, sesión en que la Comisión presenta su dictamen, es uno de los más brillantes que sobre derecho público se haya efectuado en las asambleas constituyentes argentinas, y está a la altura de los efectuados en los Congresos de 1824-1826 y 1852-1853. Aprobado en general por 32 votos por la afirmativa y 17 por la negativa, se inicia la discusión en particular con la reforma proyectada al art. 3º de la Constitución, vale decir el referido a la Capital de la Nación, discusión que culmina el 11 de mayo. Será la penúltima reunión que realice. Vélez hace una proposición sobre el nombre de la República. Rescata como legítimo el de Provincias Unidas del Río de la Plata<sup>5</sup>. Sarmiento adhiere a su propuesta. Su discurso elocuente, es una ofrenda a la Unión Nacional: "Queremos unirnos, exclama, queremos volver a ser las Provincias Unidas del Río de la Plata"<sup>6</sup>.

Con el acta final de los trabajos de la Convención y su nota de elevación al Gobernador de la Provincia, se facilita el camino para que por intermedio del Poder Ejecutivo Nacional se presente a la Convención Nacional las reformas

<sup>5</sup> "Diario de Sesiones". *ob. cit.*, págs. 321, 326 y 328.

<sup>6</sup> *Idem.*



propuestas por Buenos Aires, con la advertencia de Mármol, que "algunas en proyecto para ser discutidas, otras ya como establecidas y obligatorias en el Pacto de noviembre" <sup>7</sup>.

Y esta Asamblea por demás memorable, se cierra con una imprecación de un futuro Presidente de la República.

El Convencional Luis Sáenz Peña que ha sumado su silencio al voto de la oposición, cree necesario hacer una aclaración.

Es el último que habla en la noche del 12 de mayo: "Pudiera creerse —dice— en la Convención Nacional, que lo que aquí hemos votado en contra de todas y cada una de las reformas que se han sancionado, descariamos que esas reformas fueran rechazadas por la Convención Nacional. No señor Presidente. . . Una vez sancionadas aquí esas reformas, nuestros votos y nuestro anhelo serán, para que se acepten por la Convención Nacional. . . para que Buenos Aires entre al gremio de la Unión Argentina, satisfecho en todas sus exigencias" <sup>8</sup>. Queda salvada así, la unanimidad del cuerpo en la defensa de las prerrogativas de Buenos Aires al momento de su incorporación a la Nación.

## VI

### DEL PACTO DEL 6 DE JUNIO A LA CONVENCION NACIONAL AD HOC

Mitre, Gobernador de Buenos Aires, designa a Vélez Sarsfield, Comisionado para presentar al Gobierno de la Confederación el acta final de la Convención Provincial, con el texto de las enmiendas propuestas, y con una doble misión, la de coordinar la concurrencia a la Convención Nacional que debía aprobar la reforma y la de allanar "los obstáculos políticos y las complicaciones mercantiles".

Por su parte el Presidente Santiago Derqui abre de inmediato la negociación y designa a ese efecto a Benjamín Victorica y Daniel Aróz.

<sup>7</sup> *Idem*:

<sup>8</sup> *Ob. cit.*, pág. 336.

Prima un ambiente conciliador y el 6 de junio de 1860 se firma bajo esos auspicios el Convenio de Unión cuyos diecinueve artículos comprenden los dos problemas fundamentales, la reunión de la Convención Nacional Ad Hoc y la determinación de un régimen provisorio rentístico hasta que el Congreso Legislativo Federal, con la representación de Buenos Aires dicte la legislación permanente. Se dispone asimismo que a los quince días de la sanción de la referida Convención Nacional Ad Hoc el Gobierno de Buenos Aires ordenará la promulgación y jura de la Constitución Nacional.

Ratificado por ambos Gobiernos, y canjeado en Paraná el 19 de junio se concretaba así la reunión de la Convención Nacional Constituyente. Seguidamente el Presidente Derqui da cuenta al Congreso de las reformas propuestas por Buenos Aires, y éste el 23 de junio sanciona la ley que autoriza al Poder Ejecutivo "para dictar las medidas convenientes a fin de que la Convención Nacional Ad Hoc se reúna lo más pronto posible"<sup>9</sup>. Y así lo hace. La sesión preparatoria de este Congreso Constituyente se realiza el 14 de septiembre.

Reseñar la labor de esta Asamblea es rescatar la de una de sus figuras más brillantes, que marcó su derrotero: Juan Francisco Seguí. El orador del 53 lo es también del 60.

En un discurso inflamado de patriotismo —que Sarmiento hace insertar en el acta de la sesión— se convierte en el artífice de la unión. Ya no será el periodista combativo de "El Nacional Argentino". "Hoy —afirmará— que el escritor tiene un voto en la Convención Nacional, no trepidará en colocarlo allí donde él sea necesario, para que la balanza se incline en favor de ese pensamiento, que a todos preocupa y que tiene encerrado dentro de su mano el porvenir glorioso de la República Argentina, la unión de los pueblos".

Seguí responderá así a la confianza de Urquiza reafirmando su vocación nacional.

La Convención Nacional Ad Hoc materializa su tarea en cuatro sesiones ordinarias. La frase de Victorica "La integri-

<sup>9</sup> Registro Nacional N° 5132. Convención Nacional de 1860, Buenos Aires. Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, 1898.

dad de la Nación Argentina no se discute entre argentinos, se hace”, trasunta el clima predominante en el debate cuya expresión es la fórmula que consagra el artículo 35 estableciendo las sucesivas denominaciones de la República y aceptándolas como nombre oficial. Con ligeras alternativas que ajustan el tenor de las reformas propuestas por la Provincia de Buenos Aires, el cuerpo constituyente las aprueba y el 25 de septiembre de 1860, Mariano Fraguero firma, como Presidente de la Convención Nacional Ad Hoc tres ejemplares de la Constitución Nacional concordada y le pone el “cúmplase en todo el territorio de la República”.

Cabe así a esta Convención Nacional Ad Hoc, culminar el acto constituyente de la Nación Argentina.

Para nosotros, este acto originario se descompone en diversas etapas, desde los pactos preexistentes que condicionan la forma de estado de la Constitución de la Confederación, este cuerpo legal, Ley Suprema en trece provincias argentinas, el Pacto del 11 de noviembre de 1859, pacto especial que posibilita la incorporación del Estado de Buenos Aires, mediante la reforma de la Constitución de 1853 antes del plazo señalado en su artículo 30; hasta lo obrado por la Convención Nacional Ad Hoc, que se ha valorado como “elemento esencialísimo en esta prolongada y sucesiva expresión del poder constituyente originario del pueblo argentino”, y que “confiere forma definitiva y vigencia efectivamente nacional a la Constitución de la República Argentina”<sup>10</sup>.

## VII

### PROYECCIÓN ACTUAL DE LAS REFORMAS

La naturaleza de la reforma constitucional en análisis originó en la doctrina una controversia sobre su alcance y proyección.

<sup>10</sup> SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La Convención ad hoc de Santa Fe*, “La Nación”, 25 de septiembre de 1960.

Los que consideran que sólo significó la introducción de enmiendas a la Ley Suprema de 1853 y el haberlas concordado con su normativa, sostienen que no tuvieron fundamental importancia y traen a colación —como ejemplo— la supresión en 1866 de la reserva establecida a las atribuciones del Congreso Federal sobre los derechos de exportación y en la circunstancia de que en 1880, la ley de federalización de Buenos Aires arribó a la solución ya prevista por el art. 3º de la Constitución de 1853 <sup>11</sup>.

Y es precisamente con respecto al problema de la Capital de la República donde se advierte lo cuestionable de esta posición.

El Pacto del 11 de noviembre de 1859 —como lo hemos analizado— había resguardado la integridad del territorio de la Provincia de Buenos Aires, a cuyo efecto había establecido que no podía ser dividido sin el consentimiento de su legislatura. Ante esta situación, y debiendo armonizarse la Constitución de 1853 con el Pacto, la Convención Provincial formuló su propuesta de reforma al texto originario del artículo 3º, de modo tal que la Convención Nacional Ad Hoc sin violentar aquél adoptará la resolución más conveniente para dotar a la Nación de su distrito federal.

Todo ello de acuerdo con la fundamentación que Mitre basaba en tres principios generales, a saber: "Que la autoridad que ejerce el Gobierno Federal resida en la Capital; que una ley del Congreso declare cuál es la Capital y que sin previo permiso de las legislaturas provinciales no podía establecer Capital en el territorio de una o más provincias".

Veinte años transcurrieron antes de materializarse esta federalización, y si la sangre vertida en Barracas, los Corrales, Puente Alsina y la Convalecencia en ese fatídico mes de junio de 1880 fue un precio muy alto para lograrlo, hoy con una ciudad con un crecimiento inquietante, comparado con el de otras áreas habitadas del país, el artículo 3º de la Constitución, es en su actual redacción, el cauce que permite mo-

<sup>11</sup> ALBERTO PADILLA, *Significado Constitucional de 1860*, "Jurisprudencia Argentina", 1960, t. 6º, pág. 96.

dificar el emplazamiento del distrito federal. Porque si las causales políticas e históricas —de las que dieron cuenta Sarmiento y Alberdi— hicieron necesario declarar a Buenos Aires, Capital de la República, las jurídicas que también originaron la reforma, son las que adquieren renovada vigencia ante esa posibilidad de cambio difícil, pero siempre abierto como lo entrevió Sarmiento.

Otra reforma, consecuencia del Pacto de noviembre, es la efectuada al art. 101 —actual 104— de la Constitución destinada a salvaguardar “los poderes no delegados por las provincias al Gobierno Federal” —al agregarle— “y las que expresamente se hayan reservado al tiempo de su incorporación”; ha sido llamada a tener también una proyección que trascendió el momento histórico que la originó.

Claro está que esa reserva quedó limitada a lo establecido en el art. 7º del Pacto de noviembre que facultaba a la Provincia de Buenos Aires a gobernar y legislar sobre las propiedades y establecimientos públicos, que le daban sus leyes particulares. Se destacó entonces el carácter especialísimo de excepción que la Nación consagraba juntamente con lo establecido en el art. 31 de la Constitución, en la Convención Nacional Ad Hoc, a favor de la provincia porteña. Lo que no se advirtió en aquel tiempo, fue la implicancia que esa cláusula final del art. 104 iba a tener para el caso de que con posterioridad a 1860 se admitieran nuevas provincias como lo prevé el artículo 13 de la Ley Fundamental.

Joaquín V. González —antes de que se produjera este evento— advirtió que “la cláusula en análisis tiene un sentido histórico auténtico pero debe ser comprendido también como un resorte de posibles incorporaciones futuras de nuevas provincias”<sup>12</sup>.

Por su parte, Linares Quintana —en un reciente y meduloso estudio—<sup>13</sup> al preguntarse si aquella establece una regla general aplicable a las nuevas provincias que se inte-

<sup>12</sup> JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, pág. 673-4.

<sup>13</sup> SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *La Garantía del Principio Federal*.

grarán al estado federal con posterioridad al 60, arriba a una conclusión afirmativa. La fundamenta en las explicaciones aportadas por los propios redactores de su texto en la Convención Provincial de ese año, al sostener "...Que la misma Constitución, en su preámbulo reconocía que los pueblos representados en el Congreso de Santa Fe se confederaron en virtud de un pacto preexistente, y que no estando entonces representado Buenos Aires en aquel Congreso, habiendo después celebrado el Pacto del 11 de noviembre... el pacto preexistente era ese mismo y debía quedar garantizado por la Constitución misma, fijando a la vez una regla general para todos los casos"<sup>14</sup>.

Por eso, este art. 104 permite a las nuevas provincias, al incorporarse, la posibilidad de reservarse poderes adicionales a los de las originarias sin quedar por ello privadas de los que éstas detentan. Esta renovada dinámica —advertida por Linares Quintana— da cuenta de la proyección de la labor constituyente cumplida en 1860.

Ahora, un artículo agregado al texto de 1853, hace ciento veinticinco años, presenta una connotación especial. Me refiero al art. 32 de la Constitución Nacional.

La reforma quiso asegurar la libertad de imprenta, al prohibir al Congreso dictar leyes que la restrinjan o establezcan sobre ella la jurisdicción federal. Y lo quiso también por razones históricas y jurídicas.

La Comisión Examinadora de la Constitución Federal designada por la Convención Provincial, en su informe sobre el particular, trajo a cuenta la publicación de una carta del Presidente Urquiza conminando a un Gobernador porque no reprimía el espíritu crítico de un diario acerca de la resurrección de la cinta punzó y acotaba "...que si en esta reprobación del diario de un uso que ley ninguna or-

---

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Anticipo de "Anales", año XXVII, Segunda Época, Nº 20, pág. 16.

<sup>14</sup> "Diario de Sesiones" de la Convención del Estado de Buenos Aires, *ob. cit.*, "El Redactor" de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, Nº 7, pág. 41.

dena, no estando nadie obligado a hacer, acatar, ni respetar lo que no es legal, con cuanta más razón debía temerse esta facultad de restringir la prensa en materias más graves" <sup>15</sup>. Se propone, entonces, el agregado de un texto similar al de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos —nuestro actual art. 32—, y se declara la libertad de la prensa, derecho reservado por el pueblo, calificándola como "la libertad de conciencia que es otra forma de la libertad de pensamiento, fuera del alcance de la legislación, dejándole el abuso de ella su carácter de libelo ante las leyes ordinarias" <sup>16</sup>.

Vélez Sarsfield deslindará el carácter de esta libertad al afirmar que "debe estar sujeta a las leyes del pueblo en que se use de ella". Que "un abuso de la libertad de imprenta nunca puede ser un delito... nacional". "El Congreso —agregaba— dando leyes de imprenta sujetaría el juicio a los Tribunales Federales sacando el delito de su fuero natural".

Este artículo 32, es un verdadero escudo que protege a esta libertad esencial en la democracia constitucional. Si bien su interpretación originó múltiples controversias, no obstante la claridad con que sus autores, los constituyentes del 60, establecieron su alcance, la jurisprudencia ha deslindado que a la justicia federal le corresponde sólo el conocimiento de las cuestiones de imprenta cuando sea de aplicación el art. 100 de la Constitución, ajustándose así al expresado pensamiento de Vélez Sarsfield.

Pero lo virtual de esta norma, ha cobrado en estos días singular relevancia. Me refiero al proyecto de ley sobre el derecho de réplica aprobado por el Senado. Si el Congreso no puede restringir ni tampoco reglamentar esta libertad, ya que el pueblo se la ha reservado expresamente, tornándola indelegable, ese proyecto no sólo es violatorio a la letra escrita de la Ley Suprema, sino que vulnera la libertad de conciencia, que como hemos recordado, era para los Constituyentes de 1860, una manifestación superior de la libertad

<sup>15</sup> y <sup>16</sup> "Diario de Sesiones" de la Convención del Estado de Buenos Aires, *ob. cit.*, "El Redactor" de la Comisión Examinadora, N° 6, pág. 30.

de pensamiento. Nuestro Presidente, al señalar su gravedad institucional, ha advertido que "por ese proyecto se convierte a quien ejerce el derecho de réplica en juez de su propio derecho, habilitándolo a hacerse justicia por sí mismo"<sup>17</sup>.

Importa además, una violación al principio de igualdad ante la ley, prescripto por el art. 16 de la Constitución al otorgar a los presuntos afectados mayores derechos de los que invisten, desde que pueden interponer ante la justicia los recursos idóneos para obtener satisfacción de sus agravios, si así correspondiere. Una vez más la visión de los congresales del 60 adquiere singular vigencia en el quehacer de estos días.

No debo encarcer —en ese orden de ideas— la actualidad que ha cobrado la reforma al art. 83 de la Constitución de 1853, suprimiéndole su inciso 20, que acordaba al Presidente de la Nación —aun sin declaración de estado de sitio y funcionando el Congreso— a usar sobre las personas la facultad de arrestarlas, con las limitaciones establecidas en el artículo 23.

En el número 4 de "El Redactor" de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal de la Convención de Buenos Aires, al analizarse este inciso 20 del entonces artículo 83, se expresaba: "...El Presidente sin declaración de sitio podrá hacer prender las personas y trasladarlas de un punto a otro, concluyendo con esta disposición la abolición completa de las garantías individuales y poniendo a disposición del Presidente la libertad de todos los ciudadanos". "Lo que más repugna a este sistema de escamotaje de un artículo anulado por otro —decía— es el vejamen inferido a cada momento al Congreso, en cuyas barbas, se harán prisiones, sin estado de sitio, y sin solicitar su consenso y la declaración de necesidad de suspender las garantías individuales"<sup>18</sup>.

Luego para demostrar su falta de razonabilidad, y sin

17 SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Inconstitucionalidad del Derecho de Réplica*, "La Nación" jueves 17 de octubre de 1985.

18 "Diario de Sesiones" de la Convención del Estado de Buenos Aires, *ob. cit.*, "El Redactor", Nº 4, pág. 20/21.



duda inspirado por Sarmiento, si nos atenemos a su intervención en la sesión de la Convención Provincial del 27 de abril de 1860, "El Redactor", previendo que las detenciones se produzcan en distintos puntos del país, con la dificultad consiguiente de los presos para solicitar y obtener su libertad, concluía: "¿Quién reclama el cumplimiento de este requisito, si de las prisiones ordenadas no se ha dado cuenta al Congreso? Las *lettres de cachet* de la antigua monarquía francesa que trajeron la revolución y la destrucción de la Bastilla, están pues consignadas en este monstruoso poder del Presidente y todos los ciudadanos argentinos, en cualquier parte del territorio en que se hallen, expuestos a ser sacados de sus camas y trasladados de un punto a otro sin declaración del estado de sitio y sin medios de hacer conocer su suerte a ninguna actividad protectora" <sup>19</sup>.

De la fuerza de esta argumentación, se hace eco el Informe de la Comisión Asesora de la Convención Provincial al proponer la supresión lisa y llana de este inciso 20 del artículo 83 del texto de 1853. Acogida y votada favorablemente sin discusión por la aludida Convención Provincial, la Convención Nacional Ad Hoc hará lo propio, quedando limitada la facultad del Presidente durante el estado de sitio a lo previsto actualmente por el inc. 19 del artículo 86 de la Constitución Nacional, numeración resultante al concordar la Ley Fundamental de 1853 con las reformas introducidas en 1860. Todo ello en concordancia con lo que manda el art. 23 y el 67, inc. 26, de aquel cuerpo legal.

Quedaba así consagrada una normativa llamada a prevenir y reprimir toda emergencia constitucional, sin menzua de las garantías individuales.

Las disposiciones sobre estado de sitio establecidas en nuestra Constitución para su defensa y la de los poderes que ella crea, responden —correctamente aplicadas— a las exigencias de una época, en la que, como lo ha señalado Loewenstein "... en la mayor parte del mundo el gobierno de

<sup>19</sup> "Diario de Sesiones" de la Convención del Estado de Buenos Aires, *ob. cit.*, "El Redactor", N<sup>o</sup> 4, pág. 21.

crisis se ha convertido más en la regla que en la excepción, siendo también una manifestación permanente del estado democrático constitucional”<sup>20</sup>.

Los recientes acontecimientos y la recta interpretación de algunos fallos judiciales sobre la naturaleza y alcance de las normas vigentes, dan acabada razón de los resguardos que deben tomarse para aplicar este remedio excepcional y transitorio —que es el estado de sitio— en defensa de la Constitución<sup>21</sup>.

Los Constituyentes del 60 así lo entendieron y hoy se han puesto a prueba sus prevenciones.

## VIII

### LA FORMA DE ESTADO FEDERAL EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

Cabe, por último, una reflexión sobre la forma de Estado Federal de nuestro ordenamiento fundamental y la importancia que revisten las reformas que en esa materia introdujeron los Constituyentes de 1860. Todo, a la luz de los problemas que se presentan al Estado contemporáneo —centralizado o descentralizado— para dar respuesta a las urgencias de una sociedad política en permanente cambio.

En la Argentina nuestra forma de estado responde a dos vertientes. Una la preconiza Alberdi, la otra —como se ha visto— se origina en el Pacto del 11 de noviembre, al posibilitar la incorporación de Buenos Aires con el resto de las provincias después de Cepeda.

Alberdi en las *Bases* explicita la palabra XIII del Dogma Socialista cuya redacción le pertenece, y al hacer un análisis de nuestros antecedentes unitarios y federativos, y res-

<sup>20</sup> KARI. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, pág. 284.

<sup>21</sup> SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Ed. Plus Ultra, 1980, t. 6º, pág. 389.

catar lo positivo de ambas corrientes, preconiza una fórmula mixta, "el término medio que representa la paz entre la parte y el todo, entre el localismo y la idea de una República Argentina" <sup>22</sup>. Y precisa su pensamiento así: "Será, pues, nuestra forma normal un gobierno mixto, consolidable en la unidad de un régimen nacional, pero no indivisible como quería el Congreso de 1826, sino divisible y dividido en gobiernos provinciales limitados, como el gobierno central, por la ley federal de la República" <sup>23</sup>.

Esa fórmula mixta, que para Botana expresa "un equilibrio histórico en procura de la unidad política" <sup>24</sup> es la de su proyecto de constitución acompañado a las *Bases* y la que se plasma en el texto de la Ley Suprema de 1853.

Para Alberdi la unión argentina era la meta. "Sin la unión de los intereses argentinos —sostenía— había provincias argentinas, no República Argentina...". "Una provincia en sí es la impotencia misma y nada hará jamás que no sea provincial, es decir pequeño, oscuro, miserable, provincial, en fin aunque la provincia se apellide estado" <sup>25</sup>.

Quería asegurar la unidad y proyectarla con tal fuerza que al estar nutrida de la tradición y las vivencias de la colonia y de la independencia, esa fuerza facilitara la asimilación de corrientes inmigratorias, y hasta permitiera a los hijos —nacidos en nuestro territorio— conservar la nacionalidad de sus padres. La ley que dictó el Congreso de la Confederación en 1857, y el Tratado suscripto con España, responden a sus ideas. El atraso era su obsesión; un territorio inmenso con un puñado de habitantes, exigía a su criterio "... caminos de hierro, canales, puentes, grandes mejoras materiales, empresas de colonización, son cosas superiores —advertía— a la capacidad de cualquier provincia aislada por

<sup>22</sup> J. B. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la Organización Política de la República Argentina*. Ed. Francisco Cruz, Buenos Aires, 1914, pág. 142.

<sup>23</sup> J. B. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la Organización Política de la República Argentina*, Ed. Francisco Cruz, Buenos Aires, 1914, pág. 142.

<sup>24</sup> NATALIO BOTANA, *La Tradición Republicana*, Edit. Sudamericana. Buenos Aires, pág. 359.

<sup>25</sup> JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Bases, ob. cit.*, pág. 156.

rica que fuera. Esas obras piden millones, y esa cifra es desconocida en el vocabulario provincial”<sup>26</sup>.

Pero una realidad política prevalecía, y esa realidad era la secesión de Buenos Aires. La unidad alberdiana lograda en trece provincias jurídica y políticamente organizadas, no podía imponerse a una provincia que desde la colonia era el eje político y económico del país, por su posición geográfica y natural que le daba la posesión de su puerto. La disputa no era la unidad, sino cómo arribar a ella y luego consolidarla sin mengua de sus instituciones. Mientras tanto los hechos acaecidos durante esos años van a reafirmar en el pueblo porteño la voluntad de integrarse con las demás provincias, y en ese lapso crece el sentimiento nacionalista a despecho del localismo. Por eso cuando el Pacto del 11 de Noviembre facilita a Buenos Aires la unión, Mitre podrá afirmar: “. . . Agitada por la revolución y oprimida por la violencia, la nacionalidad argentina ha sido un hecho que ha sobrevivido, aunque perdiendo algunos de sus miembros, a las guerras intestinas, a la tiranía y al antagonismo de los intereses creados por la discusión y el aislamiento, hasta que al fin de ese hecho ha nacido un derecho que ha consagrado las soberanías provinciales como base de toda organización nacional y la libertad como fin a que debe subordinarse toda organización política. . .”

Era la otra cara de la medalla. Era la unidad sobre la base del fortalecimiento de las autonomías provinciales. Era la reserva mediante la cual Buenos Aires se iba a federar. Luego vendrá la revisión de la Constitución de 1853 y con su revisión, la conformación de la otra vertiente a que nos hemos referido. La Convención Nacional de 1860 al reformar y sancionar con su actual redacción, los artículos 3, 31, 45, 67 inc. 28, 100, 104 y 106 de la Ley Suprema, dará razón de ello.

Pero ese fortalecimiento de las individualidades locales de las provincias, se ha visto en la actualidad afectada por la excepcional movilidad de la sociedad argentina en todos

<sup>26</sup> JUAN B. ALBERDI, *ob. cit.*, pág. 155.

sus campos. Los particularismos provinciales han cedido, a raíz de los cambios de la composición étnica de la población originados por la gran inmigración europea, los que unidos a la concentración urbana, han precipitado un proceso de des-federalización inquietante.

Si a ello se agrega que la planificación y el desarrollo exigen inversiones que las provincias no pueden asumir, va de suyo que la presencia del Estado nacional aumenta en "área y dimensión" y que el proceso de centralización se agudiza, como sostuvo al comienzo.

Pero si esto es cierto, no lo es menos que las provincias argentinas originariamente soberanas e independientes son preexistentes al Estado Federal. Que nuestro poder constituyente originario se cierra en 1860 sobre la base del respeto y afianzamiento de las autonomías provinciales, y que como lo ha advertido nuestro eminente colega Miguel S. Marienhoff: "El primero y más importante poder retenido por las provincias es el derecho de existir... y hállese por encima de todo lo que expresa o implícitamente se diga en la Constitución Nacional" <sup>27</sup>.

Por eso el desafío de nuestra época es compatibilizar ese derecho, con la eficacia de los servicios que debe prestar el estado moderno y preservar que la descentralización no sea un freno que neutralice el progreso. Todo sin olvidar que el federalismo es una de las técnicas a las que el hombre acude para lograr su realización en la sociedad política, y que nuestra experiencia histórica nos lo señala como una de las formas superiores de afianzar y asegurar la libertad.

Señoras y Señores:

Desde el 25 de septiembre de 1860 la Constitución Nacional rige sobre un país unido merced al esfuerzo conjunto de sus hijos cualesquiera hubiera sido la militancia o su posición política e ideológica. El quehacer del Congreso Cons-

<sup>27</sup> MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª Edic., Buenos Aires, 1975, t. IV, 1323, págs. 200 y sigs.

tituyente de 1860 no disminuye en nada la obra admirable de 1853, la integra, la perfecciona, la completa y Juan María Gutiérrez podrá expresar un juicio que es una acabada síntesis del respeto que debemos a nuestra Ley Suprema: “la Constitución es la Nación Argentina hecha ley”.

Que ese respeto ilumine al pueblo argentino, que gobernantes y gobernados cobren conciencia de que no hay libertad si no se preserva el orden constitucional, que no hay democracia constitucional sin respeto a las autoridades constituidas y sin que éstas se ajusten estrictamente a las normas de la Constitución, normas nutridas por una tradición que nació en Mayo, se cimentaron durante la Independencia y se concretaron en el Ideario de la ilustre generación de 1837.

La Constitución Nacional de 1853-1860 ofrece un marco normativo flexible que permite la adopción —sin necesidad de su reforma— de medidas transformadoras del estado argentino.

Nunca hemos creído que las graves crisis por las que ha pasado el país sean imputables a la Constitución Nacional. Fue su violación la que las originó.

El mayor homenaje que podemos tributar hoy a los Constituyentes de 1853 y 1860 es que cada ciudadano adquiere cabal responsabilidad de su custodia y si llegado el momento, y por las medidas que la propia Ley Suprema establece, se promoviera su reforma, se tenga en claro que no debe ser precipitada por circunstanciales necesidades políticas. Un cuerpo jurídico fundamental es susceptible de actualizaciones pero lo que se debe evitar es que esas modificaciones originen crisis en el futuro.

A ciento veinticinco años de la sanción de las reformas de 1860 reafirmemos nuestra vocación republicana, nuestra fe en las instituciones y nuestra convicción de que la democracia constitucional es una manera superior de convivencia, basada en la razón, en la libertad, en la responsabilidad y el respeto mutuo, y que sólo se realiza con la vigencia plena de la Constitución, de su letra y de su espíritu.

**INAUGURACIÓN DEL INSTITUTO  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO**





*Palabras de apertura del acto por el académico Presidente  
Dr. Segundo V. Linares Quintana, en la inauguración del  
Instituto de Derecho Administrativo, el  
5 de diciembre de 1985*

La inauguración del Instituto de Derecho Administrativo que hoy realiza formalmente la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, constituye un acontecimiento de relevante importancia en la vida de nuestra ilustre Corporación.

Por resolución del 18 de diciembre de 1980, durante la presidencia del académico doctor Isidoro Ruiz Moreno, fue aprobada la resolución que autoriza la creación de los Institutos de Investigación y reglamenta su organización y funcionamiento.

Por otra resolución del 10 de mayo de 1984 fue creado el Instituto de Derecho Administrativo y designado como su Director Académico el Dr. Miguel S. Marienhoff, uno de los más eminentes miembros de la Corporación e indiscutido Maestro de la disciplina a cuyo estudio y enseñanza ha dedicado lo mejor de su vida, desarrollando una brillante labor creativa, que ha significado una verdadera reelaboración de tan importante rama del derecho, aportándole un alto grado de científicidad, en una línea que admite el más exigente parangón con los más reputados administrativistas del mundo.

En su sesión de hoy, la Academia aprobó la propuesta que formulara el señor Académico Director del Instituto de Derecho Administrativo, Doctor Marienhoff, y ha designado

para integrarlo a las personas cuyos nombres dará a conocer el Sr. Académico Director.

Debo recordar que por resolución del 10 de mayo de 1984, se dio vida al Instituto de Derecho Civil; y que por resoluciones del 26 de julio del mismo año y 5 de setiembre de 1985, respectivamente, fue creado el Instituto de Derecho del Mar y de la Navegación con la dirección del señor Académico Dr. José Domingo Ray, y aprobado su reglamento.

De esta manera, la Academia ha iniciado el desarrollo de otro importante aspecto de su silenciosa e ininterrumpida labor de estudio, fomento y difusión del derecho y las ciencias sociales, propendiendo con ello —como reza su Estatuto— al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal, cuales son los altos fines de nuestra docta e ilustre Corporación.

A continuación hará uso de la palabra el señor Director del Instituto de Derecho Administrativo Académico Doctor Miguel S. Marienhoff, y al término de su discurso, en celebración de tan grato acontecimiento, invitamos a los presentes a brindar con una copa de champaña, que en mérito a la severa austeridad que rige en nuestra Institución, tengo el placer y el honor de ofrecerles personalmente.

*Discurso del académico Dr. Miguel S. Marienhoff, Director  
del Instituto de Derecho Administrativo*

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; señores Académicos; señores Magistrados; señores Profesores; señoras; señores:

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de acuerdo con lo dispuesto en la resolución del 18 de diciembre de 1980, ha resuelto crear el Instituto de Derecho Administrativo, con la finalidad de profundizar, ampliar y difundir las manifestaciones jurídicas-doctrinas de esta importante rama del derecho público.

En su sesión del 10 de mayo de 1984, acta N<sup>o</sup> 526, la Academia me designó Director de aquel organismo.

De acuerdo con la expresada resolución del 18 de diciembre de 1980, cada Instituto estará integrado por los académicos de número que deseen colaborar en sus actividades, así como por las personas con antecedentes personales que acrediten vocación, capacidad y dedicación a dicho efecto. Estos últimos, según la referida resolución, serán designados y removidos por la Academia a propuesta del Académico Director.

En este sentido, de conformidad con mi propuesta, en su sesión de hoy la Academia ha designado como miembros del Instituto de Derecho Administrativo a los siguientes estudiosos de dicha disciplina, muchos de los cuales están presentes en este acto, y cuyos nombres menciono por orden

alfabético: doctores Jesús L. Abad Hernando, Pedro Aberastury (h), Rodolfo C. Barra, Luis Eduardo Boffi Carri Pérez; Fernando Borio, Juan Carlos Cassagne, Jorge Enrique Cermesoni, Julio Rodolfo Comadira, Ricardo Tomás Druetta; Juan Ramón de Estrada, Guillermo E. Fanelli Evans, Héctor Pedro Fassi, Beltrán Gambier, Juan O. Gauna, Rafael M. González Arzac, Carlos M. Grecco; David Andrés Halperín, Marta Herrera, José Augusto Lapierre, Jorge Luis Maiorano, Pedro Alfredo Miguens, Guillermo Andrés Muñoz; Mariana Ortiz de Zárate; María Carmen Jeanneret de Pérez Cortés, Guillermo Enrique Rossi, Guido Santiago Tawil, Alejandro Juan Uslenghi y Dora Paula Winkler.

Se trata de juristas dedicados con vocación al derecho administrativo; entre ellos hay tratadistas, profesores titulares y adjuntos, altos funcionarios de la Administración Pública y magistrados y ex magistrados judiciales que se desempeñan o se desempeñaron en la rama contencioso-administrativa; hay, además, jóvenes ayudantes de cátedra, de quienes mucho puede esperarse en este orden de ideas.

He pensado que en este acto de inauguración del Instituto el momento resulta propicio para expresar algunas de las razones que llevaron a la creación de este nuevo órgano, su importancia y los objetivos perseguidos.

Tal como lo manifestara recientemente, en oportunidad de celebrarse el cincuentenario de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, que tengo el honor de presidir, la labor que realizan las Academias Nacionales es preferentemente de calidad antes que de cantidad, lo cual concuerda con la naturaleza propia de esas Corporaciones, cuya actividad no ha de juzgarse o valorarse por el monto del trabajo sino por su índole y substancia.

En tal sentido, las Academias Nacionales, a diferencia, por ejemplo, de las Universidades, no son, originariamente, entidades dedicadas a la enseñanza. Su finalidad es puramente científica, tratándose de verdaderos y auténticos centros de investigación y difusión de la ciencia, sin perjuicio de que, por vía refleja, el valor de su actividad contribuya tam-

bién a la enseñanza y ejemplaridad, en mérito al prestigio del cuerpo académico y a la seriedad y profundidad de las investigaciones.

Dado que los "Institutos" que crean las Academias Nacionales, y funcionen en su seno, han de traducir la esencia misma de la actividad académica, es de esperar que, con la colaboración de todos los especialistas que integren el nuevo organismo, el resultado de esa labor armonice con el prestigio de la Academia.

La creación del Instituto de Derecho Administrativo adquiere, pues, una especial importancia para la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en virtud de que su objeto es nada menos que el estudio de la actividad de la Administración Pública, objetivamente considerada.

Pienso que la actividad de este flamante Instituto, para cuya integración he convocado a distinguidos especialistas en la materia, contribuirá sin duda a profundizar e intensificar las investigaciones de los diferentes problemas que genera el obrar administrativo, todo ello en beneficio de la comunidad y de los particulares que muchas veces soportan arbitrariedades e injusticias, quizá incluso por desconocimiento, de parte de quienes manejan estas cuestiones, del régimen jurídico pertinente.

Al constituir el expresado Instituto, desearía rendir mi sincero homenaje a quienes, en nuestro país y en el resto del mundo, fueron los precursores de los estudios e investigaciones sobre esta trascendente rama del derecho público.

En tal sentido, cabe recordar que en Latinoamérica el más antiguo expositor sobre derecho administrativo fue el brasileño Vicente Pereira do Rego, que en 1857 publicó en Recife su libro *Elementos de direito administrativo brasileiro, comparado com o direito administrativo francez, segundo o methodo de P. Pradier Fodéré*.

En nuestro país, el primer libro publicado sobre derecho administrativo apareció en 1866. Se titula *Derecho Administrativo General y Argentino*, y fue escrito por el

doctor Ramón Ferreyra, que entonces se desempeñaba como Fiscal General de la Nación.

Con posterioridad, en nuestro país, en el año 1902 apareció la obra del doctor Lucio Vicente López, titulada *Derecho Administrativo Argentino*, cuya publicación póstuma pudo hacerse merced a la nobleza de sus ex alumnos de la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Lucio Vicente López expuso ahí importantes ideas relacionadas con el derecho administrativo.

Siempre en nuestro país, y en este siglo, se destacan con perfiles propios cuatro obras generales sobre la materia:

La primera, que alcanzó varias ediciones, corresponde al ilustre jurista Rafael Bielsa, que en el año 1921 publicó la primera edición de su obra que denominó *Derecho Administrativo y Legislación Administrativa Argentina*. Bielsa tuvo inmensa gravitación en esta materia, a la que le transmitió ponderable impulso, estimulando la dedicación a su estudio.

La segunda, titulada *Curso de Derecho Administrativo*, fue publicada entre los años 1925 y 1932 por el doctor Rodolfo Bullrich, entonces Profesor de Derecho Administrativo en las Universidades Nacionales de Buenos Aires y de La Plata. Pero antes de esta obra, el doctor Bullrich había publicado en el año 1920 su valioso libro *La responsabilidad del Estado*, donde ese maestro sostuvo, por primera vez en el país, que para responsabilizar extracontractualmente al Estado no era menester que una ley especial aceptara esa posible responsabilidad, por cuanto ésta hallaba fundamento en principios contenidos en nuestra Constitución Nacional. Esta tesis de Bullrich es la que —actualizada y completada por los actuales expositores de esa rama del derecho— impera hoy en nuestro país, tanto en el ámbito jurisprudencial como doctrinario.

La tercera corresponde al doctor Félix Sarría, quien publicó en la ciudad de Córdoba su libro *Derecho Administrativo*, del que aparecieron varias ediciones. Trátase de una obra que tuvo éxito por su seriedad y claridad.

La cuarta de esas obras, escrita por quien fue uno de

más maestros más queridos, el doctor Benjamín Villegas Basavilbaso, se titula *Derecho Administrativo*, consta de seis tomos, y se publicó entre 1949 y 1956, siendo aún hoy una obra de consulta para los juristas y estudiosos de nuestra disciplina.

Pero también considero indispensable y justiciero recordar en este acto los nombres de los grandes expositores del derecho administrativo del pasado, que en diversos países contribuyeron con su esfuerzo a plasmar los cimientos del derecho administrativo.

En Alemania aparecen los nombres ilustres de Lorenzo Stein, Paul Laband, Otto Mayer, Ernesto Forsthoff, Adolfo Merkl y Fritz Fleiner.

En Francia cabe recordar a Batbie, Foucart, Ducrocq, Pradier Fodéré y, en forma especialísima, a los insignes Gastón Jéze, León Duguit y Maurice Hauriou.

En Italia aparecen como exponentes en esta materia V. E. Orlando, O. Ranelletti, Raffaele Resta, Santi Romano, Federico Cammeo, Renato Alessi, Cino Vitta y Francesco D'Alessio.

En España los más antiguos expositores del derecho administrativo fueron Manuel Colmeiro, Vicente Santamaría de Paredes, Adolfo Posada, Antonio Royo Villanova, José Gascón y Marín, Recaredo Fernández de Velasco Calvo y Carlos García Oviedo.

En Uruguay aparecen como corifeos en esta materia el esclarecido Enrique Sayagués Laso y Aparicio Méndez.

En Portugal sobresalió con caracteres propios Marcello Caetano.

En México Gabino Fraga.

En Brasil Tito Prates da Fonseca y Themistocles Brandao Cavalcanti.

Después de haber recordado a quienes podríamos llamar precursores y fundadores de la doctrina administrativa a través del tiempo y del espacio, vale la pena decir dos palabras respecto al derecho administrativo substancial.

Si bien el actual derecho administrativo se caracteriza, en general, por su falta de codificación, existen excepcional-

mente algunos países que cuentan con instrumentos jurídicos ahí llamados *códigos administrativos*, pero que en realidad aún no tienen los atributos técnicos de tales. Me refiero a Portugal y a las Islas Filipinas.

En China, según refiere Yorodzu Oda, en su libro *Principes de droit administratif du Japon*, publicado en París en 1928, antaño hubo códigos administrativos, que después perdieron vigencia. Es verosímil que tales *códigos* chinos hayan sido meras recopilaciones sin implicar un sistema homogéneo y orgánico de normas.

El Código Administrativo de Portugal tiene una larga tradición. Fue establecido hace más de un siglo, en 1836, habiendo sido objeto de diversas reformas. Una de las últimas de éstas es de 1940. Pero recién en 1936 adquirió caracteres propios de código. No obstante, en general su contenido dista mucho de abarcar toda la materia a incluir en un código administrativo.

El llamado *Código Administrativo* de las Islas Filipinas, sancionado en 1916, no es un código: es un conjunto de normas correspondientes a diversas ramas del derecho y no exclusivamente al derecho administrativo. Es extenso: tiene dos mil setecientos cincuenta artículos, más un "*artículo final*". Quizá en su país de origen haya prestado un gran servicio, facilitando el conocimiento del derecho. Considerando la fecha de su creación, tiene el mérito indiscutible de todos los grandes esfuerzos realizados en pro de la seguridad jurídica. Por lo menos, facilitaba el conocimiento de las normas de tipo administrativo, o consideradas tales, ahí existentes.

Dado el tenor de la resolución en cuyo mérito la Academia creó el Instituto de Derecho Administrativo, entiendo que mi cargo como Director del mismo apareja ciertas facultades implícitas, relacionadas con la parte organizativa y con el plan de trabajos a realizar junto con mis colaboradores, y sin perjuicio de darle cuenta de todo ello a la Academia. Esto se compadece con la teoría administrativista relacionada con la "*competencia*", en cuyo mérito las personas públicas—sean o no estatales— tienen un campo de actuación limita-



do por su "*especialidad*". Desde luego, no pueden exceder dicho límite sin incurrir en ilegalidad. De ahí que en cada caso particular, para saber si un órgano tiene o no competencia para realizar un acto, si ella no surge en forma concreta de la letra misma de la norma, y no habiendo en el respectivo estatuto o carta orgánica una disposición en sentido contrario, de acuerdo a una interpretación lógica los órganos u organismos tienen todas las atribuciones que fueren menester para el acertado y correcto cumplimiento del objeto que determinó su creación. Por eso dije que entendía que mi cargo como Director del Instituto apareja ciertas facultades implícitas, vinculadas especialmente con la organización y con el plan de trabajo.

Quiera Dios que mis palabras y el recuerdo de nuestros antecesores, nacionales y extranjeros, sirva para augurarle al Instituto de Derecho Administrativo el éxito que merece lograr por la calidad de sus integrantes y la voluntad de llevar a cabo sus fines de investigación científica, en bien de la cultura y el progreso de nuestra ciencia.



## II

### COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS



**LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
DE LOS EXPLOTADORES DE AEROPUERTOS**

*Comunicación del académico Dr. Federico Videla Escalada  
en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales  
de Buenos Aires, el 9 de mayo de 1985*



## I. — PLANTEO DEL TEMA

Es motivo de preocupación, para los estudiosos del Derecho Aeronáutico, la disminución del ritmo que se advierte en la elaboración de normas destinadas a la regulación de problemas vinculados con la responsabilidad civil en el ámbito de esta disciplina jurídica.

Un somero análisis de los antecedentes que obran en la materia permite señalar que, tras un trabajo inicial sumamente eficaz, que permitió al CITEJA proyectar dos textos internacionales referidos a este tema y promover sendas conferencias diplomáticas que, en 1929 y 1933, aprobaron respectivamente dos convenios sobre responsabilidad del transportista aéreo y del explotador de aeronaves por daños sufridos por terceros en la superficie, se detuvo esa fecunda producción y muy pocos textos internacionales referidos al resarcimiento de daños fueron sancionados con posterioridad.

Sólo cabe recordar al Protocolo de La Haya de 1955 y el Convenio de Guadalajara. El primero de estos textos modificó algunas soluciones del Convenio de Varsovia y el último es complementario del de 1929 y resolvió la cuestión planteada respecto a la determinación de la calidad de transportista, a cuyo respecto institucionalizó la distinción entre el contractual y el de hecho.

En el mismo lapso, el progreso de la aviación ha sido extraordinario y esa circunstancia origina una creciente complejidad en las relaciones jurídicas nacidas de la aeronavegación.

Ante esta realidad, patente aun para los observadores menos atentos, es innegable que el descenso de producción

habido en el campo de la regulación de la responsabilidad civil derivada de la actividad aviatoria implica un verdadero retroceso y exige de los cultores del derecho aeronáutico un esfuerzo serio destinado a satisfacer las exigencias derivadas del crecimiento antes señalado.

Con verdad, puede afirmarse que existe un verdadero vacío legislativo respecto a importantes sectores de la regulación de la responsabilidad civil y ello ocurre en el plano internacional y también en las legislaciones positivas internas de la gran mayoría de los Estados, con el consiguiente detrimento desde los puntos de vista de la justicia y la seguridad jurídica.

Entre los sectores donde se nota esta deficiencia, ocupa lugar preponderante el referido a los operadores de infraestructura y, en particular, a los explotadores de aeródromos y aeropuertos.

Antes de seguir adelante, considero oportuno formular una pequeña precisión terminológica, relativa al significado con que empleo el término aeropuerto.

Nuestro Código Aeronáutico, en su artículo 26, dice: "Son aeropuertos aquellos aeródromos públicos que cuentan con servicios o intensidad de movimiento aéreo que justifiquen tal denominación. . .".

Las expresiones utilizadas, más que definirlos, proveen pautas para calificarlos y la ley positiva no contiene más disposiciones específicamente destinadas a reglarlos, sino que el interés jurídico de las distinciones entre aeródromos se centra en el atinente a los públicos y los privados, a la que luego he de referirme.

En rigor, en la historia del Derecho Aeronáutico no se registra una separación estrictamente fundada en bases científicas entre aeropuertos y aeródromos, sino que la primera calificación es asignada, generalmente, en razón de la mayor importancia que revisten en cuanto a las instalaciones que poseen y la intensidad del tráfico aéreo que se registra en los campos de aviación, tal como lo hace el Código.

Ahora bien, precisamente, por esa mayor afluencia de aeronaves y por su mayor capacidad, es evidente que los aero-



puertos revisten interés más elevado desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

Por la complejidad de sus instalaciones y la intensidad del tránsito, es en los aeropuertos donde existen mayores probabilidades de producción de daños, cuya reparación constituye el meollo de la responsabilidad civil.

Por esa razón, he preferido apartarme, en alguna medida, de la utilización de la calificación central del Código y contemplar el tema de la responsabilidad de los explotadores de aeropuertos, aunque, lógicamente, para hacerlo con un mínimo de rigor científico deberé necesariamente referirme a aquélla para ubicar debidamente a las diversas especies de aeródromos.

Efectuada esta breve precisión terminológica, retorno a la consideración de la cuestión que deseo desarrollar esta tarde.

Y, para retomar el hilo de la exposición, estimo conveniente señalar que, por la relevancia que la infraestructura reviste para el normal desenvolvimiento de la actividad aeronáutica, creo evidente la necesidad de trabajar afanosamente para colmar el vacío existente en la legislación positiva interna e internacional respecto a la responsabilidad civil en este terreno.

Basta pensar en las numerosas situaciones en que han ocurrido daños producidos en ocasión de aterrizar o decolar aeronaves o en relación con la estada de éstas en campos de aviación y la magnitud de los perjuicios originados en estas circunstancias, para comprender la razón de ser de la elaboración de un régimen orgánico que regule adecuadamente las consecuencias derivadas de tales acontecimientos.

El progreso de la aviación está íntimamente ligado al desarrollo de la infraestructura: las aeronaves se desplazan por el espacio, pero no pueden permanecer siempre allí ni están destinadas a ello, sino que deben mantener contacto con la superficie, tanto mientras vuelan como cuando comienzan o finalizan sus operaciones.

Con verdad, puede afirmarse que le sería imposible, en la actualidad, a una aeronave circular normalmente si no

existiera una infraestructura apta para atender sus comunicaciones y proveerle la información precisa: el avance de la técnica ha acrecentado intensamente la dependencia de la aeronave de las instalaciones que componen a aquélla.

El aumento del tránsito aéreo, la multiplicación de los vuelos, el mayor volumen y la más amplia capacidad de las aeronaves, requieren, cada vez con mayor exigencia, instalaciones de superficie más perfectas, que sean plenamente aptas para asistirles a lo largo del cumplimiento de sus operaciones.

En buena medida, por consiguiente, la incidencia de la eficacia del funcionamiento de la infraestructura es cada vez mayor en el progreso de la actividad aeronáutica.

De estas consideraciones generales, fluye una consecuencia incluíble: si la seguridad de los vuelos depende en gran proporción de las organizaciones de superficie, las fallas de éstas pueden ser causa de daños producidos en operaciones aéreas y de ahí surge la importancia creciente de la regulación de la responsabilidad de los explotadores de los servicios de infraestructura.

En el campo de esta última, están comprendidos los aeródromos y aeropuertos, los servicios de protección al vuelo y las restricciones al dominio del propietario del suelo establecidas en beneficio de la circulación aérea.

Las restricciones al dominio se refieren al despeje de obstáculos en áreas situadas en la proximidad de los aeródromos y al señalamiento de construcciones o accidentes geográficos que puedan interferir en el normal desarrollo de los vuelos y plantean problemas de menor interés desde el punto de vista de la responsabilidad civil, que puede ser reglada, en general, por las normas del derecho común.

No es igual la situación respecto a los otros dos sectores mencionados: los aeródromos y aeropuertos y los servicios de control de la navegación aérea desempeñan un papel mucho más directo en el desarrollo de las operaciones de las aeronaves y plantean situaciones más complejas.

De ahí que requieran la atención preferencial de los estudiosos, que deben dedicar sus esfuerzos a superar el déficit legislativo que se advierte a su respecto.

Sin embargo, en materia de responsabilidad de los explotadores de servicios de control del tránsito aéreo, cabe señalar, con satisfacción, que, en los últimos años, se ha producido una intensificación de los esfuerzos destinados a regularlos, en la doctrina y aun en la legislación positiva internacional.

Corresponde, en efecto, anotar que el Comité Jurídico de la OACI tiene actualmente en elaboración un proyecto de convenio internacional sobre responsabilidad civil de los organismos de control de la navegación aérea, para cuya preparación creo justo y satisfactorio señalar que se ha tomado en consideración un proyecto redactado en la Argentina, por una comisión presidida por el Prof. Héctor Perucchi y aprobado como documento de trabajo por las Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial celebradas en Buenos Aires en 1972 <sup>1</sup>.

No ha ocurrido lo mismo respecto a la responsabilidad de los explotadores de aeródromos y aeropuertos y esta circunstancia me ha impulsado a dedicarle estas reflexiones.

## II. -- LOS EXPLOTADORES DE AEROPUERTOS COMO SUJETOS DE RELACIONES JURÍDICAS

Desde el punto de vista jurídico, la situación de los explotadores de aeropuertos es compleja y puede originar derechos y obligaciones de diversa índole.

En primer lugar, considero oportuno esclarecer porque me refiero al explotador y no al propietario del aeródromo.

Conviene poner de relieve de inmediato que estas dos calidades generalmente coinciden, tal como ocurre, también, entre dueños y explotadores de aeronaves, pero es posible que, por ejemplo, el propietario de un aeropuerto lo arriende a otra persona y ésta se convierta en explotadora del campo de aviación.

<sup>1</sup> Ver actas de las *VI Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial*, Buenos Aires, 1975, pág. 127.

Para el Derecho Aeronáutico, es evidente que la figura que más interesa y que requiere soluciones específicas es la del explotador, verdadero protagonista y, por consiguiente, sujeto de la actividad aeronáutica.

Una segunda precisión requiere distinguir entre los explotadores de aeródromos abiertos al uso público, entre los cuales, como señalé, están incluidos los aeropuertos, y los de aeródromos cuya utilización está restringida a las decisiones de su dueño o explotador.

En la ley positiva argentina, los primeros reciben el nombre de aeródromos públicos y los segundos se denominan privados, sin que incida en tal calificación la naturaleza estatal o particular de sus respectivos explotadores<sup>2</sup>.

Fácil es comprender que el mayor interés, en relación con la responsabilidad civil, aparece respecto a los explotadores de aeródromos abiertos al uso público, ya que los otros únicamente pueden ser utilizados con conformidad de su titular.

No se plantea, pues, en relación con estos últimos, la posibilidad de considerarlos destinados a la prestación de un servicio público.

Por consiguiente, un aeródromo privado sólo puede ser utilizado ordinariamente con acuerdo de su explotador, es decir, sobre la base de una manifestación de voluntad de éste, que daría lugar a la formación, con el eventual usuario, de un vínculo nacido de un acto bilateral, que genéricamente cabe calificar de contractual o convencional.

Únicamente quedaría fuera de este marco una situación de emergencia en que el piloto de una aeronave, ante un peligro inminente, procediera a aterrizar en un aeródromo privado, señalado en las cartas aeronáuticas y cuyo mal estado de conservación motivase un accidente.

Diferente y sin duda más interesante es la situación del explotador de un aeródromo público y, por ende, de un aeropuerto, es decir, abierto al uso general de aeronaves que,

<sup>2</sup> Ver *Código Aeronáutico de la República Argentina*, art. 25.

por sus características técnicas, sean aptas para operar en ese campo de aviación.

Sin entrar en un análisis del concepto del servicio público, tema que corresponde dejar librado al tratamiento por los especialistas del derecho administrativo, cabe calificar al explotador de un aeródromo público como alguien que presta un servicio de esa especie, ya que tiende a satisfacer, en forma más o menos continua, una necesidad general ajustándose a una reglamentación aprobada por el Estado<sup>3</sup>.

La necesidad general que satisface es la de la circulación aérea, que se hace presente a través de todas las aeronaves, cuyos responsables, explotadores o comandantes, requieren los servicios que el aeródromo está destinado a prestar<sup>4</sup>.

Éstos consisten, fundamentalmente, en poner a su disposición un terreno apto para el despegue y el aterrizaje de aquéllas, con la debida preparación material para que puedan realizarse exitosamente tales operaciones y habilitado por la autoridad aeronáutica para funcionar como aeródromo público.

En este sentido, la situación jurídica del explotador de un aeropuerto se asemeja a la de los explotadores de servicios de control de tránsito aéreo.

Pero, la semejanza no es completa, ya que, además, en el aeropuerto pueden ser estacionadas y guardadas las aeronaves, cuando así se convenga entre los respectivos explotadores de aquéllas y del campo de aviación.

En las relaciones jurídicas que se forman en este último supuesto, la situación es fundamentalmente diferente de la anterior, ya que el estacionamiento y la guarda de las aeronaves debe ser convenida, es decir, se funda en una convención, lo cual motiva que se apliquen las reglas específicas de la responsabilidad contractual cuando se produzca algún

<sup>3</sup> R. BIEISA, *Derecho Administrativo*, 3ª ed., Lajouane, Bs. As., 1958, pág. 114.

<sup>4</sup> Ver mi trabajo *Naturaleza de los servicios de control del tránsito aéreo y responsabilidad de sus operadores*, "Revista de la Universidad de Buenos Aires", 1981, pág. 272.

daño a los propietarios u operadores de los aparatos estacionados o guardados.

Estimo que este somero cuadro de las diversas situaciones jurídicas que pueden revestir los explotadores de aeródromos, puede orientar para establecer cómo deben ser tomadas en consideración para analizar el tema de su responsabilidad civil y estructurar un sistema orgánico a su respecto.

Este resulta algo más complejo que el referido a los explotadores de servicios de tránsito aéreo, debido a la necesidad de abarcar, como se ha dicho, diversas situaciones que plantean exigencias jurídicas también diferentes.

### III. — LA RESPONSABILIDAD DE LOS EXPLOTADORES DE AERÓDROMOS PRIVADOS

Iniciamos el estudio de las diversas situaciones que pueden plantearse, por la consideración del caso que juzgamos más simple, el de los explotadores de aeródromos privados, es decir, aquéllos que no están abiertos al uso público.

Para este supuesto, debe tenerse muy en cuenta esa característica distintiva de esta especie de aeródromos: no son susceptibles de utilización sino con el consentimiento del explotador del campo de aviación, circunstancia que, sin duda, influye para que el régimen de responsabilidad no sea muy gravoso para aquél.

Pero, al lado de esta nota favorable para él, también debe ponderarse otra que gravita en sentido opuesto: para que un campo sea calificado como aeródromo, se necesita no sólo un terreno apto para la operación de las aeronaves y que se lo destina a esa función, sino también un acto administrativo definitorio: la habilitación por la autoridad aeronáutica <sup>5</sup>.

Por esto puede decirse que, para ello, deben sumarse tres elementos: uno material, la aptitud del terreno para las operaciones de despegue y aterrizaje; otro, funcional o fina-

<sup>5</sup> Ver *Código Aeronáutico de la República Argentina*, art. 27.

lista, el destino dado a ese terreno y, finalmente, un tercero, estrictamente jurídico, la habilitación estatal <sup>6</sup>.

Es sabido que, en las cartas aeronáuticas, como contribución a la seguridad de los vuelos, están señalados, no sólo los aeropuertos y aeródromos públicos en general, sino también los privados, por si fuere necesario utilizarlos en una emergencia.

Creemos que la ponderación de estos datos permite elaborar un régimen de responsabilidad equitativo para los explotadores de aeródromos privados.

En circunstancias normales, para que un campo de aviación de esta especie sea utilizado, es necesario el consentimiento de su explotador y, por consiguiente, no se le puede imputar responsabilidad si una aeronave procede a operar allí sin autorización del titular del campo y, debido a que éste no se encuentra en buenas condiciones, sufre un accidente. Puede decirse que el explotador de la aeronave debe soportar las consecuencias de su propia culpa.

Si, por el contrario, la aeronave utilizó el aeródromo con consentimiento de su explotador y experimenta daños por no estar la pista en buenas condiciones operativas, se plantea una clara situación de responsabilidad contractual a cargo del explotador del aeródromo, el cual, sin duda, incurre en culpa al permitir que se use su terreno afectado por deficiencias de mantenimiento o cuidado.

Esta solución no se modifica si la autorización para operar fue acordada a título gratuito.

Hasta aquí, es decir, frente a una operación realizada en un vuelo normal, los elementos del sistema son muy simples.

Mayor complejidad reviste el tema cuando la utilización del campo se produce a raíz de una emergencia ocurrida durante el vuelo de una aeronave, que obliga al comandante de ésta a un aterrizaje forzoso.

Si ese aterrizaje se efectúa en un aeródromo privado que figura en la carta aeronáutica y el campo no está en buen estado, como consecuencia de lo cual la máquina sufre un

<sup>6</sup> Ver mi *Derecho Aeronáutico*, Zavalia, Bs. As., 1969, t. I, N° 121, pág. 412.

accidente y hay daños, es notorio que la cuestión plantea algunos interrogantes.

Desde un punto de vista, no cabe imputar culpa alguna al comandante de la aeronave en emergencia ni tampoco, en principio, al operador del aeródromo, ya que éste no estaba abierto al uso público.

Sin embargo, como todo sistema de responsabilidad tiene por fin lograr una distribución equitativa de los daños, se hace necesario fijar un criterio adecuado para alcanzar esa finalidad.

Creo que, en un plano de estricta justicia, debe atribuirse responsabilidad al explotador del campo de aviación ya que él, al gestionar la habilitación de su campo, creó el riesgo potencial de su utilización en caso de emergencia. Y aun cabe agregar que se beneficia, en cierta medida, al contar con un terreno que puede usar legítimamente para la operación de aeronaves cuando lo estime conveniente.

La aplicación de la teoría del riesgo aparece, así, como una pauta valiosa, que permite, para el caso de situaciones de emergencia, complementar el sencillo sistema anteriormente enunciado.

Para dejar bien claramente expuesto mi pensamiento, deseo señalar que estimo que esto no significa recurrir a la aplicación de la responsabilidad objetiva, sino a ponderar comparativamente las respectivas conductas de los sujetos participantes en la relación jurídica y hacer soportar las consecuencias negativas a aquél cuya conducta haya dado lugar en medida mayor a la producción del perjuicio.

#### IV. — LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS EXPLOTADORES DE AERÓDROMOS PÚBLICOS Y AEROPUERTOS

##### A. *Diversas situaciones a considerar*

Como anticipé al referirme al tema planteado en general, la responsabilidad de los explotadores de aeropuertos



y aeródromos abiertos al uso público es la más interesante, la de aplicación más frecuente y la que entra en cuestión cuando se causan daños más graves.

Como también lo expuse, respecto a los explotadores de esa especie de campos de aviación pueden plantearse cuestiones de reparación de perjuicios de índole contractual y extracontractual y, por razones sistemáticas, juzgo conveniente tratarlas separadamente.

Para mayor claridad y dado que no existe unanimidad respecto al concepto mismo del contrato, figura a la cual la doctrina asigna mayor o menor amplitud según el criterio de los autores, específico que para mí es contractual la responsabilidad civil originada por el incumplimiento de un deber jurídico creado por un acuerdo de voluntades, es decir, bilateralmente.

En los demás casos, opino que la responsabilidad es extracontractual.

### B. *Responsabilidad extracontractual*

Para iniciar la consideración de este aspecto de la responsabilidad civil de los explotadores de aeródromos públicos, recuerdo, a títulos de ejemplo, algunos hechos susceptibles de originarla.

Así, M. de Juglart menciona la obligación resarcitoria que puede engendrarse cuando el explotador no indica los lugares peligrosos para impedir el acceso del público o las aeronaves<sup>7</sup> y la jurisprudencia de varios países se ha pronunciado en relación con acontecimientos diversos.

Entre esos casos, señalo que, en los Estados Unidos, se ha decidido que la responsabilidad por los perjuicios originados por el ruido en la proximidad de un aeródromo, le corresponde al explotador de éste<sup>8</sup>, que también le incumbe si el operador de la torre de control omitió informar a una aeronave que se aproximaba que la pista estaba ocupada y le

<sup>7</sup> M. de JUGLART, *Traité élémentaire de Droit Aérien*, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952, N<sup>o</sup> 177, pág. 195, nota 30.

<sup>8</sup> F. De BILLYOU, *Air Law*, Nueva York, 1963, pág. 29.

permitió aterrizar<sup>9</sup> y si el operador de la torre incurrió en un error en las instrucciones dadas a un avión y éste chocó con un autocar<sup>10</sup>, así como cuando se produjo un abordaje por defectos en las indicaciones dadas a dos aeronaves que se aproximaban<sup>11</sup>.

En España, se registran también fallos interesantes, como el que hizo responsable al Estado, explotador de un aeropuerto, que no lo cerró cuando las condiciones meteorológicas exigían que lo hiciera y permitió la entrada de una aeronave cuyas características técnicas hacían que no pudiera operar en esas circunstancias<sup>12</sup>.

En general, cabe afirmar que, conforme a esos fallos, el explotador debe responder por los daños causados por sus hechos ilícitos o los de sus dependientes frente a cualquier damnificado.

Hay sobre este punto unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia, de manera que puede considerarse totalmente resuelto que el operador de un aeropuerto y, en general de un aeródromo público, está sujeto al principio común en materia de responsabilidad civil, es decir, que debe ser condenado a reparar los perjuicios causados por su conducta culpable y también por la de aquéllos que están bajo sus órdenes y originan daños en el ejercicio de sus funciones.

La aplicación de los principios generales del sistema de reparación de daños en el derecho común conduce también a utilizar el mismo criterio cuando los perjuicios son consecuencia de una falla de los elementos que utiliza el explotador para la prestación de sus tareas.

Se mantiene, por consiguiente, la vigencia del principio general de la responsabilidad, según el cual toda persona debe reparar los daños originados por su propia culpa, los

<sup>9</sup> Ver Marino *c/USA*, *II Diritto Aéreo*, 1963, pág. 27.

<sup>10</sup> Ver *Air Transport Ass. Inc. c/USA*, *II Diritto Aéreo*, 1963, pág. 28.

<sup>11</sup> Ver *Eastern Airlines Inc. c/Unión Trust Co.* y otros, *II Diritto Aéreo*, 1963, pág. 27.

<sup>12</sup> E. MAPELLI, *La responsabilidad del Estado en los accidentes de aviación*, II Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio, Salamanca, 1964, pág. 68.

provenientes de la culpa de sus dependientes en el ejercicio de sus funciones y los producidos por defecto de las cosas empleadas por aquélla.

Cabe señalar que esta solución coincide con la que debe aplicarse en relación con la responsabilidad de los operadores de los servicios de control de la navegación aérea, es decir, que existe unidad de tratamiento para las situaciones más importantes planteadas respecto a la indemnización de daños provenientes de defectos humanos o materiales en el campo de la infraestructura<sup>13</sup>.

Establecido este principio, es oportuno analizar si conviene mantener su vigencia conforme a las normas tradicionales en materia de responsabilidad o si es preferible optar por un sistema de base objetiva.

Sin duda alguna, me pronuncio en favor del mantenimiento de la solución tradicional, en la cual el factor ordinario de atribución de responsabilidad es la culpa, salvo para el caso de daños causados por defectos o fallas de las cosas empleadas por el explotador del aeropuerto.

Creo que se trata del criterio más justo y que sólo debe ceder en situaciones muy excepcionales.

Tal ocurre, por ejemplo, en el ámbito aeronáutico, con la reparación de los daños sufridos por terceros en la superficie.

Pero, fuera de esos supuestos, de caracteres realmente especiales, un sujeto sólo debe indemnizar los perjuicios que han sido causados por su culpa o negligencia. El riesgo, como factor de atribución de responsabilidad, sólo debe funcionar para resolver, precisamente, esas situaciones excepcionales, donde no resulta equitativo recurrir a la culpa<sup>14</sup>.

Así ocurre en el ejemplo de los damnificados en la superficie, pero no se aprecia con qué argumentos sólidos cabría proponer, en el caso que se analiza, un apartamiento de las reglas generales en materia de responsabilidad.

<sup>13</sup> Ver mi trabajo, citado en la nota 4, pág. 279 y sig.

<sup>14</sup> Ver mi trabajo *La responsabilidad por el riesgo creado en Derecho Aeronáutico*, "Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires", 1982, Nº 2, pág. 11.

En rigor, los operadores de aeropuertos no crean el riesgo, sino que éste nace de la operación de las aeronaves. Estas necesitan instalaciones que les permitan tomar contacto con la superficie al comienzo o al fin de cualquier vuelo, es decir, en toda manifestación de su actividad específica.

El funcionamiento del aeropuerto sólo proyecta un riesgo complementario, el proveniente de la eventual falla de los elementos utilizados para posibilitar las operaciones de aproximación, aterrizaje, despegue, orientación, etc., de aeronaves. Para este riesgo complementario, relacionado con los daños producidos por el explotador o sus dependientes por causa de las cosas que utiliza, debe hacerse, en principio, responsable al operador del campo de aviación, pero es bien claro que ello sólo constituye, como en los sistemas tradicionales de los Códigos Civiles, el supuesto excepcional que requiere solución adecuada.

Por otra parte, estas soluciones especiales fueron conocidas y consagradas desde los tiempos del Derecho Romano clásico.

Para justificar esta complementación, puede, inclusive, recurrirse a la otra manifestación del riesgo, la referida al riesgo provecho, ya que el explotador de un aeropuerto está habilitado para percibir una retribución por los servicios que presta, es decir, cumple una actividad regida por las reglas de los actos a título oneroso.

Para promover una variación del sistema y recurrir a un sistema de responsabilidad de base objetiva, se invocan, a veces, las dificultades de prueba que puedan encontrar los explotadores o comandantes de aeronaves para demostrar la culpa del explotador del aeropuerto o sus dependientes o la falla de las cosas utilizadas por ellos, pero tal argumentación carece de fuerza de convicción.

En efecto, el fundamento en este supuesto es mucho menor que el que pueda encontrarse para el caso de daños ocasionados por los servicios de control de la navegación aérea y ni siquiera en este caso, la argumentación reviste valor atendible.

Ello es así por cuanto, debido a las características pro-

pías de los aeropuertos, no existen a su respecto dificultades particulares en materia de prueba, sino que la situación se plantea en forma análoga a la que resulta de cualquier tipo de accidente o acontecimiento dañoso.

Más aun, cabe afirmar que, en general, en lo atinente a las constancias de los mensajes intercambiados entre los comandantes de aeronaves y los encargados de las torres de control, son mayores las facilidades que se encuentran en materia de prueba, facilidades a las que contribuyen, ordinariamente, las investigaciones que las autoridades deben efectuar cuando se producen accidentes o incidentes en el curso de operaciones aéreas.

En resumen, juzgo conveniente mantener la vigencia del sistema de indemnización fundado en la culpa, con el complemento del riesgo como factor de atribución de responsabilidad para el caso especial en que los daños provengan de defectos o fallas de los elementos utilizados por los explotadores de aeropuertos para cumplir sus tareas específicas.

Como la limitación cuantitativa de la responsabilidad tiene amplio campo de aplicación en el ámbito del Derecho Aeronáutico, parece imprescindible determinar si cabría establecerla en el supuesto que se trata en esta comunicación.

En mi opinión, no hay razones que justifiquen un apartamiento de la solución general, que, sobre la base de firmes principios de justicia, consagra la reparación integral de los daños.

La opción por un sistema resarcitorio de base subjetiva, fundado en la culpa como factor de atribución de responsabilidad provee un elemento importante en favor de la vigencia de un régimen que exija la indemnización plena de los perjuicios.

Distinta sería la solución si se eligiere un sistema de responsabilidad objetiva, donde la limitación encontraría fundamentos de justicia que deben ser tomados en consideración y que atienden la compensación que otorga la limitación cuantitativa a aquél que debe afrontar un régimen que agrava su situación, en comparación con la solución ordinaria.

El único argumento favorable a la limitación, que cabría hacer valer en el caso que analizamos, reside en la protección de la aviación, como actividad general, beneficiosa para el interés de la sociedad contemporánea, pero se trata de un fundamento endeble y que fácilmente puede ser privado de verdadero sustento.

En efecto, si los explotadores de aeropuertos son sujetos participantes en la actividad aeronáutica, en cuyo desarrollo cumplen una función de real magnitud, también son protagonistas centrales los explotadores y tripulantes de las aeronaves y aun sus pasajeros, todos los cuales son, ordinariamente, los damnificados en los acontecimientos que pueden originar responsabilidad para los titulares de los campos de aviación.

Corresponde, por consiguiente, optar por la reparación integral de los perjuicios.

La mención que acaba de hacerse de quienes resultan generalmente víctimas en los casos en que deben responder los explotadores de aeródromos, conforma solamente una nómina que incluye los casos más habituales, pero es evidente que esa enunciación puede ser mucho más amplia.

Cabe, en efecto, incluir en ella, a los expedidores y destinatarios de mercancías, a los miembros del personal que cumple tareas en los aeródromos y aun a terceros en la superficie.

Todos ellos tienen derecho a promover directamente contra los explotadores de aeropuertos las acciones resarcitorias pertinentes, sin necesidad de demandar previamente a otras personas.

Algunos de estos sujetos cuentan, sin duda, con pluralidad de acciones. Así, por ejemplo, un pasajero lesionado puede demandar a su transportador y un tercero víctima de daños que un avión le causó en la superficie puede optar por reclamar la indemnización de tales daños al explotador de esa aeronave, pero ello no es fundamento suficiente para privarlos de la facultad de accionar contra el explotador del aeródromo.

Está plenamente justificado el reconocimiento de este derecho, ya que algunos de los damnificados pueden encontrarse, frente a otros responsables, desprovistos de la posibilidad de obtener una reparación integral de los daños experimentados.

Así ocurre, por ejemplo, con los tripulantes frente a su principal, al que sólo podrían reclamar el pago de la indemnización tarifada de la ley de accidentes de trabajo, a los pasajeros y expedidores y destinatarios de mercancías frente a sus transportistas, y a los dañados en la superficie respecto al explotador de la aeronave que originó el perjuicio, quienes también están sometidos a regímenes creados en el Derecho Aeronáutico, que contemplan responsabilidades cuantitativamente limitadas.

Negarles la facultad de demandar a los explotadores de aeropuertos implicaría privarlos del derecho de obtener una indemnización completa de sus daños.

A ello debe agregarse, lógicamente, que los transportadores o explotadores de aeronaves que hayan sido condenados a reparar perjuicios originados por hechos que engendran la responsabilidad de los explotadores de aeropuertos, están habilitados para repetir de éstos lo que hayan debido abonar a los damnificados que los demandaron.

En síntesis, creo que la responsabilidad extracontractual de los explotadores de aeródromos debe responder a los siguientes lineamientos: debe tener base subjetiva y fundarse en la culpa como factor de atribución de responsabilidad, salvo cuando los daños provengan de las cosas utilizadas, caso en que debe aplicarse la teoría del riesgo; debe contemplar la reparación integral de los daños y debe poder ser demandada por cualesquiera damnificados, aun cuando cuenten con otra acción para requerir el resarcimiento de sus perjuicios.

Como cierre de este comentario, sólo deseo reiterar que la responsabilidad extracontractual cubre todas las situaciones en que los explotadores de los campos de aviación pueden verse obligados a indemnizar, salvo aquéllas que nazcan

del incumplimiento de las obligaciones creadas por un acto jurídico bilateral.

Este criterio ha sido aplicado últimamente en un fallo jurisprudencial dictado en nuestro país, a raíz de daños sufridos por una aeronave como consecuencia de haber chocado, mientras rodaba para iniciar su despegue, con unos tambores abandonados en la pista. Para determinar si debía hacerse lugar a una excepción de prescripción, la Cámara de Apelaciones debió definir si se trataba de un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual y falló en este último sentido <sup>15</sup>.

Finalizada esta exposición del tema referido a la responsabilidad extracontractual en un plano estrictamente doctrinario, he de dedicar breves momentos a la consideración de una situación que nace específicamente de lo dispuesto por nuestro Código Aeronáutico, es decir, de una cuestión que nace exclusivamente de un precepto de nuestra ley positiva.

Me refiero a la responsabilidad que puede recaer sobre el explotador de aeropuerto por perjuicios originados por la conducta del jefe del campo de aviación.

Expresa el artículo 88 del Código Aeronáutico que: "En todo aeródromo público habrá un jefe que será la autoridad superior del mismo en lo que respecta a su dirección, coordinación y régimen interno, quien será designado por la autoridad aeronáutica".

Los términos del precepto transcrito no dejan dudas en cuanto a la importancia de las funciones del jefe del aeropuerto y, de acuerdo con esa enunciación, es evidente que cualquier falla en la atención de sus tareas puede engendrar perjuicios graves.

Si la designación del funcionario dependiera del explotador del aeropuerto, éste debería, sin asomo de duda, responder en tales casos, conforme a las reglas generales antes comentadas.

Pero, el nombramiento debe emanar de la autoridad aeronáutica y ello plantea una cuestión especial, pues cabe

<sup>15</sup> Ver PLUNA c/Gobierno Nacional, "La Ley", 1933-D, pág. 436.



la duda de si debe aplicarse la culpa *in eligendo*, que liberaría al explotador del aeropuerto de su responsabilidad y la haría recaer en el Estado, autor de la designación.

Nos parece, sin embargo, que debe mantenerse la obligación resarcitoria de aquél frente a los damnificados, ya que se beneficia con la actividad del jefe del aeropuerto y, por tal razón, es equitativo que tenga a su cargo la reparación de los daños que cause ese funcionario en el desempeño de sus tareas.

Lógicamente, que ello no impide que, cumplidas sus obligaciones indemnizatorias, el explotador del aeropuerto repita frente al Estado lo abonado, si demuestra que la designación efectuada por éste fue defectuosa y producto de un obrar negligente o culpable de quien la realizó.

### C. Responsabilidad contractual

Mientras que, en relación con los operadores de servicios de control de la navegación aérea, el campo de responsabilidad únicamente comprende el plano extracontractual, no es así en lo atinente a los explotadores de aeropuertos, quienes pueden encontrarse en situaciones que les originen responsabilidad contractual.

Ello ocurre en los casos en que, en los campos de aviación, se estacionan o guardan aeronaves, dejadas allí por sus propietarios o explotadores, quienes, ordinariamente, pagan un precio en retribución de la guarda del vehículo.

Es evidente que, en estos supuestos, se celebran contratos, cuyo incumplimiento, conforme a las normas jurídicas comunes, debe dar lugar a la correspondiente indemnización de perjuicios.

En general, hasta el momento actual dichos contratos son innominados y carecen, por consiguiente, de un régimen legal específico, pero comienzan a adquirir tipicidad social, a medida que crece constantemente la cantidad de aeronaves en circulación y el número de aeropuertos en el mundo.

Inclusive, han adquirido un nombre: se los denomina ordinariamente contratos de hangaraje, neologismo nacido del nombre de los edificios destinados a la guarda de aeronaves y que muestra clara semejanza con la designación empleada en las convenciones referidas a la guarda de automóviles, llamadas contratos de garage.

Juzgo conveniente poner de relieve desde el comienzo esta semejanza por estimar que ella es de gran utilidad para proceder al análisis de la figura contractual en cuestión y determinar la responsabilidad que puede engendrar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por los explotadores de aeropuertos al celebrar contratos de esta especie.

Ellos se comprometen a guardar las aeronaves y a entregarlas a sus dueños o explotadores cuando les sea requerido. A cambio de esa custodia, tienen derecho a percibir la retribución, que deberá pagarles el otro contratante, el cual puede ser propietario o explotador de la aeronave. Se trata, por consiguiente, de un contrato oneroso.

El incumplimiento de las obligaciones contractuales engendra responsabilidad para los explotadores de aeropuertos, quienes deberán indemnizar integralmente los daños que experimente la otra parte.

La situación parece muy simple. Sin embargo, reviste cierta complejidad, ya que, por tratarse de un contrato innominado, no están legalmente determinadas las obligaciones que asumen los contratantes.

Ello exige recurrir a principios y normas de interpretación, que conducen a investigar qué figura nominada tiene mayor analogía con la que se analiza y la opción se plantea entre el depósito y la locación de cosas.

Es evidente que la elección de una u otra figura como base de la regulación de este contrato puede producir consecuencias muy diferentes si, por ejemplo, la aeronave estacionada o guardada es sustraída del campo de aviación por un tercero.

Si se optara por aproximar el contrato a una locación, la principal obligación del explotador del aeródromo consis-

tiría en conceder al de la aeronave el uso y goce de un lugar donde aquélla quedaría, mientras que si se recurriera al depósito, su deber fundamental sería el de guardarla y restituirla oportunamente al depositante.

Ante la substracción de la aeronave, si se trata de una locación de cosas, no habría responsabilidad del explotador del aeropuerto, mientras que ésta nacería, incuestionablemente, si fuera un depósito.

En mi opinión debe optarse por analogía por el depósito, por aplicación de las normas relativas a la causa fin, como elemento esencial de los contratos e instrumento fundamental para calificarlos.

En efecto, la finalidad substancial que lleva al dueño o explotador de la aeronave a celebrar el contrato con el del aeropuerto consiste en obtener que éste la guarde, sin que, por el contrario, le interese contar con el uso y goce de un sector determinado del terreno.

Entre las diversas especies de depósito, corresponde pronunciarse por el regular, por ser la aeronave una cosa cierta, perfectamente determinada, ya que es un bien mueble registrable y, desde otro punto de vista, hay que inclinarse por el depósito comercial, por tratarse de un acto a título oneroso.

Sobre esta base, cabe afirmar que las relaciones nacidas del contrato de hangarage, así como la responsabilidad civil de los explotadores de aeropuertos por el incumplimiento de las obligaciones contraídas, deben ser regladas, por analogía, mediante la aplicación de las normas correspondientes al depósito regular, especialmente en su especie comercial.

Por consiguiente, la responsabilidad contractual de aquéllos debe ser subjetiva, fundada en la culpa y cubrir la reparación integral de los perjuicios sufridos por el otro contratante.

En la Argentina, la jurisprudencia se pronunció en este sentido en un caso en que había sido sustraída una aeronave de un campo de aviación, donde estaba guardada, y el fallo hizo lugar a la demanda del dueño de la aeronave y condenó al explotador del aeropuerto a indemnizar integral-

mente los daños sufridos por aquél, por aplicación analógica de las normas que rigen el contrato de depósito <sup>16</sup>.

D. *Conveniencia de establecer una responsabilidad garantizada*

Como reflexión final, deseo expresar que creo conveniente complementar el régimen de responsabilidad civil de los explotadores de aeropuertos mediante la estructuración a su respecto de un régimen de seguros obligatorios.

Lo juzgo muy útil, casi imprescindible, por el monto que pueden alcanzar los daños que deben ser indemnizados, especialmente en relación con acontecimientos que pueden ocurrir en campos de aviación donde operan aeronaves de gran tamaño y, más aún, si éstas están destinadas al transporte.

La garantía cumpliría un fin de doble protección: por una parte aseguraría a los damnificados el cobro de las indemnizaciones y, por otra, constituiría un medio de defensa de los intereses de los explotadores de aeropuertos, que no correrían el riesgo de caer en bancarrota en caso de un siniestro de gran magnitud.

Además, si se instaurare la obligatoriedad de contratar seguros, el costo de éstos no sería excesivamente elevado debido a que se crearía un mercado amplio por la cantidad de operaciones que deberían contratarse.

<sup>16</sup> Ver Estancia Campaña-Cué S.A. c/AIRCOM, "El Derecho", t. 52, pág. 187.

## PARTICIÓN DE GANANCIAS DESPUÉS DEL DIVORCIO

*Comunicación del académico Dr. Elías P. Guastavino, en la  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de  
Buenos Aires, el 27 de junio de 1985*



## I. — EL TEMA

Suele aceptarse en derecho argentino que la partición del fondo ganancial líquido se realice por partes iguales entre los cónyuges sin consideración de la culpa o inocencia en el divorcio y sin computar, tampoco, el capital propio ni los aportes durante el matrimonio y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad ningún bien ni realizado contribución en el curso de la vida conyugal.

En la práctica tal interpretación goza de una hegemonía absoluta. Será preciso meditar si es la más ortodoxa en la perspectiva del auténtico sentido de las normas, buscando la voluntad objetiva de la ley y, asimismo, la voluntad histórica del legislador.

No han faltado opiniones doctrinarias que cuestionan la conveniencia de esa solución, pero el planteo concreto sobre la posibilidad de resultados más equitativos en el actual derecho argentino no se ha conocido, salvo las derivaciones no siempre suficientes del resarcimiento de los daños producidos por el divorcio.

Para justificar la crítica de interpretaciones que quizás podrían invocar el adagio *stare decisis et non quieta movere* será válido repetir con Sáenz Hayes que el hombre que nace con el hábito de pensar adquiere el derecho de contradecir; por lo demás, la fuerza de los precedentes no obsta a la búsqueda de soluciones más justas. Ha recordado igualmente Risolía que "en la disidencia de hoy puede estar el germen de la verdad del futuro".

En su mayor generalidad el problema es saber si debe computarse la inocencia y la culpa cuando se divide la so-

ciudad conyugal luego del divorcio y, con más precisión, si puede perfilarse en favor del inocente una opción para partir los gananciales por mitad o en proporción a los aportes; y, aun en otro nivel, si cabe computar los incumplimientos de deberes en que pudo incurrir un cónyuge.

En lenguaje franco: ¿Es justo que la división de los gananciales sea igual para el inocente que para el culpable del divorcio?

¿Por qué la culpa en el divorcio hace perder la herencia, elimina el beneficio de competencia, modifica el régimen de alimentos, tiene relevancia para otorgar la tenencia de los hijos menores y, sin embargo, debe detenerse frente al problema de la partición de los gananciales?

Los criterios que se exponen sobre el modo de partir dichos bienes después de la separación judicial de los cónyuges o divorcio relativo, cabría también tomarlos en cuenta en lo esencial respecto al divorcio vincular.

## II. — VISIÓN SISTEMÁTICA

En esta materia es útil considerar la concepción de divorcio seguida por la ley, pues de ella derivan los efectos del mismo y, entre éstos, los que provoca la disolución de la sociedad conyugal.

En la concepción del *divorcio remedio* el pronunciamiento procede en los casos en que la vida conyugal en común es imposible por causas subjetivas u objetivas, inclusive por fuerza mayor o caso fortuito, con prescindencia de la imputabilidad de las circunstancias determinantes.

En la concepción del *divorcio sanción* sólo se justifica la ruptura del vínculo o la separación personal por faltas imputables a la culpa de algún cónyuge; el divorcio es una sanción por el incumplimiento de las obligaciones que impone el matrimonio.

La ley argentina 2393 de matrimonio civil siguió esta última orientación y sólo autorizó el divorcio judicial relativo por las causas del artículo 67, todas las cuales involu-



eran como elemento necesario la imputabilidad de uno de los cónyuges.

Con relación al denominado juicio consensual de divorcio o por presentación conjunta del artículo 67 bis, incorporado en 1968, se dividieron las opiniones acerca de si exclusivamente cabe fundarlo en las causas del artículo 67 de la citada ley o si cabría vincularlo a cualquier otra que hiciera insoportable la convivencia cuando revista gravedad a criterio del juez. La cuestión carece de interés especial en el tema de la partición de los gananciales, pues se permite un acuerdo de los esposos sobre la liquidación de la sociedad conyugal que incluirá seguramente el modo de dividir los bienes comunes, y en caso de no haber acuerdo se ha de seguir la vía judicial sumaria, aplicándose los efectos del divorcio por culpa de ambos, en cuya hipótesis no tiene trascendencia plantear la posibilidad de una opción en favor del inocente para partirlos en proporción a los respectivos aportes.

En caso de nulidad matrimonial y con relación al matrimonio putativo prevalece el criterio de reconocer al cónyuge de buena fe una opción para dividir los bienes con arreglo a las normas de la sociedad conyugal o como si sólo hubiera mediado una sociedad de hecho, es decir en este último supuesto proporcionalmente a los aportes respectivos, por no ser justo que el de mala fe se beneficie con la división igualitaria de los cuasi gananciales, cuyo caudal puede ser el resultado del trabajo del otro contrayente o el ahorro sobre los frutos de sus bienes personales. En suma, se valora y atribuye eficacia al comportamiento subjetivo e imputable, atendiendo a la buena y mala fe.

En una visión panorámica de los efectos patrimoniales del divorcio se advierte la importancia de la culpa e inocencia (herencia, alimentos, beneficio de competencia, etc.).

Ninguna razón ha expresado el legislador argentino para deschar la influencia de la culpa o inocencia en el modo de partir los gananciales después del divorcio. La necesidad de coherencia de las instituciones jurídicas debe conducir a

consecuencias armónicas en todos los casos de responsabilidad en el incumplimiento de los deberes conyugales, particularmente si se trata del mismo nivel de relaciones como son las consecuencias del divorcio en el plano patrimonial.

La principal conclusión que se deduce de la consideración sistemática es que la división por mitades de los gananciales luego del divorcio, sin atender a la culpa e inocencia, no concuerda con el resto de la regulación de las consecuencias previstas en la ley para la culpa conyugal en el plano patrimonial. Tal modo de dividir los gananciales es contrario a la concepción del divorcio sanción que rige en derecho argentino.

### III. — LA JUSTICIA Y LAS RAZONES PRÁCTICAS

El resultado de una división ciegamente igualitaria de los gananciales luego del divorcio puede contrariar el sentimiento de justicia que ha de regir las relaciones de los cónyuges en el plano económico, pues el culpable de la violación de las obligaciones impuestas por el matrimonio, que desconoció los fines trascendentes de la asociación conyugal u omitió la ayuda recíproca y solidaria ínsita en la unión, y que en muchos casos no contribuyó directa ni indirectamente a formar el acervo ganancial, se aprovecharía de su dolo o culpa al retirar la mitad. Estarían ausentes los fundamentos de justicia conmutativa (referidos a que los aportes de igual o diferente naturaleza son equivalentes) y de justicia distributiva (concernientes a un reparto adecuado a los méritos), que se invocan para justificar la división por mitades en los casos normales.

¿Fue ése el criterio del código de Vélez Sársfield y de la ley de matrimonio civil?

¿Y de haber sido así tuvo atenuantes o vías de reequilibrio?

¿Es ésa la solución que se impone luego de la reforma de 1968?

Cabe, al menos, la posibilidad de dudar de la exactitud legal de la división igualitaria entre divorciados.

Por razones del tiempo disponible es preciso omitir los antecedentes históricos y de derecho comparado. Baste al respecto señalar que no siempre se ha negado la incidencia de la culpa e inocencia en esta materia y que no se ha seguido inflexiblemente el criterio de otorgar un trato indiscriminado al inocente y al culpable de la ruptura matrimonial.

La mera conveniencia práctica de la división por mitades a fin de evitar disputas y operaciones de difícil acreditación, es insuficiente en tales situaciones para justificarlas.

No siempre es difícil demostrar la total falta de colaboración de uno de los esposos en la formación de la masa partible, no sólo por no haber trabajado o carecer de bienes propios generadores de frutos sino también por haber incurrido en absoluta desatención del hogar.

Ocasionalmente la dificultad probatoria y valorativa de las contribuciones de cada esposo puede constituir un obstáculo para el reparto proporcionado a los aportes, pero no es insuperable.

Los escollos no se presentarán en todas las divisiones de sociedad conyugal sino únicamente en algunos casos en que hayan quedado disueltas por divorcio; y en ellos, como cuestión fáctica pueden ofrecer similar grado de dificultad que varios problemas liquidatorios: calificación de bienes, recompensas, regulación del pasivo, etc.

Cuando se trata de valuar contribuciones morales o supramateriales (tales como la crianza de hijos, su educación, clima de sosiego hogareño que retempla para el esfuerzo, etc.), que tanto pudieron ser realizadas por el inocente como por el culpable, los problemas a resolver son afines a los que involucra la fijación de la cuantía del monto resarcitorio del daño moral e inclusive, con las profundas particularidades que los caracterizan, la valuación de los aportes de socios industriales en las sociedades en general. Del mismo modo que debe valuarse y determinarse la cuantía del *daño* moral también corresponde apreciar equitativa y prudentemente,

según las circunstancias de cada caso, el *bien* moral que algunas de aquellas conductas pudo involucrar. El derecho comparado contemporáneo conoce amplitud de facultades judiciales, en alguna medida similar, para problemas concomitantes.

En caso de duda las dificultades deberían superarse aplicando la presunción de la igualdad de los aportes por invocación de la regla *in dubio pro comunitate*, solución que beneficia a los dos cónyuges y a la que no es extraña ni incompatible la norma del artículo 1785 del Código Civil, invocable en la reinterpretación de los textos legales que se pondrá más adelante.

Por encima de todo ha de convenirse que es preferible afrontar las dificultades de la prueba y, en último extremo, presumir alguna vez aportes iguales, a dividir automática e invariablemente siempre por la mitad los fondos líquidos gananciales a pesar de la culpa en el divorcio, de la inequivalencia de las contribuciones respectivas y de la violación de los deberes de ayuda recíproca.

#### IV. — RÉGIMEN LEGAL FORZOSO DE COMUNIDAD

Un encuadre sistemático de la cuestión también requiere tener en cuenta que el problema se inserta dentro de un régimen legal de bienes en el matrimonio muy original y prácticamente único en la legislación comparada, caracterizado por la intensa prevalencia de normas de orden público que poco o ningún margen libran a la voluntad de los contrayentes. Lisandro Segovia afirmó, en tal sentido, que el legislador argentino en esta materia "es más original que en ninguna otra", y un jurista del siglo xx, Aquiles Horacio Guaglianone, advirtió que el régimen argentino puede considerarse, por diversos matices, "único en el derecho comparado" y que única es también, como corolario de ello, la limitación extrema que el código pone a la posibilidad de pactos prenupciales.

La necesidad de computar esta característica de la legislación argentina es imperiosa. En la realidad de los hechos la única alternativa para no ingresar en el ámbito inderogable de ese régimen patrimonial conyugal sería no contraer matrimonio, lo que implica cercenar el derecho de fundar una familia legítima y negar la base regular de la perpetuación social. Es imprescindible buscar, pues, soluciones axiológicamente válidas, que respondan a las exigencias de justicia.

## V. — LA INTERPRETACIÓN HABITUAL Y SUS ATENUANTES EN EL CÓDIGO DE 1869

La corriente interpretativa habitual, que no atiende a la culpa para dividir los gananciales entre divorciados ni a los aportes respectivos, se apoya en dos razones, cuya validez será objeto de análisis.

La primera concierne al artículo 75 de la ley de matrimonio civil, siendo usual interpretar que la revocación de las donaciones y ventajas por el inocente se limita a las contenidas en las capitulaciones nupciales e, incluso, que la referencia legal a las ventajas matrimoniales es irrelevante.

La segunda consiste en dar por sobreentendido que el artículo 1315 del Código Civil estatuye la división igualitaria de los gananciales para todos los casos de extinción de la sociedad conyugal, cualquiera sea la causa que haya determinado la disolución.

Según se apreciará, la interpretación del artículo 75 de la ley matrimonial peca por ser demasiado estrecha y la del artículo 1315 del código por su indiscriminada amplitud.

De todos modos, suponiendo por hipótesis la verosimilitud de las referidas interpretaciones, es destacable que ellas ostentaban en el régimen primitivo del Código Civil algunos atenuantes de importancia. Había, efectivamente, en el sistema originario de Vélez Sársfield diversas posibilidades que protegían de la injusticia al cónyuge inocente.

Este era el dueño de la acción de divorcio y a su volun-

tad quedaba librada la decisión de promoverlo o no. Frente a una demanda de divorcio instaurada por el culpable, el inocente podía tomar la actitud de negar las causales que se le imputaran, sin reconvenir. La acción estaba destinada a su desestimación y el divorcio no se pronunciaría.

Por otra parte, y esto era lo característico en el código de 1869, aun si el inocente se veía impelido por los hechos a reclamar la separación judicial de cuerpos el antiguo artículo 1306 le reservaba sólo a él el derecho de pedir la separación judicial de bienes; mientras no lo hiciera la sociedad conyugal no entraba en disolución y el culpable carecía de derecho a pedir la separación de bienes o su parte en los gananciales. La prolongación de la sociedad conyugal era un paliativo a la división igualitaria de los gananciales que se desprendía de la interpretación usual de los textos legales o, si se prefiere, una recompensa a la inocencia o sanción a la culpa en el divorcio.

Después de la reforma del año 1968 ya no existe este último atenuante y ello obliga a redoblar los esfuerzos para encontrar los justos límites al principio igualitario del artículo 1315 o, en su caso, ampliar la facultad revocatoria del inocente prevista en el artículo 75 de la ley 2898. En efecto, después de la reforma introducida por la ley 17.711 subsiste el principio relativo a que sólo el inocente está habilitado para demandar el divorcio, pero se suprimió el otro paliativo a que se ha hecho referencia: declarado el divorcio ya no queda en manos del inocente pedir o no la separación judicial de bienes; según el actual artículo 1306 la sentencia de divorcio determina por sí misma y siempre, sin necesidad de petición alguna del inocente o del culpable, la disolución de la sociedad conyugal con lo que cabe iniciar la liquidación y partición.

## VI. — SOLUCIONES MÁS JUSTAS

Nuevas soluciones más justas en cuanto al modo de dividir los gananciales después del divorcio pueden diseñarse por dos caminos diferentes: o ampliar la esfera de aplicación de la facultad revocatoria del cónyuge inocente establecida en el artículo 75 de la ley de matrimonio civil, o constreñir la división igualitaria de los gananciales del artículo 1315 del Código Civil a los casos de extinción de la sociedad conyugal por el fallecimiento de uno de los esposos, sin perjuicio de que otras normas impongan igual modo de partición para supuestos específicos (muerte presunta, nulidad de matrimonio).

No son caminos antagónicos ni incompatibles entre sí. La ampliación de la facultad revocatoria del cónyuge inocente mediante un ensanchamiento del radio de acción del artículo 75 de la ley 2393 es compatible tanto con la vigencia del artículo 1315 del código en casos de disolución por divorcio como con su exclusión para estos supuestos.

En este último planteo, la potestad extintiva del inocente respecto a la igualdad divisoria también significa la revocación de una ventaja matrimonial, sólo que dicha ventaja deriva de otras fundamentaciones legales, como ser la complementación normativa de los artículos 1262 y 1785 del código, que reemplazan al artículo 1315 con la particularidad de que permiten computar en las cuentas liquidatorias los incumplimientos de los integrantes del ente.

Se analizarán, sin embargo, ambos métodos de reinterpretación separadamente para que cada uno desarrolle todas sus posibilidades de persuasión innovadora.

## VII. — LAS "VENTAJAS MATRIMONIALES" Y SU REVOCACIÓN POR EL DIVORCIO INOCENTE

Cabe comenzar con la ampliación del campo de aplicación del artículo 75 de la ley de matrimonio civil.

Para ello debe recordarse el instituto de las "ventajas" matrimoniales mencionado en dicha norma.

En el régimen patrimonial del matrimonio el vocablo "ventaja" es un poco difuso y ciertamente extensivo. El código francés de 1804 reprodujo el uso que de él efectuaban los juristas anteriores a 1789 cuando exponían el derecho consuetudinario, especialmente Pothier. Del derecho francés, a través de Freitas, pasó al ordenamiento argentino que lo aplicó en materia de revocaciones después del divorcio y en la regulación de las consecuencias patrimoniales de la nulidad matrimonial.

No obstante la vaguedad del concepto, las ventajas matrimoniales poseen perfiles propios que las diferencian de las donaciones. Su utilización junto a éstas en el régimen matrimonial importa la intención legislativa de asignar a las normas un alcance más amplio.

Las ventajas matrimoniales abarcan todo lo que en el lenguaje corriente importa beneficio o provecho susceptible de ser previsto y por consiguiente querido al momento del matrimonio. Los cónyuges pueden al tiempo de celebrarlo representarse una reciprocidad en la participación de utilidades futuras y también pueden concebir la eventualidad de una cierta inequivalencia de los aportes, pero cubrir esto con la intención liberal y propósito de beneficiar, natural en los sentimientos de los esposos al casarse.

La *donación* es un acto entre vivos a título gratuito y más propiamente un contrato por el que se transfiere —o se crea la obligación de transferir— la propiedad de una cosa. Constituye una especie dentro del género de liberalidades y desempeña el rol de prototipo de los contratos gratuitos, aunque no sea el único.

Las *ventajas* matrimoniales son los diversos provechos susceptibles de ser previstos y queridos al tiempo del matrimonio, aunque no reúnan todos los elementos que caracterizan al contrato de donación. Pertenecen al género común de las liberalidades.

De admitir en derecho argentino una tesis similar a la



de mayor amplitud en Francia, según la cual cabe la existencia de ventaja matrimonial revocable aun con relación al resultado de aplicar el régimen legal de bienes en el matrimonio —según la opinión de Baudry-Lacantinerie, Aubry y Rau en la edición de Esmein y Ponsard, H., L. y J. Mazeaud, y otros—, la igualdad particionaria de los gananciales derivada de dicho régimen legal sería una ventaja susceptible de revocación por el cónyuge inocente del divorcio, según el artículo 75 de nuestra ley matrimonial.

Donaciones y ventajas matrimoniales coinciden en su pertenencia al género de las liberalidades y en cuanto a su revocabilidad por el inocente del divorcio; pero en otros aspectos su régimen difiere. Ello ocurre respecto a las formas, tratamiento impositivo, colación, etc.

La intención de realizar una liberalidad no vive en el vacío. Se apoya en presupuestos y consideraciones propias de la persona humana que el legislador no puede desconocer. Una de las vicisitudes a que está sometida la liberalidad es que los hechos posteriores demuestren que se han quebrado o han faltado los presupuestos en los que se apoyó su existencia; tal es el caso del divorcio. Por ello, la presunción de equivalencia de las prestaciones y por ende la igualdad particionaria de los gananciales, tolera la demostración en contrario en los casos de disolución de la sociedad conyugal por una causa anormal y perturbadora del matrimonio, como el divorcio, que supone una situación de hostilidad y de incumplimiento culpable de los deberes asumidos. El divorcio es no sólo el fracaso o resultado adverso fortuito de las nobles expectativas que inspiraron el matrimonio; en la culpa hay traición a los deberes que se prometió observar.

Del mismo modo que el ánimo de realizar una donación no impide su revocación en caso de ingratitud del donatario, el haber querido el reparto igualitario de los gananciales aun previendo una eventual discordancia en los aportes no obsta a que el culpable pueda ver revocada esa ventaja luego del divorcio.

De todas maneras el culpable, sea el marido o la es-

posa, retendrá el derecho a la parte de dichos bienes que sea proporcionada a sus efectivos aportes.

## VIII. — SUPERACIÓN DE LA TESIS RESTRICTIVA

Hay una graduación en la interpretación restrictiva respecto al radio de acción de la facultad revocatoria otorgada al cónyuge inocente del divorcio en el artículo 75 de la ley matrimonial. Pasa de la simple omisión y preterición del concepto de "ventaja" matrimonial al expreso juicio negativo sobre la viabilidad de dicha noción en el derecho argentino.

Esta última tesis —acogida por ejemplo en los fallos publicados en la "La Ley" 26, 39 y 101, 203 y en "Jurisprudencia Argentina" 1942-I, 297 y 1960-VI, 437, llega a la amputación del instituto de las "ventajas" no obstante su antigua prosapia jurídica y su expresa recepción en derecho nacional.

Demasiado extenso sería refutar en esta oportunidad los diversos errores que conducen a tal mutilación normativa o explicar los matices que diferencian en el plano de la aplicación concreta la institución de las "ventajas" en el derecho argentino de su precedente francés, y quienes deban analizar con algún detenimiento la cuestión pueden consultar la obra *Derecho de familia patrimonial. Partición de gananciales después del divorcio*.

Sólo es conveniente señalar aquí que la noción de "ventaja" debe tomarse en sentido real y económico y, como afirma el jurista uruguayo Eduardo Vaz Ferreira, para decidir si existen no es necesario hacer comparaciones entre el régimen legal y posibles derogaciones convencionales sino más bien un cotejo con la situación patrimonial que se presentaría si no hubiera habido matrimonio ni régimen matrimonial de bienes.

Uno de los obstáculos a la reinterpretación que aquí se sustenta reside en resolver si los beneficios derivados de la sociedad conyugal de tipo legal imperativo, único régimen en el que las personas pueden celebrar matrimonio en la

Argentina, se incluyen entre “*las ventajas que por el contrato del matrimonio hubiere hecho o prometido*” el inocente al otro cónyuge, según la fórmula del artículo 75 de la ley 2393, igual al artículo 212 del Código Civil de 1860.

Es sabido que Vélez Sarsfield, en un sendero que también recorrió la ley 2393, participó del criterio que considera al matrimonio como institución social fundada en el consentimiento de las partes, según se desprende de la nota preliminar al título del matrimonio en el código. Con ello señaló las diferencias entre el matrimonio y los contratos. Una lectura atenta del párrafo de Lord Robertson transcrito en la citada nota revela, no obstante, que a pesar de las distinciones sustanciales entre el matrimonio y los contratos, en el léxico utilizado seguía mencionándose al matrimonio como una especie, si bien muy singular, de los contratos; como un contrato *sui generis*, de tanta importancia que los derechos y obligaciones no se dejan a voluntad de los contratantes, sino que son regidos por las leyes de cada país.

No es desatinado afirmar que hay dos acepciones de la locución “*contrato de matrimonio*”.

En un sentido específico y restringido dicha expresión concierne a la convención nupcial, o mejor prenupcial, de muy limitado contenido en derecho argentino, donde los contrayentes estipulan ciertos aspectos del régimen de bienes. Tal es la significación con que se la usa en los artículos 1219, 1221, 1225 y otros; es equivalente a “*convención matrimonial*”, empleada en los artículos 1220, 1222 y 1223 y en el encabezamiento del Capítulo donde están incluidas las citadas disposiciones; también resulta equiparable a “*convención nupcial*” de los artículos 161, 162 del código y artículos 4 y 5 de la ley 2393.

En otro sentido, más difuso y de menor rigor técnico, pero común en el léxico preexistente, la expresión “*contrato de matrimonio*” refiere al conjunto de derechos y obligaciones que la ley impone a los contrayentes y que éstos aceptan al expresar su consentimiento para celebrarlo. Es en este sentido que la importante nota preliminar al título del matrimonio, con la transcripción del fragmento de Lord Robert-

son se refiere a la institución social del matrimonio, tan diferente de los otros contratos pero, al fin y al cabo y con el lenguaje de la época, contrato también.

En el contexto donde está inserto el artículo 75 de la ley 2393, conforme al vocabulario de la ciencia jurídica del tiempo de su sanción, no resulta destituido de fundamento considerar que la mención de "*contrato del matrimonio*" concierne, de acuerdo con la segunda acepción, al conjunto de los derechos y obligaciones que la ley impone a los contrayentes y que éstos aceptan al expresar su consentimiento para celebrar el matrimonio; y entre ellos, la sociedad conyugal con el reparto igualitario del fondo ganancial neto, por lo que éste constituye una de las "ventajas" originada en el contrato del matrimonio, revocable por el cónyuge inocente del divorcio.

El empleo en la norma argentina del vocablo "*del*", contracción de la preposición "de" y el artículo "el", a diferencia del antecedente de Freitas que usó sólo la preposición "de", confirma que no hubo copia servil sino adaptación a las características del derecho nacional y a la idiosincrasia de nuestra población y sus costumbres, haciendo referencia a la institución misma del matrimonio con su contenido de derecho y obligaciones establecido por la ley, y no una alusión casi inútil a las convenciones matrimoniales que según la nota preliminar al título de la sociedad conyugal nunca se habrían visto en la República.

La inclusión del régimen de comunidad de gananciales en la Sección III del Libro II, dedicada a las obligaciones que nacen de los *contratos*, al margen de la imperfección metodológica que pudo implicar, corrobora las ambigüedades del léxico de la época y no entorpece, sino que más bien ayuda a comprender el significado aquí atribuido a la expresión "*contrato del matrimonio*"; e igual deducción se desprende del artículo 1262 en cuanto remite a las reglas del *contrato de sociedad* para regir la sociedad conyugal en lo que no se oponga a lo expresamente determinado en el título.

No puede ignorarse que el predicamento de la solución indicada se relaciona con la naturaleza que se atribuya a la

sociedad conyugal y a que dentro del régimen de comunidad de gananciales —incluido en el contenido legal del matrimonio— se comprenda como uno de sus elementos al acto voluntario de los cónyuges cuando dan su consentimiento al casarse, otorgando un fundamento también voluntario en último grado al régimen de bienes. Ambos contrayentes coinciden en incorporarse voluntariamente a un sistema que les comunica ese plexo de efectos personales y económicos.

Además la presencia de la voluntad en el régimen argentino de sociedad conyugal puede reafirmarse considerando que el cese de la comunidad de bienes depende en ciertos casos —como en el divorcio— de una decisión voluntaria por la que el cónyuge ofendido ejerce la acción respectiva, pues sólo él está legitimado para demandar el divorcio, sin perjuicio de que pronunciada la sentencia ya no esté en sus manos la continuidad del régimen de comunidad. Desde que en los hechos existe la causal de divorcio, mientras el esposo que pueda invocarla no la movilice judicialmente, el régimen de gananciales ofrece un nítido carácter voluntario.

La sociedad conyugal ostenta, asimismo, la presencia indubitable e inmediata del elemento voluntario en los casos en que vuelve a funcionar por virtud de la reconciliación de los esposos, con la reanudación contemplada en el artículo 1304 del código.

La incorporación de las “ventajas” matrimoniales al elenco de instituciones jurídicas argentinas puede interpretarse de dos modos: o significó la agregación de un resorte obsoleto, poco técnico y prácticamente inútil, o, por el contrario, su aceptación legislativa respondió a la intención de satisfacer necesidades sistemáticas y axiológicas en situaciones efectivas de la realidad.

La primera modalidad interpretativa está reñida con las más seguras reglas de la hermenéutica y dejaría insatisfechas las mencionadas necesidades de coherencia y justicia.

Ciertamente la incorporación de las “ventajas” tuvo la finalidad de dar un alcance mayor a la facultad revocatoria del inocente, pues de lo contrario habría bastado referirse a las donaciones.

Conviene tener presente, también, que las "ventajas" matrimoniales funcionan en un régimen imperativo e inderogable de comunidad de gananciales, con escaso o ningún margen para su alteración voluntaria, conforme a la idiosincrasia nacional reacia a practicar las capitulaciones matrimoniales. Ello conduce a auspiciar la aplicabilidad de la noción de "ventajas" matrimoniales a los beneficios del régimen legal de bienes, no sólo con el fin de procurarles un campo de funcionamiento posible sino fundamentalmente para garantizar la justicia del régimen y su coherencia con el resto de las consecuencias patrimoniales del divorcio, que computan la culpa e inocencia.

En el mismo orden de ideas, admitiendo con Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961, p. 419, que la vida jurídica no es un estado sino un metabolismo, en cuya virtud las normas antiguas organizadas en un régimen general diverso pueden ser llamadas a roles diferentes en un contexto normativo cambiante y que sólo esto permite verificar el sentido objetivo de la ley, debe computarse que a partir de la reforma de 1968 al artículo 1306 del código ya no depende exclusivamente del inocente pedir la separación de bienes, por lo cual las injusticias que soportaría al verse constreñido a dividir los gananciales por requerimiento del consorte sólo hallarían remedio completo aceptando que puede ser revocada la ventaja de la igualdad particionaria.

Con respecto a la expresión más extremadamente restrictiva de la interpretación del artículo 75 de la ley matrimonial argentina —la que niega en absoluto viabilidad a las "ventajas"— ha de recordarse que no es de buena técnica cercenar la norma objeto de análisis, como lo hace dicha corriente al desconocer aplicabilidad práctica al instituto, pues lo aconsejable es que todos los preceptos puedan aplicarse sin amputaciones, máxime cuando sus contenidos responden a importantes raíces en la ciencia del derecho.

Un ponderado criterio interpretativo enfoca la necesidad de atender en derecho de familia la idiosincrasia nacional y las costumbres de la población. Someter las ventajas

matrimoniales a una exclusiva dependencia de convenios desconocidos por ésta, cuando existen variantes interpretativas que posibilitan su desvinculación, es elegir el camino de la mutilación institucional, en desmedro de los requerimientos sistemáticos y axiológicos.

Otra sabia regla de la interpretación recomienda dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante (Corte Suprema, "Fallos", 262:41, 470 y 477, entre otros).

Afirmar, como se hace en la corriente criticada, que una parte de las normas carece de aplicabilidad es también incurrir en el defecto de suponer la inconsecuencia o falta de previsión en el legislador; por el contrario, las leyes deben siempre interpretarse evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (*idem*, Fallos: 278:61), pues la interpretación de la ley comprende no sólo la pertinente armonización de sus preceptos, sino también su concisión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente (*idem*, Fallos: 271:7). La admisión de soluciones notoriamente injustas cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa y de la judicial (*idem*, agosto 7 de 1984, causa "Jáuregui, Manuela Y. c/Unión Obreros y Empleados del Plástico", La Ley, 1985-A, 382-8, sus citas y otros).

En definitiva, si se acepta que el empleo de las "ventajas" matrimoniales respondió a la intención legislativa de ampliar los alcances de la potestad revocatoria del divorciado inocente y se recuerda la importancia que acordó el codificador a la culpa —según lo expresó en nota al artículo 3574 y al regular diversos efectos del divorcio—, la negación de toda posibilidad de aplicación del instituto refleja una actitud reñida con la *sindéresis* y reglas de buena hermenéutica.

Las culpas en derecho argentino no se compensan en cuanto concierne a la habilitación para demandar y reconvenir por divorcio. Disuelta la sociedad conyugal luego del

divorcio declarado por culpa de los dos cónyuges, carece de sentido discurrir en los textos actuales sobre una posible preferencia para alguno de ellos ya que no habría inocente que pueda optar entre una igualdad particionaria o la división proporcionada a los aportes. Como en derecho nacional las donaciones y ventajas matrimoniales no se pierden automáticamente a raíz de la culpa en el divorcio, sino por decisión voluntaria del inocente, y no existe norma expresa que autorice a uno de los culpables a solicitar la sanción, parece que la ventaja consistente en la partición igualitaria debe permanecer inalterada en el supuesto contemplado; ello sin perjuicio de lo que corresponda aconsejar discurriendo *lege ferenda*.

#### IX. — EL ARTÍCULO 1315 ES INAPLICABLE AL DIVORCIO

La reinterpretación de los textos vigentes, con miras a resultados más armónicos y equitativos, debe proseguir encarando el artículo 1315 del Código Civil. Ha de afirmarse, en la perspectiva exacta que suministra su fuente y su inclusión en el contexto normativo, que es inaplicable en los casos de disolución por divorcio de la sociedad conyugal.

El interés del planteo reside en que aun desestimando por insuficientes las razones vertidas sobre la genuina significación de las ventajas matrimoniales, se alcanzaría por intermedio de la exacta dimensión del artículo 1315 soluciones más justas. Lo que no se logre por ampliación del artículo 75 de la ley 2393, se obtiene con la reducción del artículo 1315 del código a sus límites auténticos.

Dispone el artículo 1315 que "*Los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos*".

Tal norma ha permanecido invariada desde su sanción, pero es indudable que antes de la vigencia de la ley 17.711



la división por mitades del saldo ganancial neto entre los divorciados ofrecía menos reparos desde el punto de vista de la justicia para el inocente por la no extinción automática de la sociedad conyugal. Y lo que es más importante: podía considerarse con fundamento que esa norma era explícitamente inaplicable a la disolución de la comunidad conyugal por la acción de separación de bienes posterior al divorcio.

En este último sentido corresponde recordar el texto del artículo 1306 en la originaria redacción del codificador Vélez Sársfield: *“En el caso de divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho para pedir la separación de bienes, y en cuanto a éstos, los efectos del divorcio respecto a los cónyuges y a terceros serán regidos por las disposiciones de los artículos anteriores, y por las del capítulo X, título Del Matrimonio”*.

Si se presta atención a la última parte del precepto recién transcrito es discernible que las normas aplicables en cuanto a los bienes de los cónyuges divorciados eran sólo las *anteriores* al artículo 1306. Expresamente quedó descartada la aplicación en caso de divorcio del artículo 1315. Segovia sostuvo que ni siquiera eran aplicables todas las normas anteriores (I, p. 368). Inclusive los procedimientos, técnicas y formas de realizar la liquidación y la partición eran determinados con abstracción del artículo 1313 (arg. arts. 1262, 1306, 1777, 1788, 2698 y concordantes del Código Civil). Las disposiciones del capítulo X a las que remitía el antiguo artículo 1306 eran los artículos 208 a 218 del código, que la ley de matrimonio reprodujo en sus artículos 72 a 80, siendo destacable de modo especial el artículo 74 —idéntico en lo sustancial al 211 del código y no alterado por la reforma de 1968—, según el cual “dada la sentencia de divorcio, los cónyuges pueden pedir la separación de bienes, en los términos que se prescribirán en el título de la sociedad conyugal”, esto es legitimando sólo al inocente para pedirla, según la solución aplicada en el código de 1869 y luego reformado por la automática disolución de la sociedad conyugal en 1968, y sin ninguna alusión al reparto igualitario de los gananciales entre los divorciados.

El cotejo del artículo 1306 del código argentino de 1869

con su precedente inmediato, el artículo 1401 del Esbozo de Freitas, corrobora lo expresado. En la citada fuente para la hipótesis de haberse juzgado el divorcio se disponía que siempre el cónyuge vencedor tendría derecho para pedir la separación judicial de bienes y los efectos del divorcio en cuanto a éstos serían reglados por lo que se establecía en el párrafo 2 del Capítulo, acerca de la separación judicial de bienes sin divorcio —donde no había ninguna referencia a la división igualitaria de los gananciales—, salvo los efectos que seguidamente se indicaban; y entre éstos se ordenó expresamente que *“Si el régimen del matrimonio fuere el de comunidad, o si hubiere bienes comunicados, la separación judicial de bienes en virtud del divorcio dará lugar a la división de esos bienes comunes, como en el caso de la disolución del matrimonio”*. Esta parte es la que el codificador argentino suprimió, reenviando sólo a las normas anteriores del artículo 1306 y no a las de la disolución del vínculo matrimonial. De haber reproducido Vélez Sársfield esta previsión explícita del antecedente brasileño que le servía de modelo, habría correspondido aplicar al divorcio lo que se dispuso en el artículo 1315 sobre partición igualitaria de gananciales en la división de la sociedad conyugal luego de la muerte de uno de los esposos; al no haberlo hecho y por estar ubicado en el articulado posterior al 1306 resultó excluida su vigencia para la hipótesis de divorcio.

Excluyendo el artículo 1316 bis que fue incorporado en 1968 y que por tal motivo no puede incidir en la búsqueda del pensamiento legislativo de 1869, es muy claro y significativo el método empleado en la estructuración del capítulo “De la disolución de la sociedad” conyugal, que abarca los artículos 1291 al citado 1316 bis.

Consiste esquemáticamente en lo siguiente:

1º Comienza con la nominación taxativa de las causas disolutorias de la sociedad conyugal (art. 1291).

2º Prosigue con la regulación específica de cada una de las causas extintivas: a) La referida a la separación judicial de bienes, que incluyó la hipótesis de divorcio, en los artículos 1292 a 1306; b) La relacionada a la muerte presun-

ta en los artículos 1307 a 1311, que deben armonizarse con las normas de la ley 14.394, sección III; c) La concerniente a la nulidad matrimonial en el artículo 1312; d) La vinculada a la muerte real de uno de los cónyuges en los artículos 1313 a 1316.

3º Cada especie de causal extintiva tiene su propia y específica regla divisoria de los gananciales: a) La división en caso de separación judicial de bienes en vida de ambos cónyuges, como en el supuesto de divorcio, excluido el artículo 1315 que tiene otro campo de aplicación, se realiza según ciertas reglas particulares del contrato de sociedad a las que reenvía el artículo 1262, entre ellas el artículo 1785 según el cual "*Si todos los socios fuesen industriales, y hubiesen también puesto capitales, la división se hará en partes iguales, sean o no iguales los capitales puestos*", regla que es aplicable aun cuando no haya sino aportes de industria, cubriéndose así el supuesto excepcional en que alguno de los esposos no haya incorporado ningún bien a la sociedad conyugal en el momento de celebrarse el matrimonio; dichas reglas, por otra parte, computan debidamente los incumplimientos culpables de los deberes respectivos (arg. artículo 1708 y concordantes), generando consecuencias que repercuten en la liquidación y partición, pudiendo canalizarse por tal vía los efectos patrimoniales de los incumplimientos de deberes conyugales que se traducen en la culpa del divorcio; b) La división en caso de muerte presunta está prevista en el artículo 1311, sin perjuicio del artículo 30 de la ley 14.394; c) La partición en caso de nulidad matrimonial se rige, conforme al artículo 1312, por lo que disponían los artículos 230 y siguientes del código, y en la actualidad por el artículo 87, inc. 2º de la ley 2393; d) La división en caso de muerte se efectúa según lo dispuesto en el artículo 1315.

No hay norma que extienda el artículo 1315 a los casos de disolución de la sociedad conyugal por separación judicial de bienes ni divorcio, en vida de ambos cónyuges.

En precepto alguno de los relativos a la disolución de la sociedad conyugal en vida de los esposos por separación judicial de bienes se menciona el derecho a la "mitad" del

fondo ganancial líquido, sino que recibirán los gananciales que "les correspondan liquidada la sociedad" (art. 1299); y después de la separación judicial de bienes ninguno de los esposos tendrá "parte alguna" en lo que en adelante ganare el consorte (art. 1301), sin mencionar tampoco la "mitad". Sólo en el artículo 1316 se hace referencia a la mitad de los gananciales, pero ello no significa ninguna incongruencia con lo expresado pues dicha norma corresponde al sector del capítulo que, iniciado en el artículo 1313, concierne a la extinción de la sociedad conyugal por disolución del matrimonio, esto es por muerte de uno de los esposos, como expresamente lo determina el artículo 1316, siendo pertinente entonces sí la división por mitades del artículo 1315.

No cabe una aplicación extensiva del artículo 1315 al caso de divorcio ya que se opuso expresamente a ello el artículo 1306 del código de 1869. Tampoco correspondería su aplicación analógica porque la muerte y el divorcio presentan caracteres diferentes como causales disolutorias, siendo infundado e injusto tratar de igual manera situaciones diversas.

Como con las reglas particulares del contrato de sociedad se da debida relevancia a los incumplimientos culpables en que pudieron incurrir los miembros del ente, queda asegurada la justicia intrínseca de la partición de los gananciales entre los divorciados y puede afirmarse que no hubo inconsecuencia ni incoherencia del legislador argentino en la fijación de los efectos patrimoniales del divorcio.

En concomitancia con lo expresado cabe señalar que la delimitación del radio de acción del artículo 1315 del código a los casos de deceso de uno de los esposos explica cabalmente por qué el principio de la división igualitaria de los gananciales, que impone desestimando expresamente cualquier proporcionalidad a los aportes de los cónyuges y aunque alguno de éstos no hubiese llevado ningún bien a la sociedad, omita similar indiscriminación respecto a la culpa o inocencia que hubiera sido lógico y hasta necesario resaltar si los alcances del precepto incluyeran la partición de la sociedad conyugal por divorcio.

La locución "*marido y mujer*" del artículo 1315 no obsta a lo expresado pues no supone necesariamente que ambos estén con vida y divorciados, sino que tiende a recalcar que la división igualitaria no discrimina por el sexo de los esposos y que dicha indiscriminación se extiende también a sus respectivos herederos, cuya mención explícita en el texto legal indica sin duda alguna que la norma atañe al caso de disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges.

Correlativamente, con relación al artículo 87, inciso 2º, de la ley 2393 —similar al ex artículo 230 del código— que enfoca la división de los bienes en el caso de matrimonio putativo, cabe preguntar cuál es el precepto que específicamente instituye respecto a los bienes las consecuencias del "fallecimiento" de uno de los cónyuges si se adoptara la premisa —errónea— de referir el artículo 1315 indistintamente a cualquier causal disolutoria de la comunidad conyugal.

## X. — EL TEMA DESPUÉS DE LA LEY 17.711

La reforma de 1968 con la nueva redacción del artículo 1306 ha suprimido aparentemente uno de los principales sustentos normativos que permitían con suficiente verosimilitud cuestionar en caso de divorcio la división igualitaria, pues ya no trae referencia a que los efectos con relación a los bienes serían regidos por las disposiciones de los artículos anteriores.

Demasiado grave es transformar un reparto proporcionado a los aportes o fundado en reglas que permiten computar los incumplimientos de los deberes societarios, en una división igualitaria, para suponer que pudo realizarse sin ninguna explicación.

Lo cierto —y en esto reside una circunstancia que no puede ocultarse— es que no era corriente en la doctrina y jurisprudencia anteriores a 1968 cuestionar la aplicabilidad del artículo 1315 en los casos de partición después del divorcio. Por ello no sería razonable pretender explicaciones sobre este punto en la reforma de la ley 17.711. Justo es pen-

sar que no hubo intenciones de modificar el régimen legal respecto al modo de partir los gananciales luego del divorcio y que si el sistema del código antes de la citada ley permitía interpretar que resultaba inaplicable el artículo 1315, igual inaplicabilidad cabe sustentar después, por no concebirse seriamente una voluntad de alteración en la materia, máxime si subsisten las razones de metodología normativa, oportunamente advertidas, que dan un tratamiento separado y suficiente a cada circunstancia disolutoria de la sociedad conyugal. Queda en pie la invocación del primitivo artículo 1306 como testimonio que desde la historia del derecho civil argentino señala el giro correcto y justo de la interpretación.

La ley 17.711 proporciona, finalmente, otro argumento para la solución justa. Según el texto conferido por dicha ley al artículo 76 de la ley 2393 la culpa podría hacer perder hasta la tenencia de los hijos menores. ¿No podrá hacer perder el derecho a la mitad de los gananciales?

III

IV REUNION CON JUNTA DE LAS ACADEMIAS  
NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES





Tema: LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA: SU EVOLUCIÓN Y CRÍTICA

*Programa*

*Jueves 14 de noviembre:*

- 9: Discurso de apertura del Académico Presidente Dr. Segundo V. Linares Quintana.  
Discurso del Académico Presidente Dr. Alfredo Poviña.
- 9.30: Académico Dr. Miguel S. Marienhoff: "La doctrina científica como fuente del derecho".  
Debate.  
Cuarto intermedio.
- 11: Académico Dr. Jesús Abad Hernando: "La jurisprudencia como fuente en la génesis del derecho administrativo y su trascendencia actual".  
Debate.
- 16.30: Académico Presidente Dr. Segundo V. Linares Quintana: "Los usos y costumbres como fuentes del derecho constitucional".  
Debate.  
Cuarto intermedio.
- 18: Académico Dr. Pedro J. Frías: "Los acuerdos interjurisdiccionales como fuente del derecho público".  
Debate.

*Viernes 15 de noviembre:*

- 9: Académico Dr. Roberto Martínez Ruiz: "La jurisprudencia como fuente del derecho".  
Debate.  
Cuarto intermedio.
- 11: Académico Dr. Olsen Ghirardi: "La ciencia natural como «fuente del derecho»".  
Debate.
- 16.30: Académico Dr. Julio C. Cueto Rúa: "La costumbre como fuente del derecho".  
Debate.  
Cuarto intermedio.
- 18: Académico Dr. Edgard Ferreyra: "Las fuentes del derecho en la sociedad contemporánea: su evolución y crítica".

*Discurso del Presidente de la Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales de Buenos Aires, académico doctor  
Segundo V. Linares Quintana, al inaugurar la IV<sup>a</sup>  
Reunión Conjunta de las Academias Nacionales  
de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
y de Buenos Aires, los días 14 y 15 de  
noviembre de 1985*

Tenemos el grato honor de declarar inaugurada la IV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires, con que continúa la ya consagrada tradición científica y amistosa que une a estas instituciones.

Una vez más, ambas Ilustres Corporaciones hacen un alto en las labores de investigación y estudio de cada una de ellas, para, fraternalmente reunidas, reanudar la común faena intelectual, en una ejemplar y fecunda simbiosis de información, ideas y sentimientos, con el espíritu puesto en el desarrollo y perfeccionamiento de sus disciplinas, a través del esfuerzo y la dedicación, tanto individual como colectiva, de todos y cada uno de sus respectivos componentes.

De este modo, prosiguen en el desempeño de la noble y elevada misión que da razón de ser a su existencia, en el adecuado y severo marco de desinterés, austeridad y mesura, que no se compadece con la notoriedad que acompaña a otros tipos de actividades; con la conciencia del deber cum-

plido y sin reparar en que quienes ignoran o mal conocen su auténtica función, pudieran llegar a creer que poco o nada ellas hacen; como con todo acierto lo señalara no hace mucho el Señor Presidente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires y distinguido miembro de número de nuestra Corporación, Doctor Miguel S. Marienhoff, en la magistral conferencia que precisamente sobre las Academias pronunció, haciendo notar que de su seno han salido científicos de fama mundial, algunos de los cuales merecieron el Premio Nobel, los Premios Nacionales de Ciencias o calificadas distinciones de autorizadas instituciones privadas, contribuyendo de esta manera a mantener y consolidar el empinado prestigio conquistado por la ciencia argentina en todo el orbe.

La existencia del ser humano aparece animada, de modo primordial y constante, por dos innatas e irresistibles apctencias, que se manifiestan en un afán ininterrumpido por satisfacerlas, contra todo y a pesar de todo. Una, persigue la libertad; la otra, la verdad; y la lucha, eterna y sin pausa, de pueblos e individuos por su conquista, constituye el argumento central de la historia del mundo en el devenir de los siglos.

Motivo que justifica, eleva y confiere belleza a la vida de los hombres, es la libertad; después de la existencia, el más valioso de los dones que el Supremo Hacedor ha hecho al ser humano. Por eso es que Echeverría —el ilustre vocero de la inmortal generación de 1837, autor del *Dogma de Mayo*, fundamento ideológico de la Constitución Argentina—, proclamaba enfáticamente que “la vida sin libertad es muerte”; repitiendo, con Alberdi, la famosa frase de Lamennais: “La libertad es el pan que los pueblos deben ganar con el sudor de su rostro” (*Dogma Socialista*, La Plata, 1940, V, p. 175).

El otro anhelo vinculado con la esencia misma del individuo, es el de su incansable búsqueda de esa luz del espíritu que es la verdad. Recordemos que en el inicio de su *Metafísica*, Aristóteles sienta que “todos los hombres tienen naturalmente el desco de saber” (Libro I, Cap. I, p. 1).

Por eso, se ha dicho que la verdad es el objeto peculiar,

el alimento natural y necesario de nuestro espíritu: buscarla es su ley; contemplarla, su gozo. Así se explican la sed de conocer, el pesar del engaño, los puros gozos de la ciencia (C. Lahr S. J., *Curso de Filosofía*, t. I, cap. I, art. I, § 1).

Ambos deseos supremos del ser humano —el ansia de la libertad y la persecución de la verdad— son inseparables y se condicionan recíprocamente. La verdad nos hace libres y la libertad nos permite llegar a la verdad. De donde no puede existir ciencia sin que exista libertad, y por ello es que también la historia de la libertad es la historia de la civilización. Como dijera Zaksas, en la Asamblea Constituyente de Francia de 1946: “Cada vez que la democracia progresa, la civilización da un salto hacia adelante; pero si la democracia retrocede, la civilización declina”.

Es por ello que las Academias, al hacer ciencia, buscan la verdad, y para encontrar esta luz del espíritu, necesitan y defienden la libertad.

Las academias realizan ciencia del alma, que es la *ciencia de las ciencias*, y desarrollan *política del espíritu*, que no es sino la política de las políticas. Como decía el Maestro Loudet, “por encima de todas las políticas está el espíritu puro, que significa el culto fervoroso y abnegado de los valores intelectuales, estéticos y morales; es decir, el culto de la verdad, de la belleza y del bien”.

Con hermosas palabras de aquel gran argentino que fuera Joaquín V. González, podemos afirmar que los académicos son “espíritus que en la peregrinación de la vida sólo tienen reposo en los valles solitarios de la ciencia”; serenos y deseados refugios donde tiene lugar el trabajo silencioso y la meditación profunda, sin perder por ello contacto con la realidad palpitante del hombre, no apagar o siquiera debilitar, la inextinguible pasión por la defensa de los supremos valores de la humanidad: la Libertad, el Derecho, la Justicia, y de su pura y lograda encarnación jurídico-política en el Acta Fundacional del Estado constitucional argentino que es la Constitución de 1853-1860, admirable instrumento de libertad y de gobierno, cuyas raíces se remontan al nacimiento mismo de la nacionalidad.

Ha escrito Marañón que "las Academias representan dos principios esenciales para la cultura. Por una parte, la selección inexcusable para afinar el fruto de la mente humana. La ciencia tiene que ser, en su origen, patrimonio de todos; fundamentalmente democrática. Pero, sobre la base democrática, se ha de elevar en seguida la pirámide de la selección, terminada en punta, en genuina aristocracia".

Señores Académicos:

Sean mis palabras finales para dar la más afectuosa bienvenida a los distinguidos colegas de la Ilustre Corporación hermana de Córdoba, deseándoles una feliz estada en Buenos Aires; así como también para expresar el deseo común de que logremos el mayor éxito en este nuevo periódico intercambio intelectual y amistoso que estamos seguros se mantendrá a través de los años, con fecundas proyecciones para la Ciencia del Derecho al mismo tiempo que para la consolidación del estrecho vínculo espiritual que une a ambas Academias.

*Palabras del Presidente de la Academia Nacional de Derecho  
y Ciencias Sociales de Córdoba, académico  
doctor Alfredo Poviña*

Llegan de nuevo "los cordobeses", aceptando la cordial invitación de sus colegas porteños.

Llegan de nuevo los cordobeses, con la satisfacción del encuentro, cuatro veces renovado, con un sentido que se está haciendo ya tradicional.

Llegan de nuevo los cordobeses "cantando en cordobés", con el optimismo de otra reunión académica.

Llegan de nuevo los cordobeses, con la representación ceremonial de nuestra Academia, para trabajar juntos.

Y llegan, por último, los cordobeses, ya de viejo y hoy de nuevo, para tratar de común el tema propuesto, referido a "Las fuentes del derecho en la sociedad contemporánea".

No está demás recordar que es la cuarta vez que nos reunimos las dos Academias, del siguiente modo:

La primera reunión tuvo lugar en Córdoba, en 1982; y el tema estuvo referido al derecho de lo económico, al estudiar el problema de la indexación, en relación con las distintas perspectivas en el mundo jurídico.

La segunda reunión tuvo lugar en Buenos Aires, en 1983; con un tema referido al derecho y la política; o más propiamente al Derecho en la Ciencia Política, mediante el análisis del problema del federalismo en la sociedad argentina de nuestro tiempo.

La tercera reunión, en 1984, en Córdoba, con un tema propio del derecho como derecho; es decir, en el preciso

dominio de lo jurídico, que fue el problema de la interpretación del derecho.

Ahora iniciamos la cuarta reunión, en este año de 1985, con una temática específicamente jurídica; pero en la que es posible la participación no sólo de nuestros grandes maestros del derecho, integrantes de nuestras dos Academias, sino también de otros académicos que son, al mismo tiempo, filósofos del derecho, sociólogos o especialistas en derecho político y ciencia administrativa.

La tiranía del tiempo y la necesidad de coparticipación múltiple de ustedes y de nosotros, nos obliga a ser breves; y decir ahora simplemente, como final de esta presentación, que agradecemos la bienvenida, que saludamos a todos nuestros colegas que nos reciben cordialmente, porque como hemos dicho: llegan de nuevo los cordobeses.



REFLEXIÓN META-JURÍDICA  
SOBRE LOS USOS Y LAS COSTUMBRES  
COMO FUENTES DEL DERECHO  
EN LA VIDA SOCIAL

*Académico doctor Alfredo Povina  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales  
de Córdoba*

I

Nuestro punto de partida de la reflexión es propiamente jurídico, sobre la doctrina clásica que admite y distingue cuatro fuentes principales del derecho, a saber: la costumbre, la ley, la doctrina y la jurisprudencia. Entre ellas es posible marcar una especie de relación de precedencia, que nosotros creemos que se inicia con la costumbre, sigue con la ley, marcando hasta aquí ese paso esencial de lo social a lo jurídico, y ya en el campo propio del derecho, específicamente va a las otras dos fuentes, que son la doctrina y la jurisprudencia, como formas interpretativas y complementarias de la misma ley.

De aquí para adelante, nuestra reflexión será de tipo metajurídico; es decir antes de lo jurídico, usando una expresión de raíz aristotélica, de forma paralela a metafísica. Lo metajurídico es lo antes o después de lo jurídico; y siempre, y en todos los casos, fuera de ello, pero apuntando siempre a y hacia lo jurídico.

## II

Desde ese punto de vista, se sostiene como principio básico que las fuentes del derecho forman parte de la teoría de tipo sociológico, de lo jurídico como unidad global del todo social, según la cual "sólo hay una verdadera fuente del derecho que es la voluntad colectiva". Un sociólogo y jurista a la vez, Henry Lévy-Bruhl, en un libro justamente referido al estudio de los *Aspectos sociológicos del derecho* agrega que: las diversas fuentes clásicas no son sino "modalidades de esa fuente fundamental y única".

Es preciso agregar que la voluntad colectiva no es otra cosa que la traducción práctica de la conciencia social; y que la conciencia social es la simultaneidad de estados de conciencia de origen común. No es algo místico ni simbólico, sino algo común a los miembros de una comunidad, formado por elementos concretos que son: 1) las representaciones colectivas, como las ideas, creencias, recuerdos, maneras de mirar el universo y el mundo; 2) los ideales colectivos, que sirven de normas y juicios apreciativos, como las nociones de lo sagrado, del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, de lo obligatorio y de lo prohibido, de lo bello, etc.; 3) las emociones y sentimientos comunes a todos, que acompañan nuestras representaciones; y 4) los actos y conductas colectivas como expresión del comportamiento del hombre en sociedad.

La teoría sociológica de los usos y costumbres como fuentes del derecho tiene como antecedente valioso en el propio campo jurídico a la Escuela histórica, que tuvo tanta importancia en la codificación de las leyes. Afirma que el orden jurídico es una realidad empírica, resultante de la vida de la comunidad, en la que existe el derecho como costumbre, propia de cada sociedad en un momento histórico. Sostiene que es la fuente real del derecho, en cuanto es la opinión dominante, y en cuanto es el modo de expresión de la voluntad del grupo. Se trata de una manifestación del espíritu del pueblo y de la conciencia de la comunidad.

El derecho como costumbre específica no es otra cosa que una variable particular de un vasto campo del conocimiento de lo social, de tal importancia que hay autores que afirman que son los verdaderos hechos sociales, y que mediante su vigencia, la sociedad tiene su manera de ser operativa. En todo grupo social existe un conjunto de reglas reguladoras de la conducta de los individuos, de su comportamiento humano. Sirven para encauzar las actividades colectivas. Son como mojoncitos infinitesimales, minúsculos, de toda hora y de todo lugar, que hacen que la vida del grupo transcurra por los cauces normales, existentes de antemano.

Y así, de manera general, se puede decir que los usos y las costumbres son los mandatos colectivos, anónimos, reglas de conducta no fijadas en ninguna parte, de un modo concreto, pero que sirven para gobernar, dirigir y encauzar el comportamiento de los individuos, en los diferentes y múltiples tipos de relaciones humanas. Sirven para regular las relaciones humanas, y es vida objetivada, con vigencia objetiva, exterior al espíritu del hombre. Son indiferentes al sentir interno y ajenos a la opinión personal del sujeto.

Los usos y las costumbres se refieren a toda la vida del grupo, y van desde el campo de lo jurídico original, a la vez que consuetudinario, hasta las costumbres ceremoniales y de carácter popular. Esto forma un dominio especial en el mundo del saber vulgar, que son las costumbres populares, generalmente de carácter tradicional, anónimo y folklórico.

De lo dicho se desprende que los usos y las costumbres existen en todos los campos de la vida social, y pertenecen a dominios diferentes, aunque aparecen todos como unidad en el comportamiento del individuo. Así podríamos mencionar algunos que son de la esencia de la vida común, y al mismo tiempo, traducen la fuerza y vigor de su existencia y presencia permanente en la época actual. Es el sentido práctico de toda reflexión sociológica.

Así tenemos por ejemplo, por una parte, el uso de la corbata, de carácter ceremonial, y alguno de sentido universal, como el saludo. Hay otros propios de las clases sociales, las edades, las razas y las religiones, como el vestido. Y algu-

no muy especial para nosotros, como puede ser la propina. Es de interés reflexionar sobre la propina, como fuente de derecho, desde su origen social. Se trata de un hecho social espontáneo, que tiene como sujeto al hombre. Es de carácter semi-obligatorio socialmente, para hacerse semi-obligatorio jurídicamente; para terminar seguramente como norma jurídica, incluida como ley en el mundo del derecho.

Sociológicamente, los usos y las costumbres se mantienen ahora, como era antes, como fuentes del derecho, cuando son hechos sociales. Conservan su fuerza creadora y siguen como origen de la existencia de la norma. Son expresión de un proceso vital y de una necesidad de cambio, que justifica el nacimiento y la creación de una norma social que se hace y traduce en una norma legal. Y es así: donde hay sociedad, hay derecho.

Y donde hay usos y costumbres, hay una norma jurídica.

### III

Hemos estado trabajando sobre los usos y las costumbres sin establecer distinción entre estas dos clases de fenómenos, como si fueran de la misma naturaleza, siguiendo un poco la corriente en el dominio de la literatura sociológica.

En general, son expresiones que se emplean de modo indistinto, y casi siempre simultáneamente, sin distinguir con precisión la diferencia que puede existir entre ellas. Sólo vamos a recordar, como antecedente valioso, la opinión de Ortega y Gasset, cuando dice que: usos y costumbres trotan juntos; no se puede distinguirlos; o la distinción que se hace es arbitraria. Pero Ortega se anima más, y sostiene que "como un matrimonio mal avenido", el uso sería la costumbre, y la costumbre es un cierto modo del comportamiento, un tipo de acción acostumbrado, esto es habitualizado. Sería un hábito social, y siendo frecuente es "un uso acostumbrado". Así la frecuencia es la sustancia del uso y la simple coincidencia de muchos individuos le da el carácter de hecho social, que como tal adquiere el atributo del poder social y de la fuerza colectiva.

Poco se ha escrito sobre el asunto; y seguramente la obra más sistemática y orgánica que trata el problema es el libro de un sociólogo norteamericano, William Graham Sumner (1840-1910), llamado *Folkways*, publicado en 1906. Y como subtítulo, "Estudio de la importancia sociológica de los usos, maneras, costumbres: individuales, sociales y morales".

Su autor dice que es un neologismo, formado por analogía con Folk-lore, de las voces "folk (pueblo o comunidad), "ways" (usos costumbres, hábitos). Significa pues los "usos del género humano", de carácter popular, que conducen al bienestar social y ejercen presión sobre los individuos. Surgen del esfuerzo del hombre, como hábitos de la persona y como uso de la sociedad, para satisfacer necesidades. Adquieren una autoridad tradicional, y se convierten con el tiempo en reglas para las generaciones sucesivas, adquiriendo el carácter de una fuerza social.

Nadie sabe cómo nacen y de dónde surgen. Son frutos espontáneos del quehacer del pueblo, de todos y de nadie al mismo tiempo. Tienen vigencia y poseen vida interior. Siguen el ritmo de la vida: nacen, crecen, se mantienen y se transforman perdiendo fuerza, para cambiar o sustituir por otras costumbres y nuevos usos. Son la fuente de ideas sociales, políticas, religiosas. Allí están las raíces del derecho, cuando crecen y se convierten en normas de costumbres y luego en normas de la ley.

Los usos y las costumbres son sociales por naturaleza y por destino, al estar incluidos en el sistema de relaciones humanas y comportamientos en la vida del grupo. Hacen parte de las instituciones, e integran el cuadro de las fuerzas sociales. Cubren todo el campo de la vida social. Se extienden sobre un territorio inmenso e indeterminado, y son la fuente, como origen y como soporte luego, de las instituciones y de la vida regulada.

Hay una ciencia, que ha sido llamada "Etología" por Sumner, que dice que es "el estudio de modales, hábitos, usos y mores, como también la forma en que aparecen, crecen y desaparecen, de acuerdo a los intereses que pretenden servir".

Tiene remoto abolengo, en especial entre los pueblos de origen de la filosofía y del derecho. Los griegos llamaban "ethos" a la suma de los usos, las ideas, los modales, y aun los mismos códigos que sirven de base para diferenciar a los grupos humanos. Por su parte, los romanos llamaban "mores" a las costumbres, en cuanto servían al bienestar, las que tenían sanciones tradicionales y místicas, dado su carácter autoritario y sagrado.

El universo de las costumbres tenía la misión de regular la vida del grupo, apareciendo dotado de una fuerza mágica, que le daba vigencia y poder. Se expresaba en un ceremonial riguroso y obligatorio, formado por un sistema de "ritos", que es la mancha formal del ingreso del hombre en la vida de la comunidad. Es como el derecho del grupo. Y como tal aparece dotado de un aparato de sanciones, de castigos y de preceptos obligatorios que forman "el tabú". Es el código de faltas y de penas, impuestas "porque es así y no de otro modo". Y los individuos no tienen otra cosa que cumplir. Es tabú.

Cuando aparece el derecho como ley formal, el campo de la costumbre queda como una de sus fuentes sociales, y su aparato mágico de ritos y de tabúes sirve de base de sustitución de las formalidades de la ley y un código de penas y de sanciones. La relatividad y autoadaptación de las costumbres da paso a un esquema de tipo represivo y permisivo, de carácter racional, obligatorio y sancionador.

A la autoridad de hecho de las "mores", como lento proceso de aprendizaje que mantiene la unidad y presencia del grupo, se sigue una nueva forma de vida socio-jurídica, que son círculos cerrados de convivencia legislada, donde domina la razón y el derecho. A su lado, los usos siguen presentes, para servir como una fuerza de la sociedad, viviente, espontánea y multiforme. Son tipos de comportamiento humano, espontáneo y de presencia, que regula de modo semi-obligatorio e informal, la conducta rutinaria de la vida del grupo. En definitiva, son para la sociología fuerzas sociales, que tienen presencia y funcionalidad en la sociedad contemporánea.

#### IV

La sociología de nuestro tiempo cuenta con un aporte especial muy representativo, como teoría de los usos sociales, en el libro aparecido después de su muerte, de José Ortega y Gasset, llamado *El hombre y la gente*, publicado en 1957.

El sociólogo que hay en Ortega, casi sin saberlo y sin quererlo, como a regañadientes, afirma que hace falta descubrir cuál es el hecho social primero, lo que no habían conseguido hacer los sociólogos famosos.

Y así afirma que la primera y más fuerte realidad con que nos encontramos, son los usos. Es nuestro contorno social. Es la sociedad en la que vivimos. Desde que vemos la luz, estamos sumergidos en un océano de usos. Y a través de los usos, vemos el mundo de los humanos. Vemos el Universo.

Todo uso es una institución y como tal, tiene vigencia colectiva. Es un acto humano, pero no es nuestro. No somos sus agentes y protagonistas. Es nadie; mejor dicho, somos todos. Es la gente. Es decir, no es nadie determinado. No hay autor del uso y nadie es responsable.

Continuando con nuestra reflexión sociológica sobre este hecho social, informal, espontáneo y de presencia, veamos, con el auxilio de Ortega, cuáles son sus caracteres y cuáles las funciones en la vida del grupo.

Los usos presentan tres notas que configuran su naturaleza sociológica. Son:

1) Tienen vigencia colectiva, con esa palabra que puso de moda Ortega: vigencia que, dice Julián Marías, es un término técnico de la sociología de Ortega, entendiéndolo por tal, "lo que está en vigor, lo que tiene vivacidad, vigor o fuerza, que encuentro en mi contorno social y con lo cual tengo que contar". Ejecutamos los usos bajo su presión social, y que repetimos "como un gramófono". Su autor es la gente.

2) Son extraindividuales e impersonales. Vienen desde fuera y no llevan una marca en particular. Son bienes mos-

trencos. No tienen dueño. Se aplican a todos en general, sin distinción alguna.

3) Son irracionales. Van en contra de la facilidad, de la comodidad y de la razón. Son absolutamente obligatorios, en ciertas situaciones y oportunidades.

En cuanto a las funciones de los usos, digamos que son las siguientes:

1) Crean un tipo de conducta automática, y ahorran energías, al seguir con la rutina del uso.

2) Son una especie de guardián de la libertad del hombre y de su propio mundo espiritual.

3) Permiten prever la conducta de los demás, en las relaciones de comportamiento en la vida del grupo.

4) Sirven como guía para vivir a la altura de los tiempos y de los niveles sociales de la propia comunidad, en sus distintos grupos e instituciones.

5) Dejan al hombre en situación de disponer de sus energías, para otras actividades que no están cubiertas por el mecanismo necesario de los usos.

## V

Digamos para terminar que, en estas reflexiones, unas meta-jurídicas y otras sociológicas, hemos salido del fondo de lo social, que es el dominio informe de la conciencia y de la voluntad colectiva, para llegar al inmenso océano de los usos y de las costumbres. Y reflexionar sobre lo que son en sí, y lo que son para más allá de lo social, para alcanzar otros dominios, también sociales, en los que los usos y las costumbres ayudan, inspiran y dan base a sus propias estructuras, en las que se recoge en ellas su vitalidad y su vigencia colectiva. Son en nuestro caso, fuentes del derecho.

Por eso, sabias fueron las leyes de partidas de Alfonso el Sabio:

Del tiempo, nace el uso, del uso la costumbre,  
y de la costumbre, fuero.



## BIBLIOGRAFÍA

- Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.
- Luis Legaz y Lacambra: *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1982.
- Henry Lévy-Bruhl: *Aspectos sociológicos del derecho*, Cajica, México, 1957.
- José Ortega y Gasset: *El hombre y la gente*, "Revista de Occidente", Madrid, 1937.
- Alfredo Poviña: *Tratado de Sociología*, sexta edición, Astrea, Buenos Aires, 1977.
- Alfredo Poviña: *Ortega y Gasset sociólogo y su sociología como sistema*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", 1981.
- Jorge Raúl Poviña: *Costumbres y usos constitucionales*, Tucumán, 1950.
- William Graham Sumner: *Folkways. Estudio de la importancia sociológica de las costumbres, la etiqueta y los preceptos morales*, Kraft, Buenos Aires, 1948.



## LA DOCTRINA CIENTÍFICA COMO FUENTE DE DERECHO

*Académico doctor Miguel S. Marienhoff*

Voy a referirme a la doctrina científica como fuente del derecho. Pero antes conviene dar una idea, desde luego somera, de lo relacionado con las fuentes del derecho en general, si bien prescindiendo del análisis detenido de los criterios particulares sugeridos al respecto por algunos expositores, pues ello excedería el tema específico de esta breve disertación.

En general, los autores entienden por "*fuentes*" del derecho los lugares de donde "*brotu*" o "*mana*" la regla jurídica. Es un concepto que, aunque lato, da una idea de lo que ha de entenderse por "*fuentes*" en esta materia.

Hay autores que *limitan* ese concepto, sosteniendo que para que el respectivo hecho o acto pueda ser considerado como "*fuentes*" del derecho, es indispensable que ese hecho o acto tenga "*imperatividad*". Si ésta falta, le niegan carácter de fuente a ese hecho o acto.

Pero hay quienes, para dar la noción de "*fuentes*" se valen de otras expresiones. Así, se dijo: "las fuentes del derecho son los criterios de *objetividad* a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos o los integrantes del grupo social en la elección de cursos de conducta que por su objetividad faciliten el entendimiento colectivo", entendiéndose por "*objetividad*" la posibilidad de que la solución encontrada al problema pueda ser compartida y aceptada en el seno de la comunidad. Ello significa que el punto de vista adoptado por el órgano al dirimir la disputa, sea un punto de vista aceptable para los demás". Esta es la opinión que

en nuestro país expuso el doctor Julio C. Cueto Rúa en su libro *Fuentes del Derecho*, publicado en Buenos Aires en 1961, temperamento que juzgo valioso, pues en concreto opone "objetividad" a "imperatividad".

Lo cierto es que, tal como lo sostienen muchos autores, por "fuentes" del derecho deben entenderse los diversos orígenes posibles de las normas y principios que interesan al derecho, tengan o no eficacia normativa expresamente establecida. Es un criterio "general", cuya validez o aceptación puede depender de la índole de la rama del derecho que se considere, pues no en todas esas ramas rigen las mismas fuentes.

La clasificación de esas fuentes ha sido objeto de los más variados y extraños criterios. Muchos de éstos son simplemente caprichosos o arbitrarios.

La clasificación que tiene más aceptación, por su sencillez y claridad, es la que divide las fuentes en *directas* e *indirectas*, *inmediatas* y *mediatas*.

Son fuentes *directas* las basadas en normas jurídicas *positivas*; verbigracia: Constitución; leyes (formales y materiales, incluidos los "reglamentos" administrativos); los tratados; la analogía y, además, los principios generales del derecho, pues gran parte de estos últimos surge del ordenamiento jurídico general del Estado. Cuadra recordar que tanto la analogía como los principios generales del derecho son reconocidos expresamente como fuentes del derecho por el artículo 16 del Código Civil.

También corresponde incluir entre las fuentes *directas* del derecho a la "*jurisprudencia*", técnicamente tal, ya que debe colocársela en el mismo plano jurídico de los reglamentos administrativos de ejecución, que en su calidad de leyes materiales, constituyen fuentes directas del derecho. Ambos —la jurisprudencia y el reglamento— trasuntan una actividad estatal sub-legal, creadora de situaciones objetivas, generales e impersonales.

Por cierto que la jurisprudencia debe ser un reflejo del orden jurídico positivo, ya que la misión del juez, lejos de consistir en crear la norma, debe limitarse a su aplicación;

del mismo modo, el reglamento administrativo de ejecución debe limitarse a la ejecución de la respectiva ley formal, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias, como expresamente lo establece la Constitución Nacional en su artículo 86, inciso 2º.

Cuando los fallos o sentencias individuales, por su repetición, se convierten en "jurisprudencia", aparece una situación nueva: la "generalidad" o la "cuasi-generalidad" de la misma, procediendo de este carácter su valor como fuente. Lo mismo que el reglamento administrativo de ejecución, la jurisprudencia es una fuente "directa", aunque —a diferencia de aquél— de aplicación subsidiaria o mediata, ya que sólo se recurre a ella a falta de texto legal expreso.

De modo que tanto el reglamento administrativo de ejecución, como la jurisprudencia judicial, constituyen actividades estatales sublegales, y ambos crean situaciones generales, objetivas e impersonales; y así como el expresado reglamento es tenido como fuente directa, del mismo modo, y por identidad de razón, también la jurisprudencia judicial debe ser tenida como fuente directa del derecho, aunque de carácter mediato.

Son fuentes "indirectas" las que no se basan en normas o textos positivos; por ejemplo, la "doctrina", que actúa como elemento primordial en la elaboración de la jurisprudencia e incluso de la ley.

Entre las fuentes *directas* algunas son "*inmediatas*"; por ejemplo: Constitución; leyes (formales y materiales); tratados; otras fuentes —siendo siempre *directas*—, son "*mediatas*" o "*subsidiarias*": vgr. analogía, principios generales del derecho y jurisprudencia, pues sólo ha de recurrirse a ellas cuando falte el texto legal expreso. Así lo dispone el art. 16 del Código Civil, con relación a la analogía y a los principios generales. El carácter mediato o subsidiario que reviste la jurisprudencia, considerada como fuente, surge de la lógica jurídica, expresión del buen sentido.

\* \* \*

Los autores, en general, suelen establecer el orden jerárquico entre las diversas fuentes del derecho. En concreto, ese orden jerárquico depende de cada ordenamiento jurídico.

En nuestro país, sobre la base de la clasificación adoptada y a la cual hice referencia, la jerarquía u orden de prelación entre las fuentes del derecho sería el siguiente, sin perjuicio de las fuentes admisibles o procedentes en cada una de las disciplinas jurídicas: el primer lugar les corresponde a las fuentes *directas e inmediatas*; el segundo a las fuentes *directas y mediatas* o subsidiarias; el tercer lugar a las fuentes *indirectas*, en las que se incluye a la doctrina científica.

A su vez, en nuestro país, dentro de las fuentes "*directas*" e "*inmediatas*", la jerarquía entre ellas aparece determinada por el art. 31 de la Constitución Nacional; y dentro de las fuentes "*directas*" y "*mediatas*" o subsidiarias, la jerarquía entre las mismas se determina de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 del Código Civil, y por aplicación de criterios basados en la lógica jurídica, o sea: analogía, principios generales del derecho y jurisprudencia. Entre las fuentes "*indirectas*" aparece la doctrina.

En su mérito, en términos generales, entre nosotros el orden jerárquico de las fuentes del derecho es el siguiente:

- a) Constitución Nacional.
- b) Leyes —formales o materiales— dictadas en consecuencia de la Constitución.
- c) Tratados con potencias extranjeras.
- d) Analogía.
- e) Principios generales del derecho.
- f) Jurisprudencia.
- g) Doctrina científica.

Es común decir que, en el orden jurídico, la ley formal está *siempre* en un plano superior al reglamento, que es una ley material. Sin embargo, las cosas no en todos los casos son o serán así, dado que un reglamento del Poder Ejecutivo puede ser jerárquicamente superior a la ley formal. Ello ocurrirá cuando se trate de un reglamento de los lla-

mados "autónomo", "constitucional" o "independiente", es decir, emitido en ejecución directa de potestades constitucionales del Poder Ejecutivo. Así, si una ley formal estatuye sobre materias que la Constitución le asigna al Ejecutivo, dicha ley formal habría penetrado indebidamente en lo que he llamado "zona de reserva de la Administración", violando entonces el principio constitucional de separación de los poderes de gobierno. Ejemplo: creación por "ley formal" de una entidad autárquica institucional, referente a una materia administrativa puesta por la Constitución a cargo del Ejecutivo y no a cargo del Congreso; si en tales supuestos el Ejecutivo emite un "reglamento" contrario a esa ley, la primacía jerárquica o la preferente aplicación le corresponderá, en definitiva, al *reglamento* y no a la ley formal. Con relación a estos temas, vale la pena recordar que la Procuración del Tesoro de la Nación ha aceptado ahora, reiteradamente, mi expresada tesis acerca de la potestad constitucional para crear entidades autárquicas institucionales, y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aceptado mi afirmación acerca de la existencia de la "zona de reserva de la Administración", vinculándola con el principio de separación de los poderes de gobierno (véase "Fallos", tomo 303, página 1239, y tomo 305, página 980 y siguientes, considerando 6º). Asimismo, resulta oportuno recordar que el decreto reglamentario de la ley de procedimiento administrativo nacional, en su artículo 97, al estatuir sobre el alcance del recurso de alzada contra actos de los entes autárquicos, sigue también mi recordado criterio acerca de la competencia constitucional para crear entidades autárquicas institucionales, distinguiendo si el ente fue o no creado por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales. Todos estos antecedentes resultan de gran trascendencia cuando se trata de establecer la superioridad jerárquica que, en el orden normativo, pueda corresponderle a la ley formal respecto al reglamento administrativo, y viceversa, lo cual confirma mi afirmación de que no siempre la ley formal tiene preeminencia frente al reglamento administrativo.

\* \* \*

## La doctrina

Expuestas las generalidades acerca de las fuentes del derecho, voy a referirme ahora a una de esas fuentes en particular: la "doctrina" o "derecho científico".

Por tal ha de entenderse la opinión de los estudiosos del derecho acerca de cuestiones jurídicas, como así las soluciones que proponen al respecto. Dichas cuestiones, por lo general, no se hallan reguladas legalmente, pero nada obsta a que la opinión de los autores se refiera a la interpretación de normas positivas.

La doctrina, pues, es también una fuente del derecho, aunque a veces sólo se la utilice para aclarar el sentido de una norma existente, en cuyo supuesto actúa como medio de "interpretación" y no precisamente como "fuente" del derecho. Trátase de una fuente "indirecta", es decir sin base positiva (normativa), y de aplicación subsidiaria. Su valor depende del mérito "lógico" de los argumentos de que se valgan los autores, todo lo cual se concreta en el "prestigio" del respectivo tratadista. Un expositor prestigioso y respetado ejerce gran influencia en el ambiente jurídico, contribuyendo con sus ideas o teorías a la solución de situaciones no previstas expresamente por la legislación, o legisladas con poca claridad. Ese aporte de la doctrina al afianzamiento y adelanto del derecho se advierte especialmente en disciplinas aún no consolidadas por un largo ejercicio de sus principios a través del tiempo; es lo que sucede, por ejemplo, con el derecho administrativo, rama de la ciencia jurídica en la cual la legislación todavía ofrece muchos claros o materias no disciplinadas por ella. En nuestro país, en el orden nacional, hasta el día de hoy no existe un Código Procesal Contencioso Administrativo, lo cual ocasiona serias dificultades. Lo único y más moderno que existe al respecto, en el orden nacional, es el proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo redactado por los doctores Juan Carlos Cassagne, Juan Francisco Linares y por mí, el cual se encuentra en el Senado de la Nación para ser considerado por el



Congreso. En esos casos el aporte de la doctrina es de gran valor.

\* \* \*

La "doctrina", con sus características, puede ser fuente en todas las ramas del derecho, excepto en derecho penal.

Es "fuente" en derecho constitucional, en derecho civil, en derecho comercial, en derecho administrativo, etc. Así lo reconocen destacados tratadistas de esas disciplinas.

Pero la doctrina no es fuente en derecho penal, sin perjuicio del apoyo que aun dentro de esta disciplina pueda prestar la doctrina en el ámbito *interpretativo* de la norma, y no ya como fuente de producción de la misma. Como lo advirtió Sebastián Soler, puede afirmarse que para *el derecho penal actual solamente el Estado es fuente de derecho*, en el sentido de fuente de producción. Con referencia al derecho penal, insiste Soler, la única fuente la constituye la ley, en virtud del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional: "Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso".

\* \* \*

Desde antaño se le reconoció a la "doctrina" de los juristas gran influencia en la consolidación y progreso del derecho. Baste recordar lo ocurrido en la vieja Roma, donde —como lo expresa Luis Legaz y Lacambra— "una célebre constitución del emperador Valentiniano III, conocida con el nombre de «Ley de Citas», instituyó una especie de «Tribunal de los muertos» constituido por las magnas figuras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino, cuyas opiniones, y las de los autores citados por ellos, eran sancionadas y refrendadas como fuente de Derecho en ciertos casos de lagunas". Y si bien más tarde el privilegio atribuido en el año 426 a dichos juristas —llamado "*jus publice respondendi ex auctoritate principis*"— fue negado en el "Código de Justiniano", el antecedente mencionado sirve para

poner de relieve el alto valor atribuido desde antaño a la "doctrina" científica como fuente del derecho.

La facultad de evacuar consultas con fuerza de ley, que en el derecho romano se le acordaba a ciertos jurisconsultos, no sólo en el proceso en el cual se expedían, sino también para cualquier otro caso de la misma naturaleza que se presentara más adelante, era denominada, como dije, *jus publice respondendi ex auctoritate principiiis*. Los jurisconsultos que no gozaban de esta facultad, tenían también el derecho de evacuar consultas, el *jus publice respondendi*, pero *sine auctoritate principiiis*, es decir, sin fuerza de ley.

Actualmente la generalidad de los tratadistas le reconoce carácter de "fuente" a la doctrina (fuente indirecta), aunque no faltan estudiosos que le niegan tal carácter, aduciendo, por ejemplo, que la doctrina tiene un valor puramente moral (Marcel Waline), o que no es fuente porque carece de imperatividad, es decir que no integra el orden jurídico (Agustín A. Gordillo, entre nosotros). Para mí hállese fuera de toda duda que la doctrina es "fuente" jurídica, en los términos que ya mencioné.

El argumento de que la doctrina científica no es fuente jurídica porque no tiene "imperatividad", aparece rebatido exitosamente por el Dr. Cueto Rúa, en su recordado libro *Fuentes del Derecho*, quien dice al respecto: "Pretender negar carácter de fuente a la doctrina por la simple consideración formal de que el juez no se encuentra obligado a aceptar el criterio de un autor en determinada obra, es perder de vista la función primordial que ella ha jugado en la dinámica jurídica, en la formación de especialistas, y en la articulación y desarrollo de los valores jurídicos. Es prestar atención a un hecho de significación secundaria omitiendo considerar que aunque los jueces no se encuentren obligados formalmente a acudir a los autores, en Occidente de hecho acuden a ellos y se inspiran en su obra para adoptar las decisiones que competen a su función". "La pregunta que debe formularse en esta materia, sigue diciendo el Dr. Cueto Rúa, no es tanto la de si los jueces se encuentran legalmente obligados a inspirarse en la doctrina, cuanto la de si, de hecho, se

inspiran en ella y por qué razones." "Efectuada la pregunta, agrega, no en torno a una determinada obligación formal, sino acerca de una realidad de experiencia, la respuesta no es difícil. En lo que se refiere a los países de formación romanista, la doctrina ha sido y es una fuente de Derecho." "En síntesis, concluye: tratándose de comunidades herederas de las instituciones jurídicas romanas, en las que el Derecho ha alcanzado un alto grado de centralización y especialización, la labor doctrinaria de los juristas constituye un poderoso factor de desarrollo. Es una fuente del Derecho en el más estricto sentido de la palabra, cuyo peso excede en mucho el hecho de que los jueces no se encuentren formalmente obligados a guiarse por sus enseñanzas. De hecho lo hacen y en una forma más profunda de lo que habitualmente se acepta por los propios especialistas."

En nuestro país, la expresada opinión del doctor Cueto Rúa aparece confirmada a diario por los jueces, quienes con ponderable frecuencia recurren a la doctrina científica para fundar sus decisiones, lo que así ocurre especialmente en ramas de la ciencia jurídica cuya etapa normativa aún no está totalmente concluida; en dichas disciplinas la opinión de los tratadistas es frecuentemente invocada no sólo por los magistrados judiciales, sino también por el Poder Ejecutivo y sus funcionarios. Es que, si bien la doctrina no tiene la imperatividad propia de la "*ley*" formal, pues no procede de un órgano estatal, tiene en cambio la imperatividad de la lógica y del buen sentido. Trátase, pues, de una cuestión de valoración.

La "*imperatividad*" que debe reconocérsele a la doctrina deriva, además, de su concordancia o armonía con el ordenamiento jurídico general del Estado, ya que es obvio que el razonamiento del jurista —que en definitiva constituye "*doctrina*"—, lejos de controvertir dicho ordenamiento jurídico general, ha de armonizar con él, utilizándolo como "substrato" de la solución propuesta. A falta de ley expresa para el caso concreto, ningún jurista puede pretender "*soluciones*" que contradigan ese ordenamiento jurídico general del Estado. Al contrario, la fórmula o solución propuesta

por el jurista ha de implicar una virtual sistematización de ese ordenamiento jurídico general; si así no fuere, dichas conclusiones doctrinarias serían inaceptables: les faltaría entroncamiento con el ámbito jurídico del país. De modo que si la doctrina no tiene imperatividad plena, tiene por lo menos una "*cuasi-imperatividad*" que justifica sobradamente su carácter de fuente "*indirecta*" del derecho.

La inexcusable concordancia con el ordenamiento jurídico general del Estado, constituye el sustento de la "*doctrina*" como fuente jurídica, aparte del valor lógico de la solución propuesta.

\* \* \*

Al no tener la "*doctrina científica*" sustento normativo expreso que le atribuya carácter de fuente del derecho podría sostenerse la inconstitucionalidad de su aplicación, invocando lo dispuesto por el artículo 19, *in fine*, de la Constitución Nacional, en cuyo mérito "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"? Pienso que tal alegación de inconstitucionalidad sería inadmisibile, porque para que la solución propuesta por la doctrina científica sea tenida como fuente del derecho, aparte de su valor lógico, debe armonizar o concordar, como ya lo expresé, con el ordenamiento jurídico general del Estado, no pudiendo, en modo alguno, contrariar a dicho ordenamiento jurídico general. La doctrina científica, para ser tenida como fuente del derecho, ha de estar de acuerdo con el expresado ordenamiento jurídico general del Estado, o, por lo menos, jamás podría contrariarlo. Esto excluye toda *antijuridicidad* y toda ilegalidad, quedando entonces la solución ofrecida por la doctrina fuera de la prohibición del citado artículo 19 de la Ley Suprema.

Por cierto, la conclusión expuesta, al decir que lo sugerido por la "*doctrina científica*" —para que ésta pueda ser tenida como fuente del derecho— debe armonizar con el ordenamiento jurídico general del Estado, o que por lo me-

nos no debe contrariar a éste, en modo alguno debe considerarse como una asimilación, confusión o identificación de dicha doctrina científica con los "*principios generales del derecho*". Ambas fuentes conservan su autonomía conceptual, por más que la "*doctrina científica*", al crear nuevas figuras jurídicas, o nuevas fórmulas de solución, utilice elementos suministrados por los "*principios generales del derecho*". Nada de esto implica confundir o asimilar ambas fuentes del derecho.

Del mismo modo, la "*doctrina científica*", al crear nuevas figuras jurídicas o al proponer nuevas fórmulas de solución, podría utilizar y armonizar elementos de otras fuentes del derecho, como podría ser algún texto de una ley que contenga o apareje un criterio utilizable para un caso no previsto, lo cual tampoco implicaría confundir "*doctrina científica*" con "*ley formal*", etc.

En síntesis, los "*principios generales del derecho*" están expresamente mencionados por la ley como fuente indirecta del derecho; en cambio, la doctrina se acepta como fuente del derecho en mérito al valor lógico de sus conclusiones.

\* \* \*

Hay quien cree que la opinión de los ya acreditados maestros del derecho, de la cual se nutre la doctrina científica mundial, poco a poco irá perdiendo valor frente a las *nuevas concepciones del derecho* —"*derecho nuevo*", según dicen—, basadas en otros criterios determinados por nuevos acontecimientos sociales. Disiento con tal posición.

Estimo que la "*doctrina científica*", a través de sus reconocidos expositores, seguirá siendo fuente jurídica aun tratándose de esas *nuevas concepciones del derecho*, pues éstas, para que racionalmente puedan seguir perteneciendo al "*derecho*", formando parte del mismo y hallarse encuadradas en él, han de respetar los principios tradicionales esenciales íntimamente vinculados a la idea secular de "*justicia*". Si así no fuere, las pretendidas nuevas concepciones del derecho deberán desestimarse como agraviantes al orden jurí-

dico tradicional del país, expresado en la Constitución originaria vigente en el mismo —a través de las llamadas “*cláusulas pétreas*” de la Ley Suprema—, cuyos principios rectores, salvo el supuesto de una revolución social, concebida ésta en el cabal y crudo sentido de la palabra, no podrían ser desconocidos o alterados ni siquiera por una reforma de la Constitución, reforma que en tal supuesto hallaríase viciada de inconstitucionalidad. Eminentes constitucionalistas argentinos y extranjeros sustentan esta posición, siendo de recordar que en países como Estados Unidos de América del Norte varias Cortes de Justicia declararon la inconstitucionalidad de reformas constitucionales que agraviaban principios esenciales contenidos en la Constitución originaria. Por eso considero que la “*doctrina científica*”, mediante sus abnegados expositores, seguirá siendo una fuente del derecho mientras en los hombres perdure la clásica idea fundamental de justicia.

# LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE EN LA GÉNESIS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU TRASCENDENCIA ACTUAL

*Académico doctor Jesús Abad Hernando*

*Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales  
de Córdoba*

## PROEMIO

Parto del principio de "objetividad" equiparable al de "sustantividad", que estimo fundamental para fijar el criterio de una "definitio" conceptual de *fuentes*.

Por tal motivo, ubico a la jurisprudencia como *fuentes directas de carácter mediato o subsidiario*, conforme a las pautas de clasificación que la doctrina prevaleciente en la problemática ha considerado como básicas en el tema.

Dado el necesario continente de síntesis que exige esta magna reunión de académicos, a los efectos introductorios me permito hacer remisión, atento a su alta y significativa valoración, a lo magníficamente ya expuesto sobre el punto, en su obra *Fuentes del Derecho*, por el señor académico Dr. Cucto Rúa y, asimismo, explicado con excelencia por el señor académico Dr. Marienhoff, en el tomo I de su *Tratado de Derecho Administrativo*.

La claridad conceptual y la madurez de juicio en el tema, me eximen de mayores y renovadas consideraciones, que dejarían incólumes los argumentos al respecto.

Tres cuestiones me propongo: a) el estudio en sí de la fuente escogida a través de una conceptualización posible que ha de ser señalada brevemente; b) la influencia de la jurisprudencia en la génesis del Derecho Administrativo; c) la trascendencia actual que reviste la fuente de que se trata.

El Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española; 1984, t. II), señala que la voz *jurisprudencia* proviene del latín *Iuris* y *prudencia* que se mancomunan en expresar, en primer término, a la "ciencia del derecho"; en segundo, al "conjunto de sentencias de los Tribunales"; y, en tercero, al "criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes". Este último concepto y el que fluye, como corolario del segundo término recordado, o sea la "doctrina que contienen tales sentencias", son los que configuran la hipótesis ahora *sub-studio*.

Dejando de lado su obligatoriedad instituida en algunos regímenes, incluso lo que parece ser consecuencia del recurso de inaplicabilidad o de doctrina legal que tiene establecido la ley ritual respectiva de la Provincia de Buenos Aires por ante su más alto tribunal y aun por medio de la casación en algunos otros Estados provinciales, mi preocupación me lleva a considerar más bien su calidad de sistema de unidad científica.

Así valorada la jurisprudencia ocupa un lugar destacado como fuente del Derecho Administrativo. Ello ha sido ya muy acertadamente estimado por todos los estudiosos del *ius novum*. Precisamente por su carácter *in fieri* y por el papel protagónico de quienes, desde la Magistratura, lograron, a veces anticipándose a la Ley, al proceso de definitiva constitucionalización, por un lado, y de incuestionable diferenciación de sus instituciones, por otro, como he tenido oportunidad de demostrarlo en mi trabajo *El problema de la influencia del Derecho Civil en su génesis*, al cual me remito.

Aquí sí puede afirmarse que la jurisprudencia ha sido muchas veces la avanzada que ha dejado abierto el camino al legislador.

Por eso, aquella *prudencia* que es contracción de *providencia* (de *pro*, antes y *video*, ver: ver antes) se cumple magnífica y eficazmente en relación a la especialidad del



Derecho de la que trato. Este ver con ojos nuevos y anticipados en relación preocupada, directa e inmediata con el fin último del Estado, es decir el bien común y su logro, sin perjuicio de la garantía de sus personas, los administrados; esta búsqueda de equilibrio y armonía sólo podía darse en el Estado Constitucional de Derecho, del que el Derecho Administrativo es fruto entrañable.

Porque la Jurisprudencia reelabora un derecho más justo. Durante el reposo del legislador, la vida, que no espera, encuentra, en el intérprete sereno y reflexivo que es el juez, a quien la Constitución y la ley ha dotado de aptitud jurídica y le reconoce idoneidad para responder a sus instancias perentorias.

El jurisprudente parte, entonces, de la existencia de un núcleo ideal, genérico, idéntico y común a una serie indefinida de casos individuales pero diversos que analiza y valora. La tarea reflexiva prosigue en la búsqueda de la concordancia. Es capaz de salvar lo que es bueno de lo viejo y lo compatibiliza con lo nuevo: tarea de soldadura de quien actúa en el mundo jurídico con cuidado de evitar fisuras, como en la vida misma, que evoluciona. Sin embargo respeta siempre el valor fundamental y su amplitud de actuación en el tiempo y en el espacio posibles, y tiene el marco ineludible de la Constitución, su contexto y su teleología.

La Jurisprudencia tiene, pues, esa respuesta en el tiempo que, a la par que flexibiliza la Ley, conserva e innova el conjunto del derecho. Si se ajusta al marco constitucional, la Jurisprudencia, en la medida que siga tales lineamientos, mantendrá su valor inestimable de fuente del Derecho Administrativo. Pero también enriquecerá y esclarecerá, como lo ha venido haciendo, el plano de actuación de la norma misma. Ya nuestro insigne Codificador le había señalado el itinerario en tal sentido. ¿Cómo dejar de acuñar conceptos como los de "interés público" del art. 2611 del Código Civil? ¿O "dominio común" de la nota del art. 2644? Como antes ya lo había prefigurado en el concepto de "utilidad o comodidad común" del art. 2340,7, siempre del mismo genial ordenamiento de fondo, del que ha sido autor.

Pero el objeto de esta exposición trata de poner en relieve, en primer lugar, la importancia de la Jurisprudencia en la Génesis del Derecho Administrativo.

La clave de lo que quiero mostrar nos la da Radbruch, el gran filósofo del Derecho, quien parte de la premisa de que: "Derecho es la realidad cuyo sentido consiste en servir a la idea del Derecho" y, por eso, puede afirmar: "La idea de un derecho administrativo, situado tanto por encima de la autoridad como por encima del ciudadano, sólo puede transformarse en realidad viva cuando la resolución de los litigios administrativos corresponda a un juez colocado especialmente sobre ambas partes. ¡No hay derecho allí donde no hay juez!"

Magnífica lección jurídica.

Nos permite descubrir el íter sin desvío posible.

Precisamente la actividad administrativa, objeto de la juridización que pretende el Derecho Administrativo, es necesariamente sub-legal y, por ende, sub-jurisdiccional, como conquista definitiva de un Estado siempre sujeto de y al Derecho.

Así nace y se desarrolla el Derecho Administrativo.

La labor pretoriana del Consejo de Estado francés le dio una impronta de legalidad con un Juez constituido. Con un Juez dispuesto a ser siempre Juez de Derecho. La acción "constructiva" fue puesta en evidencia desde el proceso inicial, a través de una serie importante de ideas rectoras y básicas que han de determinar la "formación y formulación" del Derecho Administrativo, desde la óptica de un sistema de garantías, en que no sólo la Administración sino asimismo e inescindiblemente el administrado, son los protagonistas del Derecho Administrativo. A fin del siglo pasado, el ilustre jurista francés Laferriere ha de resaltar la singularidad objetiva de tal relación jurídico-pública, como notable *a priori* de la especialidad.

Instituciones como el "servicio público", la "concesión de servicio público", la "responsabilidad por el acto o hecho

administrativos”, el “régimen jurídico de los bienes públicos”, “los derechos reales administrativos”, el *ius sepulcrum*. Y tantas otras. Y no sólo el autor francés citado ha revelado y ordenando esta función pretoriana del Consejo de Estado.

Desde Duguít, pasando por Hauriou, Jéze, y hasta Wailine, en nuestros días, tal labor ha sido señalada y destacada como la del impulso y virtualidad del desenvolvimiento del Derecho Administrativo.

Para esta rama del Derecho tal tarea jurisprudencial resultó decisiva. Todo derecho en formación carente de una sistematización legal y, por tanto, insuficiente normativa y metodológicamente —a diferencia del Derecho Privado con su proceso codificador completado con una formación excelente— requiere y requería, en aquel momento más aún, la alta labor de justicia y equidad que debían ponerse en permanente equilibrio, para evitar que la evolución rápida y cambiante del Derecho Público colocara en riesgo el sistema de garantías de la Constitución y, por consiguiente, de la Ley aplicable.

Fue esta labor interpretativa la que puso de relieve lagunas en donde no se creía que pudieran existir: la teoría del acto administrativo es un claro ejemplo. Incluso entre nosotros, ¿cómo olvidar el intento permanente de juridizar a la Administración descubriendo los vicios posibles, tratando de actuar la sistematización de las nulidades del Código Civil, en función integradora de lo jurídico, delimitando los requisitos esenciales?

### III

Y esta labor se ha de ver colmada permanentemente con “la elaboración de nuevos principios jurídicos por vía jurisprudencial y doctrinaria”, como lo indica acertadamente el que fuera eminente maestro uruguayo Sayagues Laso.

No obstante, a aquella labor pretoriana que se ubica con fuerza creadora y recreadora de derecho, en la génesis, ¿qué trascendencia actual puede señalársele?

Creo, con el actual Vicepresidente de la Corte Constitucional de la República italiana, G. Roehrssen, que, por la misma existencia de una Justicia sobre la Administración, el Derecho Administrativo no puede prescindir de la Jurisprudencia como fuente.

Ya he advertido sobre la importancia notable de esta fuente en la etapa fundacional del Derecho Administrativo, por obra del Consejo de Estado francés, lo que también puede decirse del sistema continental europeo en su conjunto. Con diferencias lo dicho es admisible con respecto a Bélgica, Estados alemanes, en el siglo pasado, y hoy en la República Federal de Alemania, Italia, España. Con mayor razón aún en los países de lengua inglesa en que rige el llamado *common law*. Desde entonces y hasta hoy, la influencia de la jurisprudencia permanece invariable en su alto valor de fuente, como sabemos.

Entre nosotros, Marienhoff ha hecho un interesante paralelismo entre la fuente que es objeto de esta exposición y el reglamento administrativo de ejecución. En efecto, así como la Jurisprudencia se eleva en su valoración más allá del plano de los casos o supuestos particulares, así el citado reglamento crea situaciones generales, objetivas e impersonales, al adaptar la Ley y completándola en aspectos secundarios.

Aquí también puede jugar y ha jugado, a no dudarlo, un destacado papel la propia interpretación que se hace desde el ámbito de la Administración, por medio de la Procuración del Tesoro de la Nación —al igual que a las Fiscalías de Estado, en el plano provincial— para actuar la Ley con el máximo de legalidad objetiva secuencial e igualdad en función de justicia y equidad. En gran medida, se ha logrado. En gran medida, el lento proceso de juridización de la Administración, de Justicia también “en” la Administración, y sin que ello sea en perjuicio de “sobre” la misma, le debe al servicio jurídico permanente su proceso de consolidación, que ha de ser definitivo en la plena vigencia de las instituciones de la Constitución.

Nuestro más alto Tribunal, la Corte Suprema de Justi-

cia de la Nación tiene dicho, en "Fallos" 215:240, que la Jurisprudencia tiene un valor análogo al de la Ley, aunque debe tenerse por aquella a la labor que se señala como interpretación judicial constante.

Este alto tribunal ha dado suficientes muestras y sigue dando de que, en cumplimiento de la misión de custodio de la Constitución y de la Ley, puede y debe dar trascendencia a la tan augusta función interpretativa. De ahí la trascendencia actual, que permanece, para el Derecho Administrativo, por parte de la Jurisprudencia.

La subordinación del Derecho Administrativo en forma inmediata y directa a la Constitución, ha sido y debe seguir siendo el canal más fecundo.

Precisamente hoy la Jurisprudencia puede ser el punto de partida de una cierta metodización de los principios básicos del Derecho Administrativo.

Quisiera, por ello, traer a colación lo que manifesté ya, en uno de mis trabajos. "Estamos en la etapa del reflujo de nuestra ciencia jurídica. Aquellos variados conceptos, figuras e instituciones jurídicas —en nuestro caso ocupadas ya por el Derecho Civil— se han establecido en el quehacer elaborativo histórico-jurídico, por medio de síntesis de distintas y diferenciadas situaciones concretas dadas en la realidad.

"De allí se dedujo, por abstracción, una valoración, juicios axiológicos, de contenido conceptual y de carácter genérico.

"Este proceso formativo de los conceptos jurídicos es una operación lógica que admite, o puede admitir, varias etapas. Es lo que generalmente se observa en las distintas ramas del derecho. Pero que han sido vividas más aceleradamente en el Derecho Administrativo. Ese proceso apuntado partió de una serie de situaciones, hechos y cosas.

"¿Dónde comienza la tarea? Precisamente en ese proceso reestudiado. Es una tarea a posteriori de ordenamiento a la cual estamos ahora abocados. Por eso es a posteriori, no solamente lógica, sino también cronológicamente.

"Por lo expuesto, creo posible realizar la inducción que nos lleve a una valoración genérica, o sea a un concepto su-

perior, supra-concepto, a partir de la misma realidad y, desde allí, llegar a la reducción básica y revalorar todas las instituciones jurídico-administrativas. Es la idea que había formulado Santi Romano y es, en definitiva, el trabajo pleno de *vis* jurídica que ha realizado la interpretación pretoriana del Consejo de Estado francés.”

Y a ese fin, la Jurisprudencia hoy puede ya partir de un sistema de principios que el Derecho Administrativo, dentro del Estado Constitucional de Derecho y en ese marco, ha elaborado ya y del cual no se podrá prescindir en el futuro. Pero que deberá vivificar y desarrollar cada vez más. Tal su tarea.

La Constitución y la Ley, fuentes primigenias del Derecho Administrativo, tienen, por tanto, en la Jurisprudencia la garantía de su actuación óptima.

Para garantía de la ecuación jurídica de tutela recíproca de la Administración y sus levantados fines, del administrado y sus libertades necesarias.

Como ya lo he dicho, para colocar debajo de la máxima: *Salus populi, suprema lex esto*, e inmediatamente: “Realizar el mayor interés público con el menor sacrificio posible del interés privado”.

## LOS USOS Y COSTUMBRES COMO FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

*Por el académico doctor Segundo V. Linares Quintana*

En el ámbito del derecho constitucional, la costumbre y los usos y prácticas ofrecen notas propias que los distinguen de los que se manifiestan en otras ramas del derecho; y aun dentro del campo mismo del derecho constitucional revisten características diferentes de acuerdo con los respectivos sistemas jurídico-políticos; verbigracia, según se trate del sistema inglés de Constitución no escrita y flexible y derecho consuetudinario; o del sistema norteamericano de Constitución escrita y rígida combinado con el *common law*; o del sistema argentino de Constitución escrita y rígida exclusivamente; o, en fin, de un régimen democrático o de otro que sea autoritario.

En el derecho constitucional existen dos sectores fácilmente diferenciables. El primero, regula la relación del Estado con los habitantes; mientras que el segundo se relaciona con la organización del poder.

En el primer caso —en el que está en juego la relación del Estado con los habitantes—, es el Poder Judicial el que interpreta la costumbre, reconociendo o no su vigencia; a cuyo efecto se encuentran en juego los mismos requisitos que los exigidos por la costumbre en el derecho privado: existencia de hecho, legalidad, antigüedad, continuidad, goce pacífico, fuerza obligatoria, certeza, consistencia y racionalidad. Desde luego que en principio, únicamente en los

países que tienen un sistema constitucional que reconoce amplio respeto a la tradición jurídica —como Inglaterra y con limitaciones Estados Unidos— la costumbre puede ser invocada ante los tribunales.

En el segundo caso, cuando las normas constitucionales afectan a la esfera de la organización del poder, la interpretación de la costumbre está fuera de la competencia del Poder Judicial y únicamente puede realizarse por los órganos que le dan vida, por ser una actividad específicamente de naturaleza política. “En tal caso —afirma Sánchez Agesta—, la *racionalidad* se sobrepone a los restantes elementos; es el fin político que persigue, quién decide sobre su valor; porque en el derecho constitucional, la costumbre no se impone tanto por la fuerza de la tradición, como por los fines políticos que cumple”<sup>1</sup>.

Sánchez Viamonte hace notar que cuando se trata del derecho público, la costumbre es impuesta por la ley, proveniente del gobierno como titular del Estado. En los sistemas autocráticos, la costumbre se manifiesta como voluntad social que pugna por atenuar el rigor de una dominación injusta sin poder expresarse como opinión pública, pero asumiendo forma de resistencia o de rebeldía contra ese derecho público. Bajo los gobiernos democrático-republicanos, la situación se presenta a la inversa: gran parte del derecho público positivo contiene aspiraciones populares hacia la libertad y la justicia, y la costumbre se presenta en forma de procedimientos mediante los cuales se burlan las promesas que el derecho público positivo contiene, o se anulan sus beneficios o se los retacea.

Agrega Sánchez Viamonte que “bajo los gobiernos monárquicos absolutos estaba trabada la lucha entre la voluntad social y el derecho público autocrático, en forma de avances o conquistas progresivas de la libertad y de la justicia que van asumiendo forma de costumbre. En los gobiernos

<sup>1</sup> LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Principios de teoría política*, p. 72.



republicanos democráticos, logradas ya esas conquistas como instituciones jurídico-políticas e incorporadas al derecho público positivo, las clases económicamente privilegiadas y la burocracia —como también los gobiernos demagógicos, agregamos por nuestra parte— tratan de anular en la práctica el progreso institucional obtenido, de tal manera que adopta la forma de costumbre la constante violación de las normas éticas y de los preceptos institucionales relativos a la libertad personal o política y que el derecho público positivo ha consagrado —por ejemplo, el fraude electoral y la violencia gubernativa—, y también las aspiraciones con que se reacciona contra esa costumbre para rectificarla. Todo eso sin perjuicio de concretarse como aspiraciones jurídico-políticas algunos aspectos de la inquietud social que acompañan a las transformaciones de carácter económico, como ha sucedido, por ejemplo, con al derecho de propiedad y con el derecho del trabajo”<sup>2</sup>.

Advierte además Sánchez Viamonte que “en América, cuya afirmación política se hizo avanzando sobre el derecho consuetudinario de origen europeo —como ocurrió en Estados Unidos— o rectificándolo rotundamente —como ocurrió en la emancipación sudamericana— el constitucionalismo significa un nuevo concepto de la vida social y del derecho en todas sus formas y manifestaciones. Más que el fruto de una costumbre anterior, es la voluntad de crear una nueva, y adquiere así, el significado de una aspiración ideal concreta; paradójal experiencia *a priori* del futuro, ensayo teórico de realidad y hasta comienzo efectivo de realización. En esas condiciones, el derecho público no es creado por la costumbre, sino que es una manera de imponerla. A su vez, la costumbre se manifiesta como infracción a la ley y sólo crea el derecho de oposición, en la medida en que sugiere los medios de prevenir o de corregir tales derivaciones”<sup>3</sup>.

Maurice Hauriou señalaba que las costumbres consti-

<sup>2</sup> CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Derecho constitucional*, t. I, pp. 26/27.

<sup>3</sup> CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Derecho constitucional*, t. I, p. 27.

tucionales son particulares y no generales. No llegan a ser generales porque se circunscriben al ámbito de la competencia de los funcionarios públicos titulares de los poderes gubernamentales, o sea, al campo del funcionamiento de las instituciones del Estado —que no están abiertas por completo al gran público—, no pueden ser practicadas por éste, ni beneficiarse, por lo tanto, del *usus communis*. De la condición de particularidad o espacialidad de las costumbres constitucionales, Maurice Hauriou deriva las siguientes consecuencias: 1º No son aplicables por los tribunales, porque éstos sólo aplican las reglas que tienen la generalidad de la ley y se reputan consagradas por el *usus communis*. Aun en los países consuetudinarios como Inglaterra, los tribunales no aplican más que la costumbre general, *common law*, y no las costumbres particulares; 2º Si las costumbres constitucionales no son impuestas por el juez, lo son, en cambio, por la coacción de quienes participan en el juego constitucional. “En el fondo —dice Maurice Hauriou— esta coacción de la opinión de los círculos competentes hay que referirla al derecho de legítima defensa de cada uno de los interesados en el juego político; cada uno defiende sus propias prerrogativas y su propia suerte; las defiende incluso amenazando con la represalia, y hasta mediante una lucha política brutal puesta al servicio del propio derecho”<sup>4</sup>.

El profesor Jorge Raúl Poviña, en una obra fundamental sobre el tema, destaca que “la parte dogmática de las constituciones, como se ha dado en llamarle, no es propicia para formaciones consuetudinarias, a más de que en los países donde existe contralor judicial constitucional, judicial o no, su estructura tendrá similitud con la del tipo ordinario de costumbre”. Con esta aclaración, Poviña afirma que “costumbre constitucional es el elemento normativo de esa naturaleza, originado por el obrar de pequeños grupos de individuos que desempeñan funciones titulares en los órganos inmediatos de los poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado,

<sup>4</sup> MAURICE HAURIOU, *Principios de derecho público y constitucional*, p. 296.

como así también en los distintos órdenes de los sistemas federales, y que nacido lógicamente de la naturaleza misma de las cosas, implica un convencimiento íntimo de aquellos que lo consagran, que su existencia resulta de positiva necesidad para la organización estatal o para su continuo perfeccionamiento”.

Sostiene, asimismo, el profesor Poviña, que “su realidad adquiere pleno valor jurídico ya sea en el transcurso de repetidos actos análogos o bien en un limitado número de ellos, cuando su origen inviste el carácter de solución constitucional consagratória, gozando en relación a la ley escrita de una verdadera autonomía en cuanto a su valoración sistemática, pero permaneciendo indisolublemente vinculada al sistema general en sus principios fundamentales. Su naturaleza mixta, jurídico-política, implica un efectivo proceso de racionalización y debe estar compenetrada, para ser legítima, de un indispensable concepto de justicia”<sup>5</sup>.

Kelsen establece que solamente la costumbre ha de ser considerada como un hecho creador de derecho, si la Constitución, en el sentido material de la palabra, instituye a la costumbre como procedimiento de creación jurídica, al lado de la legislación. La costumbre tiene que ser, como la legislación, una institución constitucional. Ello puede establecerse expresamente por la Constitución, lo mismo que la relación entre el derecho legislado y el consuetudinario. Pero la Constitución misma puede ser, en su totalidad o en parte, Constitución no escrita, derecho consuetudinario. En tal supuesto, Kelsen admite que la costumbre sea un hecho creador de derecho. Si un orden jurídico tiene una Constitución escrita que no instituye la costumbre como procedimiento de creación jurídica y, sin embargo, el orden jurídico contiene reglas de derecho consuetudinario al lado del escrito, entonces, además de las normas de la Constitución escrita, tendrá que haber normas constitucionales no escritas, es decir, normas consuetudinarias establecidas, de acuerdo con las

<sup>5</sup> JORGE RAÚL POVIÑA, *Costumbres y usos constitucionales*, pp. 19/20.

cuales los preceptos generales obligatorios para los órganos encargados de aplicar el derecho, pueden ser creados por medio de la costumbre. La ley regula su propia creación y el derecho consuetudinario hace lo propio <sup>6</sup>.

Kelsen advierte que las normas generales establecidas legislativa o consuetudinariamente, representan un nivel inmediatamente inferior a la Constitución, en el orden jerárquico del derecho <sup>7</sup>.

Laferrière observa con acierto que “la palabra costumbre no debe ser empleada sino en el sentido preciso que comporta en la enumeración de las fuentes del derecho, es decir, en la hipótesis de que la repetición de los precedentes ha dado nacimiento a una regla jurídicamente obligatoria cuyo desconocimiento constituiría una violación del derecho existente”. Y agrega que “bajo pena de confusión, no debería ser empleada, como lo hace el lenguaje usual, cuando se encuentra en presencia de simples *prácticas* políticas, es decir, de *usos* o *hábitos*, consistentes en utilizar exclusivamente una entre diversas soluciones que la Constitución admite con relación a una materia determinada. Puede ocurrir, en efecto, que la regla establecida por un texto constitucional consiste simplemente en conferir a una autoridad un poder determinado, dejándole la latitud de utilizarlo o no, conforme a consideraciones de oportunidad que deja a su apreciación. Si durante un largo período de tiempo, esa autoridad ha utilizado siempre el poder puesto a su disposición, en un cierto sentido y no en otro, resulta una *práctica*, un *uso* político, que pueden estar destinados a mantenerse, pero que no dan nacimiento a una *costumbre*, es decir, a una regla de derecho obligatoria que prohíbe a esa autoridad usar en adelante su poder en un sentido distinto al sentido en que lo ha hecho”. Laferrière recuerda que en su país, Francia, el Presidente de la República nunca había usado la facultad que le otorgaban las leyes constitucionales de 1875, pedir una re-

<sup>6</sup> HANS KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, pp. 130-131.

<sup>7</sup> HANS KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, p. 133.

consideración de las leyes sancionadas por las Cámaras del Parlamento, como tampoco la facultad de disolver la Cámara de Diputados con posterioridad a 1877. Algunos sostuvieron que se había producido una modificación consuetudinaria de las leyes constitucionales; pero Laferrière rechaza esa tesis, porque en el caso se estaba en presencia no de costumbres, sino de prácticas políticas que no podían modificar la Constitución <sup>8</sup>.

La costumbre es la observancia general, constante y uniforme de un determinado comportamiento por los integrantes de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica y por ende es jurídicamente obligatorio. En el ámbito del derecho constitucional, la costumbre se refiere sustancialmente a las conductas de las personas que ejercen el poder político como titulares de los órganos básicos del Estado.

La costumbre está integrada por dos elementos. El primero es un elemento material, el *usus, práctica, consuetudo*, constituido por el simple repetirse en el tiempo de una determinada actitud; elemento que tomado aisladamente sólo sería un mero *uso* de hecho. El otro elemento, espiritual o psicológico, es la *opinio juris et necessitatis*, o sea, la convicción común, o al menos predominante, de la necesidad jurídica de la norma instaurada mediante el uso y, por ende, de su obligatoriedad jurídica.

Algunos autores, con argumentos a nuestro juicio poco convincentes, sostienen la irrelevancia del elemento psicológico —la *opinio juris et necessitatis*—. Por ejemplo, Pergolesi afirma que dicho elemento es irrelevante y que constituye un círculo vicioso considerar a la *opinio juris et necessitatis* como presupuesto necesario de la obligatoriedad de la costumbre, y al mismo tiempo, creer que la *opinio juris* presuponga la existencia de una obligación a la cual cada uno imagina someterse por el hecho de seguir el uso. En otros términos, exigiendo dicho requisito se afirmarían dos cosas que se contradicen: que el uso no se forma si no existe la *opinio*

<sup>8</sup> JULIEN LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, p. 348.

*juris*, pero que la *opinio juris* sólo nace cuando el uso ya se ha formado<sup>9</sup>.

Consideramos inadmisibile el criterio de suprimir o reducir la importancia de la *opinio juris* como elemento esencial de la costumbre, ya que es la condición que califica al hecho y le atribuye juridicidad y que, esencialmente, diferencia a la *costumbre* del simple uso o *práctica*. En modo alguno puede equipararse la costumbre con el uso o práctica; lo que no comporta desconocer las singularidades que la costumbre reviste en el área del derecho constitucional, que la diferencian de la costumbre en el ámbito del derecho privado.

El profesor Jorge Raúl Poviña advierte, con respecto al elemento espiritual o psicológico, que la situación es diferente en el derecho privado, en cuyo ámbito los actos consuetudinarios se producen en vista de que nace en el espíritu de los sujetos que la instauran, el concepto de la necesidad de que el derecho se ocupe de tal relación y la legitime. Es el interés individual el que mueve a cada individuo a concebir dentro de sí mismo a un determinado hacer consuetudinario como norma jurídica útil y obligatoria. En cambio, en el área del derecho constitucional, el funcionario que va a instaurar la costumbre sólo capta una necesidad inherente al órgano u órganos de cuya relación se trata y que el sistema puede consagrar. Por más que los funcionarios públicos consideren subjetivamente que la creación normativa puede traer algún beneficio al sistema orgánico, si éste no provoca la decisión y la reiteración en su caso, la instauración consuetudinaria será de una existencia efímera y prácticamente carecerá de la pertinente virtualidad. El proceso psíquico de la captación de la necesidad deberá ser realizado, pero a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, en el derecho constitucional el elemento inmaterial o psíquico tiene un origen mediano y no inmediato y directo<sup>10</sup>.

Para determinar el valor de la *costumbre* como fuente del derecho constitucional, consideramos que a pesar de su

<sup>9</sup> GIANCARLO OSPITALI, *Istituzioni di diritto pubblico*, p. 72.

<sup>10</sup> JORGE RAÚL POVIÑA, *Costumbres y usos constitucionales*, p. . .

antigüedad, continúa siendo útil la diferenciación en distintas categorías, de acuerdo con la tradicional tipología romano-canonista, entre: a) la *costumbre secundum legem* o *interpretativa*; b) la *costumbre praeter legem* o *supletoria*; y c) la *costumbre contra legem* o *modificatoria*.

La *costumbre secundum legem* o *interpretativa* se funda en una cláusula expresa de la Constitución a la que precisa o aclara, complementándola sobre la base de su armonía o concordancia con la letra y espíritu del texto.

Villegas Basavilbaso enseña que “la *costumbre secundum legem* supone siempre la preexistencia de la ley (en nuestro caso, acotamos, de la norma constitucional), la complementa por la observancia de sus preceptos o por su interpretación si es dudosa. Es el mejor intérprete de las leyes, *optima enim est legem interpres consuetudo*. Podría afirmarse que no es derecho consuetudinario sino el derecho escrito convertido en costumbre. Como decían los canonistas, la *costumbre secundum legem* no es propiamente derecho, *non est iuris*, sino un hecho, *facti tantum*”<sup>11</sup>.

El constitucionalista francés Julien Laferrière afirma que la idea de una costumbre constitucional, en el sentido propio de la palabra, es decir, de una regla no escrita que poseería fuerza y valor constitucionales, es en realidad incompatible con la noción de una Constitución escrita rígida.

Advierte este constitucionalista que el término *costumbre* no debe ser empleado sino en el sentido preciso que tiene en la enumeración de las fuentes del derecho; es decir, en la hipótesis de que la repetición de los precedentes ha dado nacimiento a una regla jurídicamente obligatoria cuyo desconocimiento constituiría una violación del derecho existente. Y observa que sin incurrir en confusión, dicha palabra no debe ser utilizada, como suele ocurrir a menudo, para designar a las simples *prácticas políticas*, es decir, los usos y hábitos consistentes en utilizar exclusivamente una entre varias

<sup>11</sup> BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1949, t. I, § 46, p. 318.

soluciones que la Constitución admite con relación a una materia determinada.

Laferrrière insiste en que la idea de una Constitución rígida excluye la posibilidad de la existencia de reglas consuetudinarias con el mismo valor jurídico que aquélla. Y limita el valor de la costumbre o la tradición como valiosos elementos a tener en cuenta en la interpretación de la Constitución; pero formula al respecto dos observaciones:

1º) Es posible que el uso evidencie que los términos empleados por una Constitución, para determinar, por ejemplo, la competencia de una autoridad, comporten la posibilidad para esta autoridad de realizar un acto o de actuar de una manera que la Constitución no menciona expresamente, en cuyo caso las reglas así deducidas de la Constitución tendrán valor constitucional, porque estaban en la Constitución misma.

2º) Para proceder a esta interpretación, que hará producir pleno efecto a las disposiciones de la Constitución, es legítimo y hasta necesario tener en cuenta los usos, las prácticas, la tradición; en una palabra, debe tomarse en consideración a la costumbre en su sentido más comprensivo y genérico <sup>12</sup>.

La costumbre *praeter legem* o *supletoria*, que en el caso de silencio u omisión de la Constitución, cubre la laguna constitucional, creando nuevas normas supletorias, en teoría actuaría como fuente del derecho constitucional. Sin embargo, en este carácter y como principio general, no corresponde que sea admitida. Únicamente, y como excepción, podría ser admisible, con serias reservas y con extrema prudencia, ante el silencio u omisión de la Constitución y cubriendo la laguna de ésta, si la regla consuetudinaria mantiene lógica y perfecta armonía y congruencia con los principios y normas del sistema constitucional y, además y esencialmente, resulta instrumento indispensable para consolidar y hacer más efectivo el amparo de la libertad y la dignidad del hombre, que es la finalidad suprema de la Constitución y del derecho cons-

<sup>12</sup> JULIEN LAFERRIERE, *Manuel de droit constitutionnel*, pp. 347-354.



titucional. Pero, en manera alguna, puede tener valor jurídico una *costumbre praeter legem* que extienda la competencia de los órganos del Estado o restrinja los derechos constitucionales de los habitantes, contrariando los grandes propósitos de la Constitución: la garantía de la libertad y la dignidad del hombre y la limitación de los poderes del Estado. A este respecto, cabe tener bien presente, en todos los casos, que la Constitución Nacional, en su art. 19, prescribe terminantemente, que *ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la Ley ni privado de lo que ella no prohíbe*.

En favor de la *costumbre contra legem* o *modificatoria*, que pretende modificar una norma expresa de la Constitución, con la cual choca, se argumenta que la costumbre es la conciencia de la voluntad nacional y que si la nación es soberana, ella es el poder constituyente supremo. Duverger, por ejemplo, afirma que poco importa, en el fondo, considerar en el campo de la teoría pura la posibilidad o la imposibilidad de que la Constitución sea modificada por la costumbre, y recuerda que a un sofista que le pretendía demostrar la imposibilidad del movimiento, Sócrates le respondió poniéndose a caminar. "Bástanos —dice— comprobar que en la práctica es indiscutible la existencia de modificaciones a las constituciones escritas por la vía consuetudinaria. Todos los textos constitucionales han experimentado, luego de su aplicación, transformaciones más o menos profundas. . . Las costumbres que modifican las constituciones escritas tienen, en principio, el mismo valor jurídico que la Constitución a la que se refieren, porque tienen como fundamento una determinada interpretación de esa Constitución; toda medida interpretativa tiene la misma validez que el texto que interpreta. Normalmente, una costumbre modificatoria no puede ser modificada sino por el órgano previsto por la Constitución que modifica o por otra costumbre"<sup>13</sup>.

Consideramos inaceptable la opinión de Duverger en

<sup>13</sup> MAURICE DUVERGER, *Cours de droit constitutionnel*, París, 1946, p. 158.

el sistema de la Constitución escrita rígida, en la cual, sin duda, he prevalecido su enfoque sustancialmente sociológico, sobre la clara razón jurídica. La validez jurídica de la *costumbre contra legem* o *modificatoria*, es inadmisibile desde todo punto de vista en el referido sistema político, ya que la Constitución escrita rígida únicamente puede ser modificada por el procedimiento especial y estricto que la misma prevé en su propio texto, quedando excluido todo otro procedimiento de enmienda total o parcial. En el caso de la Constitución Argentina su artículo 30 ha estatuido formalmente el único y exclusivo procedimiento para su enmienda, que no puede ser suplido por cualquier otra vía. Lo contrario, además de comportar una abierta violación del texto constitucional, significaría paradójicamente, *flexibilizar la Constitución rígida*, es decir, desnaturalizarla y destruirla por completo, lo cual es un absurdo inaceptable. Además, la reforma constitucional por la vía de la costumbre afectaría el esencial *principio de legalidad* o *imperio de la ley*, en que se fundamenta todo el sistema constitucional de amparo de la libertad individual, y que ha sido consagrado expresamente por el art. 19 de la Ley Suprema; al mismo tiempo que a la letra y espíritu del art. 22 de aquélla; al admitir que la libertad de los habitantes pudiera ser restringida por otro medio que a través de las normas constitucionales o legales en consecuencia de aquéllas, de carácter formal, expreso y categórico e interpretadas restrictivamente. La Constitución escrita y rígida modificada por la costumbre perdería su nota esencial de instrumento de amparo y garantía de la libertad y dignidad de los habitantes mediante la limitación de los poderes públicos. En definitiva, toda pretendida modificación de la Constitución por la costumbre no sería más que una violación de aquélla, por repetida y frecuente que pudiera ser, y en modo alguno podría erigirse en fuente del derecho constitucional.

La *costumbre contra legem* o *modificatoria* plantea el grave problema de la *perversión constitucional*, a través de la violación reiterada de las normas de la Constitución que,

erigida en práctica sistemática, conduce a la segura destrucción de la Ley Fundamental.

Carl J. Friedrich señala que la perversión de las normas constitucionales, a través de la interpretación incorrecta o *corrupción*, es un problema general no limitado a la esfera de lo político. Sin embargo, se halla motivado a menudo por un cambio en la ideología política o por la alteración de los valores y creencias asociados a la evolución del orden político. “La corrupción —dice Friedrich—, aunque sea considerada corrientemente como el simple resultado de un deseo humano por una ganancia inmerecida, es un fenómeno político mucho más general que no ha recibido la atención que requiere. Su función política ha sido pasada por alto dentro de la teoría política. Dejando de lado ahora el problema de la desintegración de los órdenes políticos que se manifiestan en la corrupción extendida, trataremos de la perversión de las normas a través de la interpretación incorrecta, ya sea intencionada o no. Tal perversión debe observarse, cuando lo consideremos, políticamente, en confrontación con la violación de las normas, ya sea por simple infracción o delito. Esto no se debe a que las violaciones sean el resultado de una interpretación incorrecta o de una mala interpretación, sino a que tanto la perversión como la violación de una norma constituyen un desafío a su pretendida universalidad, constituyen excepciones, y todas las excepciones debilitan a una norma. Puede añadirse a esta reflexión lo siguiente: que cuando las excepciones se multiplican, cuando las excepciones llegan a convertirse en regla, la norma deja de existir en un sentido político estricto. Una ley, una norma legal puede ser destruida tanto por la desobediencia como por la falsa interpretación, y ambas formas de violación son idóneas para pervertir a la norma, para apartarla de su curso debido”.

Agrega Friedrich que a la luz de su análisis del acto político justo, es discutible, con todo, si la interpretación o incluso la violación de las normas existentes puede considerarse justificadamente como una perversión, si este término es entendido como indicador de un disvalor en función

del orden político. "Esto —dice— significaría más bien que la valoración comparativa de las normas, especialmente la llevada a cabo por los jueces, pero también por los funcionarios públicos, forma parte importante de sus funciones. Sus actos, políticamente considerados, son dignos de respeto y, por tanto, autorizados sólo si son justos. En verdad, la comisión constante de actos injustos, reducirá, como hemos visto, su legitimidad tanto como su autoridad. En un orden político altamente desarrollado es sin embargo muy importante que todo cambio de envergadura en las normas sea llevado a cabo por la autoridad concreta que hace las normas según el sistema. Como ésta es una cuestión de juicio incierto ha habido siempre tendencia a intentar eludir la dificultad, exigiendo a la ley claridad y precisión" <sup>14</sup>.

Por su parte, Karl Loewenstein se ocupa de la *inobservancia consciente de la Constitución* por los detentadores del poder, fenómeno que no debe ser confundido con la constante competición que existe entre aquéllos en el proceso político, en la que cada uno intenta buscar en las normas constitucionales que tiene que aplicar, la interpretación más cómoda para sus tareas específicas. Es el caso de un Estado Federal, en el cual el gobierno central interpreta la Ley Suprema en el sentido más favorable a la ampliación de sus poderes en detrimento de las competencias de los gobiernos locales; o cuando una comisión parlamentaria de investigación extiende sus facultades más allá de los límites correspondientes; o cuando el Congreso interpreta las cláusulas constitucionales superando las fronteras de su competencia, frente a las competencias de los otros órganos de gobierno; en todos cuyos casos el órgano que amplía sus poderes lo hace a través de su propia interpretación de la Constitución.

Lo que Loewenstein entiende como *inobservancia consciente de la Constitución* "es aquella situación en la que una disposición constitucional esencial no será deliberada y consecuentemente aplicada o realizada. Dicha disposición per-

<sup>14</sup> CARL J. FRIEDRICH, *El hombre y el gobierno: una teoría empírica de la política*, p. 304.

manecerá entonces como una *lex imperfecta*, como letra muerta, en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la Ley Fundamental. Las razones para esta inobservancia son varias. Una disposición constitucional se puede presentar desde el primer momento como irrealizable. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, las razones de esta inobservancia son de tipo puramente político: el convencimiento del gobierno actualmente en el poder, de que la aplicación de dicha disposición iría contra sus intereses específicos; la aversión de la constelación de partidos que controlan la asamblea legislativa contra la disposición en cuestión; la presión social y económica de determinados grupos de interés contra su realización; factores de política exterior. La eliminación de dicha norma a través de una enmienda constitucional será frecuentemente imposible por la falta de la mayoría requerida o puede ser todavía más impolítica que su inobservancia tácita" <sup>15</sup>.

El incumplimiento de la Constitución, tanto por gobernantes como por gobernados, constituye un gravísimo fenómeno sociológico-político, de profundas y vastas proyecciones institucionales, que si bien siempre ha existido, ha aumentado en intensidad, y por lo tanto, en gravedad, en los últimos tiempos, sobre todo en países como el nuestro.

Loewenstein busca la explicación de tan serio fenómeno en la desvalorización que ha experimentado la Constitución escrita en la democracia constitucional contemporánea. "La democracia constitucional en medio del siglo xx —dice— se encuentra en una crisis. Aun en Estados con un orden constitucional completamente desarrollado, la Constitución escrita ha sufrido una importante desvalorización funcional y una pérdida de prestigio. Su brillo ha empaldecido visiblemente. Dos problemas diferentes, aunque relacionados entre sí, tendrán que ser tratados aquí. El primero hace referencia al hecho de que la Constitución, aun en los Estados con tradición normativa, no sea observada tan escrupulosamente por los detentadores del poder como era antes; no se actuará

<sup>15</sup> KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 223.

siempre de la manera que beneficic a la Ley Fundamental del Estado. El segundo se refiere a la alarmante indiferencia de la masa de los destinatarios del poder frente a la Constitución, actitud psicológica que puede conducir, finalmente, a una atrofia de la conciencia constitucional... La triste verdad es que la Constitución se ha distanciado emocional e intelectualmente de los destinatarios del poder. Para el hombre de la calle, la Constitución significa muy poco. Solamente una fracción microscópica de la población en todos los países está suficientemente interesada por leerla, por no hablar de aquellos que pueden realmente asimilar"<sup>16</sup>.

La educación democrática —la *educación para la libertad*, de que hablaban Alberdi y Sarmiento— que capacite a la ciudadanía, gobernantes como gobernados, para el adecuado conocimiento de las instituciones políticas que la rigen, y por ende para el correcto cumplimiento de sus deberes y ejercicio de sus derechos, es el camino acertado para lograr el fiel cumplimiento de la Constitución y las leyes en su letra y en su espíritu. No se puede cumplir, y menos amar y respetar, lo que no se conoce, o se conoce mal. Bien advierte Friedrich que "la desobediencia, la abrogación, el fraude y la objeción consciente forman parte de la vida de la ley. La ponen en peligro y pueden pervertirla, pero no suponen en sí mismas la perversión de la ley, sino la paradoja de su existencia"<sup>17</sup>.

Los *usos*, en su significado más intrínseco, denotan únicamente una práctica habitual, y se presentan como inciertos e imprecisos en su formulación, a la vez que fácilmente mutables, aunque a veces transformables en verdaderos preceptos jurídicos<sup>17 bis</sup>.

Afirma Laferrière, con acierto, que "si las prácticas constitucionales no constituyen costumbres, es decir, derecho, no debe desconocerse su importancia. Cuando ellas se hacen

<sup>16</sup> KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, pp. 222 y 227.

<sup>17</sup> CARL J. FRIEDRICH, *El hombre y el gobierno: una teoría empírica de la política*, p. 313.

<sup>17 bis</sup> PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Le norme della correttezza costituzionale*, Milán, 1939, p. 47.

constantes, pueden hacer producir a un sistema de instituciones efectos muy diferentes a los previstos y queridos por la Constitución que lo estableció. Dan lugar a los *falseamientos* de la Constitución”<sup>18</sup>.

Sánchez Agesta opina que paralelamente al derecho constitucional en sentido estricto, existen *usos y prácticas*, que no tienen un carácter jurídico, aunque deban ser consideradas como elementos integrantes del orden constitucional. La reiteración de prácticas en derecho público, no sólo es fuente del derecho consuetudinario, sino más ampliamente, fuente del orden constitucional. Por esta misma vía, repetición de actos, aparecen justamente el *derecho consuetudinario* y los *usos constitucionales*; con lo que se suscita el problema de diferenciar cuáles *usos y prácticas han madurado como derecho consuetudinario* y cuáles quedan como meros *usos y prácticas sin valor jurídico*.

Para el eminente constitucionalista español, uno de los criterios más aceptables estima como efectivo derecho constitucional aquellas prácticas que contienen en sí y desenvuelven principios políticos que determinan la estructura del orden constitucional. Y opina, en contra del criterio de Dicey, que el sistema de gabinete inglés ha madurado como verdadero derecho consuetudinario por desarrollar un principio constitucional esencial del sistema inglés: la soberanía del parlamento y la opinión pública. “Una *práctica o uso constitucional* puede decirse que se convierte en derecho consuetudinario —dice Sánchez Agesta— cuando se *institucionaliza*, esto es, cuando las reglas fijadas por la práctica encarnan una idea que sirve de eje al orden político. Así, por ejemplo, la relación entre el rey y el gabinete en el régimen parlamentario inglés, responde a la idea de la imparcialidad e irresponsabilidad del rey”<sup>19</sup>.

Burdeau entiende que al no concurrir en el *uso o práctica* el elemento psicológico o espiritual —la *opinio juris*— en manera alguna puede modificar el estado del derecho. Y

<sup>18</sup> JULIEN LAFERRIERE, *Manuel de droit constitutionnel*, p. 348.

<sup>19</sup> LUIS SANCHEZ AGESTA, *Principios de teoría política*, p. 202.

suponiendo que una autoridad actúe en observancia de preceptos constitucionales, no se le podría oponer los *usos* o *prácticas* admitidos para tachar su actitud de inconstitucional. “Ninguna clase de prescripción extintiva existe en el derecho constitucional —dice Burdeau— que permita sustituir una regla escrita extinguida por el desuso por otra nacida de la repetición de precedentes”<sup>20</sup>.

En lo que coincide con Laferrière, para quien “no existe en el derecho constitucional una suerte de prescripción extintiva, en virtud de la cual la no utilización por una autoridad de poderes que la Constitución le confiere sin obligarla a ejercerlos —poderes a los cuales esa autoridad no podría válidamente renunciar— produciría su extinción, sustituyendo a la regla escrita que los establecía por una regla consuetudinaria que los suprime. La Constitución no queda abrogada por la ley ordinaria y con mayor razón no puede serlo por el desuso”<sup>21</sup>.

No es aceptable asimilar los *usos* o *prácticas* constitucionales en nuestro derecho constitucional, a las *constitutional conventions* de Inglaterra, a los *usages of the Constitution* de los Estados Unidos, o a la *correttezza costituzionale* de Italia, instituciones que si bien pueden mostrar algunos rasgos coincidentes o parecidos, presentan también notas particularmente específicas, resultantes de las singularidades de los respectivos sistemas jurídico-institucionales en que están insertadas. Y en derecho comparado, nunca deben ser consideradas las instituciones en forma aislada y abstracta, desprendidas del contexto histórico, político, jurídico, sociológico del país a que pertenecen.

La Constitución inglesa —única en su género en el mundo— está integrada por una serie de complejos y heterogéneos elementos: a) el *common law* o conjunto de costumbres aceptadas por el pueblo para el gobierno de sus relaciones *inter-se* en cuanto son reconocidas por la jurisprudencia de los tribunales; b) *statute law*, derecho legislado, que com-

20 GEORGES BURDEAU, *Traité de science politique*, t. III, 128, p. 283.

21 GEORGES BURDEAU, *Traité de science politique*, t. III, 128, p. 283.



prende: 1) *statutes y statutory regulations*, que reglan una cantidad de materias, como las calificaciones de los electores y miembros del Parlamento, la manera de realizarse las elecciones, las relaciones entre las dos cámaras del Parlamento, etc.; 2) *quasi statutes*, que son sanciones legislativas que protocolizan solemnes acuerdos entre la corona y el Parlamento, definiendo principios constitucionales, similares a las declaraciones de derechos de las constituciones escritas, como: la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos de 1628, la Declaración de Derechos de 1689, el Acta de Establecimiento de 1701; 3) *tratados y quasi tratados*, como las Actas de Unión con Escocia e Irlanda de 1707 y 1800, el Acta del Estado Libre de Irlanda de 1922, el Estatuto de Westminster de 1931 reglando las relaciones entre el Reino Unido y el Commonwealth; c) las *constitutional conventions*, denominación que designa un conjunto de reglas que gobiernan las relaciones entre las partes componentes del poder soberano, el modo de ejercicio de la prerrogativa de la corona y el procedimiento del Parlamento, como por ejemplo, la necesidad de que el Parlamento sea convocado por lo menos una vez al año, la obligación de retirarse del cargo para el ministro que ha perdido la confianza de la Cámara de los Comunes a menos que ésta sea disuelta, la iniciativa exclusiva de los proyectos sobre contribuciones privativas de la Cámara de los Comunes, la responsabilidad colectiva del gabinete ante el Parlamento, etc.

Las más importantes de las convenciones constitucionales sirvieron al propósito de poner término a la larga lucha entre la corona y el Parlamento, asegurando que la autoridad discrecional de aquélla sea ejercida de acuerdo con la voluntad de la Cámara de los Comunes, en cuanto poder predominante en el Estado y órgano representativo por excelencia de la voluntad del electorado.

La expresión *constitutional conventions* fue creada por Dicey, quien en su clásica obra de derecho constitucional señaló la diferencia existente entre la *Ley de la Constitución*—constituida por reglas sancionadas o reconocidas por los tribunales y que forma un cuerpo de leyes en el sentido pro-

pio del término— y las *convenciones de la Constitución*, las que, compuestas por costumbres, prácticas y máximas o preceptos no sancionados ni reconocidos por los tribunales, no forman un cuerpo de leyes, sino un cuerpo de ética constitucional o política. Advertía Dicey que estas reglas son aplicadas constantemente pero desde el momento en que no son reconocidas por ningún tribunal de derecho no pueden ser consideradas como leyes <sup>22</sup>.

¿Cuál es el poder que controla la estricta observancia de las *convenciones constitucionales*? Advirten los constitucionalistas ingleses que no influye al respecto el temor del *impeachment*. Una razón vital es que los políticos participan en un juego que se realiza de acuerdo con reglas tácitamente establecidas y aceptadas, aun cuando con el avance del principio democrático, sobre todo en los dominios británicos, tuvieron lugar casos de inobservancia de tales reglas del juego. Por ello se considera que en última instancia la fuerza jurídica de las convenciones se funda en la *ley de la tierra, the law of the land* <sup>23</sup>.

Corresponde señalar que en los Estados Unidos —país regido por una Constitución escrita rígida, pero con una profunda influencia del sistema de derecho consuetudinario inglés— las costumbres y los usos constitucionales desempeñan una función de singular importancia en el desenvolvimiento del derecho constitucional.

El prestigioso constitucionalista norteamericano Claudius O. Johnson observa que la Constitución de los Estados Unidos “es un instrumento viviente, adaptable a las necesidades de las sucesivas generaciones, no solamente por los actos específicos de aquellos encargados de la responsabilidad del gobierno, sino también por el juego de las fuerzas económicas y sociales, la marcha del tiempo y aun por accidentes. El gabinete del Presidente —no mencionado en la Constitución y casi un accidente en su origen— es un producto de los años. La Constitución da al Presidente el poder, con

<sup>22</sup> A. V. DICEY, *Introduction a l'étude du droit constitutionnel*, p. 321.

<sup>23</sup> EDWARD W. RIDGES, *Constitutionnel law of England*, pp. 1-2, y 172.

el consejo y el consentimiento del Senado, para nombrar diversos funcionarios; pero, como hemos aprendido con el tiempo, las prácticas políticas han evidenciado casi tantas interpretaciones políticas como cargos a ser provistos. La Constitución, salvo en su precepto sobre el juicio político, no hace mención de los métodos por los cuales los funcionarios de mala conducta pueden ser removidos de sus cargos. Dicho procedimiento ha sido encarado por la vía del *trial and error* y recién ahora puede decirse que la Suprema Corte ha dicho la última palabra sobre el punto. La fuerza del precedente se evidenció bien por la oposición en muchos sectores a un tercer término del Presidente Franklin D. Roosevelt” (que finalmente suscitó una enmienda en la Constitución). En conclusión, Johnson sostiene que “el uso ha modelado nuestro sistema constitucional menos difícilmente que las leyes del Congreso y las decisiones judiciales; y, además, que las palabras de la Constitución escrita pueden no prevalecer contra la tradición, el tiempo y la costumbre”<sup>24</sup>.

Charles Warren, en un valioso estudio sobre *La práctica política y la Constitución*, ha señalado que una gran parte del derecho constitucional de los Estados Unidos es obra de las prácticas ejecutivas y legislativas, y sostiene que el curso de la historia y de la política norteamericana ha sido profundamente influido, a través del tiempo, por la práctica bajo la Constitución no menos que por las decisiones judiciales. “En el estudio de la Constitución —dice— debe destacarse el hecho de que muchas de sus cláusulas no son susceptibles de aplicación por el Poder Judicial, y que su interpretación final, así como su aplicación, están libradas a las otras ramas del gobierno. Por lo tanto —agrega— sólo un conocimiento de las prácticas legislativas y ejecutivas y de sus antecedentes históricos proporcionará una visión adecuada del derecho constitucional en su más amplio sentido, o de la historia norteamericana en cuanto afectada por el derecho constitucional”. Afirma, también Warren, que los poderes

<sup>24</sup> CLAUDIUS O. JOHNSON, *Government of the United States*, Nueva York, 1944, pp. 19-20.

constitucionales del Presidente de los Estados Unidos fueron en gran parte establecidos por precedentes históricos, y que existe una serie de circunstancias en las que el Presidente se vio obligado a mantener sus prerrogativas contra la intromisión legislativa por medio de declaraciones de independencia dirigidas al Congreso, las cuales constituyen un capítulo importante en el desarrollo de la historia norteamericana, que, sin embargo, rara vez se encuentra en ningún libro de derecho constitucional <sup>25</sup>.

Lo que en el derecho constitucional italiano es denominado *correttezza costituzionale*, *corrección constitucional*, genera numerosas normas sociales, pero no caracterizadas —como señala Biscaretti di Ruffia— por las notas específicas propias de las normas institucionales y, por lo tanto, jurídicas. Normas análogas son respetadas ampliamente, sobre todo en los Estados anglosajones, no porque se consideren jurídicamente obligatorias sino porque, por convención común —y de aquí vendría la expresión británica *constitutional conventions*, junto a la norteamericana menos específica, de *usages of the Constitution*—, su observancia parece políticamente oportuna para un buen desarrollo de la vida constitucional, de manera semejante a la frecuente invocación en el derecho privado de las normas no jurídicas de las buenas costumbres, la buena fe, la equidad, etc.

Biscaretti di Ruffia observa que “la importancia de la corrección constitucional se evidencia cuando una determinada actividad o un comportamiento específico deben considerarse constitucionalmente incorrectos y por ello inoportunos, aunque se mantengan dentro de los límites de la legalidad. Y destaca que entre las causas que contribuyen a su importancia pueden recordarse: la coexistencia, en la mayoría de los Estados modernos, de una pluralidad de órganos, llamados constitucionales, en el vértice de la jerarquía gubernativa, caracterizados por su paridad jurídica que impide su pleno y recíproco sometimiento a verdaderas normas de de-

<sup>25</sup> CHARLES WARREN, *Political practice and the Constitution*, University of Pennsylvania Law Review, junio 1941, t. LXXXIX, núm. 8, pp. 1001-4.

recho, pero que exige, de otro lado, para su armónica colaboración, la mutua y espontánea sumisión a reglas de corrección; la oportunidad de no reglamentar con las rígidas normas del derecho todas las relaciones e instituciones del ordenamiento constitucional, de manera que dejen cierta extensión, o indeterminación, a las mismas directrices, ofreciendo así posibilidad a las siempre mudables exigencias sociales de adaptarse sin producir, con demasiada frecuencia, choques violentos o cambios exagerados; la incapacidad de las normas jurídicas para predeterminedar, en todos sus aspectos, el comportamiento de las personas encargadas del funcionamiento del complejo y delicado mecanismo gubernamental, frente a las múltiples situaciones actuales, etc.

Hace notar Biscaretti di Ruffia que la *corrección constitucional* se manifiesta, en realidad, de maneras muy diferentes, según que concierna a los *individuos* que asumen el ejercicio de los poderes públicos —presentándose bajo el aspecto de reglas de educación política, tanto para los particulares como para los grupos sociales, a cuyo respecto es importantísima la llamada *cortesía parlamentaria*—, o bien a las *instituciones constitucionales* particulares consideradas impersonalmente. Este último conjunto de reglas puede, a su vez, subdividirse en varias partes, según que sus normas tiendan al buen uso de los poderes discrecionales conferidos a los órganos supremos del Estado (por ejemplo, en Italia, las reglas que rigen lo realizado por el Presidente de la República cuando debe elegir un nuevo Presidente del Consejo; o las que obligan al nuevo Gabinete nombrado por el Jefe del Estado, pero aún no reforzado en su posición por el voto de confianza de las Cámaras, a limitar su actividad propia a asuntos de administración ordinaria o de absoluta urgencia ocasional, así como debe obligar a dimitir al Gabinete en cuanto le sea negada manifiestamente la confianza); o bien a la lealtad; la educación, la cortesía, la discreción, la deferencia, que deben mantenerse entre los poderes públicos; o, en fin, el ceremonial y el protocolo que deben rodear a las instituciones superiores del Estado de una especial respetabilidad, y de un decoro y prestigio convenientes”. Agrega Biscaretti

di Ruffia que "es evidente, sin embargo, que si la violación de una de estas reglas no llega por sí a asumir la naturaleza de ilícito jurídico, puede muy bien determinar, en quien lo realiza, una precisa responsabilidad política, la cual supone la aplicación de aquellas particulares sanciones previstas, a este tenor, por el ordenamiento estatal"<sup>26</sup>.

En la concepción del Estado democrático constitucional, y dentro de ella específicamente en el sistema de la Constitución escrita rígida, suscita profundas reflexiones la dilucidación del problema de la determinación del valor jurídico de las *costumbres* y de los *usos y las prácticas constitucionales* como fuentes del derecho constitucional. El principio de la supremacía de la Constitución sobre el presupuesto de la diferenciación jerárquica entre el poder constituyente y los poderes constituidos, a la vez que el principio de la legalidad o del imperio de la ley, no armonizan evidentemente con la idea de que reglas jurídicas con el mismo valor del texto de la Constitución, puedan surgir de la *costumbre*, y menos aun, de los meros *usos o prácticas*. Sin embargo, no es posible tampoco, cerrar los ojos a la realidad, e incurrir en el grave error de creer que todo el derecho constitucional se encuentra exclusivamente encerrado en el continente escrito de la Constitución, volviendo las espaldas a la Constitución viviente, que resulta de la aplicación por los seres humanos a los seres humanos de las instituciones escritas en el papel.

Desde luego es cierto que de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia argentina, es regla de interpretación constitucional que la Constitución debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal y práctico, y nunca estrecho, limitado y técnico, de manera que, en la aplicación práctica de sus disposiciones se cumplan cabalmente los fines que la informan. Como también que la Constitución, en cuanto instrumento de gobierno permanente, cuya flexibilidad y generalidad le permiten adaptarse a todos los tiempos y circunstancias ha de ser interpretada teniendo en cuenta, no solamente

<sup>26</sup> PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho constitucional*, Madrid, 1965, § 46, pp. 170-172.

las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación de los grandes fines que informan a la Ley Suprema del país. Es lo que Joaquín V. González llamaba la *interpretación constructiva* o *alta interpretación constitucional*, que juntamente ha servido para que nuestra magnífica Ley Suprema de 1853-1860 conserve su actualidad y frescura no obstante el tiempo transcurrido desde su sanción.

Pero la más amplia, constructiva y elástica interpretación no puede llevar a violar la Constitución, aceptando su allanamiento, desnaturalización y conculcación a través de la aceptación lisa y llana de la costumbre y los usos y prácticas como fuentes del derecho constitucional.

En el sistema de la democracia constitucional, y dentro de él, específicamente en el de la Constitución Argentina, descartamos el valor de los *usos y prácticas* como fuentes del derecho constitucional. No resulta admisible que la simple repetición de determinados hechos, efímeros e intrascendentes jurídicamente, por los órganos gubernativos, pueda llegar a crear derecho y hasta a modificar el texto escrito por la Ley Fundamental de la Nación. Esta conclusión asume particular importancia en los países latinoamericanos, inclusive en el nuestro, en los cuales el *hecho consumado* y los *precedentes* suelen ser a menudo invocados aun contra la letra expresa de la Constitución, incurriéndose en el *falseamiento* de ésta.

Con su aguda prosa, Agustín Álvarez expresaba su indignación contra los *precedentes*. "Es necesario evitar a todo trance y cueste lo que costare —escribía— las barbaridades de hoy para evitar que las generaciones del porvenir, prevaleciéndose del futuro precedente, hagan las mismas barbaridades ellas también. No hay en el mundo entero un solo país en que las barbaridades de una generación se parezcan menos a las barbaridades ya olvidadas por añadidura, de la generación anterior" <sup>27</sup>.

27 AGUSTIN ALVAREZ, *South America*, p. 153.





# LOS ACUERDOS INTERJURISDICCIONALES COMO FUENTE EN DERECHO PÚBLICO

*Académico doctor Pedro J. Frías*

*Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales  
de Córdoba*

## INTRODUCCIÓN

Me propongo desarrollar sintéticamente esta fuente del derecho intrafederal. Tiene la originalidad de poder ser percibida desde sus orígenes, a diferencia de las fuentes principales que se pierden en la noche de la historia.

En efecto, la Argentina nació de cincuenta pactos políticos consumados en la Constitución de 1853-60. Previó los acuerdos interjurisdiccionales, pero no recurrió a ellos durante un siglo. Recién a partir de 1956 y asiduamente desde 1966 se desarrolló esta fuente. En ella, voy a centrarme sobre los tratados interprovinciales pero voy a tener presentes los demás acuerdos interjurisdiccionales.

## LOS TRATADOS INTERPROVINCIALES

### *Concepto de tratado interprovincial*

Sólo recientemente —ya lo dije— se han multiplicado en la Argentina los convenios entre órganos administrativos y jurisdicciones políticas diversas. Esta actividad convencional ha sido estimulada por la búsqueda de una nueva escala para el planteamiento territorial y por las necesidades de

coordinación propias del federalismo. El tratado interprovincial, restablecido así en una real vigencia, parece confundirse entre figuras convencionales muy variadas.

¿Cuándo hay tratado interprovincial? El art. 107 de la Constitución Nacional responde que "las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso federal".

Es tratado interprovincial, entonces, todo acuerdo en que dos o más provincias regulan intereses comunes, de naturaleza no política, con conocimiento del Congreso federal. Y lo siguen siendo, por extensión, siempre que se den esos extremos, cualesquiera que sean las denominaciones, las partes y las materias de dichos convenios.

El texto constitucional sólo exige dar "conocimiento" al Congreso federal, en lugar de la "aprobación" que requería el proyecto de Alberdi. Ese derecho de conocer el tratado no excluye el debate del Congreso y la declaración que pueda ser su consecuencia. Pero un pronunciamiento negativo no lo deja sin efecto, como lo dejaría la desaprobación. Si el gobierno federal cree deber corregir u objetar un tratado, dispone de otros remedios judiciales y aun la intervención federal.

### *Algunos tratados*

Entre los más notorios se pueden citar el que creó el Consejo Federal de Inversiones, y varios ligados a la administración de justicia y a procedimientos judiciales.

Los más numerosos parecen ser hoy los relativos a recursos hídricos. Nos remitimos al cuadro preparado por Cepal-C. F. I., que clarifica los tratados y otros convenios con cita de partes, fuentes legislativas y estado de ejecución a 1964.

Vale la pena tener presente que el 91,3 % de las aguas no marítimas son interprovinciales (21.557 m<sup>3</sup>/s sobre el total de 23.617). Por ríos interprovinciales se entiende tanto

los que sirven de límites o atraviesan dos o más provincias, como los que lo hacen entre la Capital Federal y provincias.

Otras fuentes ricas en convenios —sin que en esta circunstancia podamos pronunciarnos sobre el cumplimiento de los requisitos legales— es la de límites interprovinciales.

Pero estos convenios no son tratados, en el sentido del art. 107 de la Constitución Nacional, ya que la doctrina más probable les atribuye naturaleza política y deben ser aprobados por el Congreso, el cual fija los límites entre las provincias, conforme el art. 67, inc. 14).

Eventualmente, las provincias también podrán recurrir a tratados interprovinciales para vincularse entre sí en regiones de desarrollo, como lo ha pedido la Conferencia de Legislaturas provinciales, reunida en Santa Fe en homenaje a su cuarto centenario. El procedimiento es inobjetable, pero dado que el Congreso tiene poder concurrente para ello, podría organizarlas por ley nacional; lo que interesa al país y a las provincias mismas es lograr la mejor polarización nodal, que se impone por sobre la libre elección que los tratados suponen.

Con posterioridad a la cronología que publiqué en *Introducción al Derecho Público Provincial*, he tipicado otros ("La Ley-Córdoba", I, p. 1113).

### *Diferencia con otras figuras convencionales y legales*

La realidad nos lleva a distinguir situaciones diversas:

a) Acuerdos entre el gobierno federal o sus órganos y dos o más provincias o sus agencias. Por regla general, dicho convenio no constituirá paralelamente un tratado interprovincial, salvo que las provincias o sus agencias regulen entre sí intereses comunes. Suele ocurrir que una pluralidad de provincias regule con el gobierno federal una materia, pero no las provincias entre sí.

b) Regímenes de coordinación instituidos por ley nacional con adhesión de las provincias. A la manera del decreto 20.221/73 (ADLA, XXXIII-B, 1336) y anteriores regíme-

nes de coparticipación impositiva, la coordinación puede nacer de una ley nacional a la cual se adhieren las provincias. Nada obsta a que de esa adhesión nazcan obligaciones recíprocas entre las provincias, pero no constituyen un tratado interprovincial, aun si en su origen ha mediado negociación.

c) Regímenes de aplicación uniforme en virtud de adhesión provincial a una ley nacional. Aun menos puede asimilarse al tratado interprovincial la situación de uniformidad pero sin coordinación nacida de la adhesión de las provincias a una ley nacional. Esa adhesión puede haber sido prevista, por ejemplo, para uniformar los beneficios a los adquirentes de predios (ley 20.543, B. O. 29-X-73, art. 11, —ADIA, XXXIII-D, 3651); o puede no haber sido prevista en la ley nacional y surgir de la propia competencia legislativa del Estado particular; en este caso se da alguna vez una adhesión que no es válida, porque pretende dotar a la Administración provincial de competencias que sólo la Administración federal ha podido organizar para ella: por ejemplo, un régimen privilegiado de demandas contra el Estado.

d) Régimen de coordinación instituido por acuerdo entre dos o más provincias o el gobierno federal y una provincia con adhesión de otras. En estas hipótesis su naturaleza es la de un tratado interprovincial si hay regulación de intereses comunes y debe darse conocimiento al Congreso Federal.

Como se advierte los casos a) y d) están comprendidos dentro de nuestro concepto de tratado interprovincial. El caso b) de la ley-convenio, puede producir resultados idénticos, pero no hay por qué forzar la nomenclatura y llamarle tratado, cuando su origen es puramente legal.

### *La formación de los tratados interprovinciales*

Si nos preguntamos sobre la formación de los tratados interprovinciales, podemos generalizar algunas pautas.

La primera es que el efecto de demostración de estos convenios interjurisdiccionales ha sido evidente. Ha crecido una "affectio societatis" en el Estado federal argentino que se proyecta como "affectio pactorum...".

La *segunda* es que, aunque los protagonistas de la negociación son múltiples y lo son también las iniciativas, en algunas áreas se puede identificar una función decisiva de la administración central. Y debemos alegrarnos de que así sea, mientras una actitud sistemática de liderazgo no compartido no genere dependencia.

Por ejemplo en la constitución de los comités de cuencas hídricas, a lo menos nueve, la influencia nacional ha sido útil. La administración central tiene más concentración de técnicas y capital, de experiencia y de jurisdicción; puede percibir el problema sin la limitación de la frontera interior.

La *tercera* pauta se refiere a convenios internacionales que se conectan con intereses o acuerdos interprovinciales e intermunicipales. Es fácil que en los grandes emprendimientos del Paraná se den regulaciones que afecten estos niveles internos. La formación del tratado internacional debe respetarlos, concertarlos. Si esos intereses ya habían suscitado convenios interjurisdiccionales internos no puede dejárselos de lado por razón de supremacía, pues normalmente recaerán sobre competencia provincial o municipal. El tratado internacional será pues la pirámide que se levante sobre los cimientos previos, simultáneos o posteriores de la concertación interna en cada país.

El profesor Jesús Luis Abad ha descrito estos métodos de formación bifronte del convenio internacional —hacia adentro y hacia afuera— sin olvidar las experiencias del derecho comparado, como los casos de Baden-Baden y el Danubio.

Sus reflexiones coinciden con lo que habíamos escrito en *Introducción al derecho público provincial* (p. 186): "La necesidad de una política hídrica nacional indica como única vía posible para determinar prioridades, modalidades operativas y superación de conflictos, un nivel de concertación entre la Nación y las provincias, tanto general como sectorial. Las provincias ribereñas tienen un derecho propio a intervenir dentro del sector nacional que opera sobre las cuencas internacionales; su derecho no recae sobre la negociación internacional de la República, que es indivisible y

competencia exclusiva del gobierno federal, pero sí en el condicionamiento previo de materias que son de su competencia, a saber: usos industriales mineros, pecuarios y recreativos, abastecimientos doméstico y municipal, irrigación, control de las inundaciones, de la sedimentación, de la erosión, etcétera”.

Concordantemente, el Tratado de Yacyretá —según recuerda Abad— dice en su art. 18: “Las altas partes contratantes a través de los protocolos adicionales y/o de actos unilaterales circunscriptos a las áreas de sus respectivas soberanías, adoptarán las medidas necesarias para el cumplimiento del presente tratado, especialmente aquellas que tengan relación con aspectos: a) diplomáticos y consulares; b) administrativos, económicos y técnicos; c) fiscales y aduaneros; d) urbanos y de vivienda; e) trabajo y seguridad social; f) tránsito a través de la frontera internacional; g) policía y seguridad; h) control de acceso a las áreas; i) pesca y conservación de los recursos ictícolas y de turismo”. Muchas de estas materias son de competencia provincial o concurrente.

La *cuarta* pauta es un corrolato de la anterior: la detección de los intereses comunes a regular y la identificación de su titular. Es el presupuesto de la negociación previa. Es lo que hemos hecho antes de ahora para un sistema de competencias en derecho ambiental. Es la desagregación de las competencias y la búsqueda del órgano originario de aplicación para imaginar la estructura concertada que se considera mejor. La autoridad local es el órgano normal de aplicación, pero como este último tiende a especializarse, se produce la delegación de facultades. Siempre en materia de ambiente, hay a lo menos dieciséis factores deteriorantes, hay cuatro órganos especializados de aplicación clásicos, hay nueve medios de desarrollo ambiental experimentados y hay seis hipótesis más comunes de ámbito e influencia interjurisdiccional. Con este catálogo, sólo queremos significar la riqueza potencial de acuerdos interjurisdiccionales que derivan de la preservación del ecosistema.

En la concertación, la titularidad no es lineal; queremos decir que pueden modificarse las consecuencias jurídi-

cas y reconocerse efectos y poderes a quienes originariamente no los tenían. Así ocurre en el convenio del 2-10-81 por el que se crea la Comisión Regional del Río Bermejo (CORBE), "para la dirección del aprovechamiento racional y múltiple de los recursos hídricos del Río Bermejo". Y bien: del tratado y del ente interjurisdiccional son parte Santa Fe y Santiago del Estero que no son ribereñas del Bermejo y, por tanto, no tienen aguas propias de esa cuenca. Su integración es programática: está ligada al desarrollo futuro por el canal que uniría el Bermejo con el río Paraná por dichas provincias.

Esta calidad de provincias de un mismo Estado, con expectativas sobre un desarrollo futuro, legitima su integración, por otra parte opinable. Señalo que, de todos modos, plantea dos interrogantes ligados al tratado, de que nos hemos ocupado hace poco y que no renovaremos aquí.

—El valor del voto de las provincias sin aguas propias cuando decide sobre el aprovechamiento de los recursos hídricos como tal; y

—la inmunidad ante lesiones al derecho de dominio de las aguas.

La identificación del titular de la competencia no es siempre fácil. La institucionalización electroenergética, por ejemplo, encuentra enfrentadas las tesis de Agua y Energía de la Nación con la más afirmativa de las jurisdicciones locales sustentada por el Consejo Interministerial de Obras Públicas (CIMOP), del Comité Coordinador Permanente de Seminarios Electroenergéticos Nacionales, de la Federación Argentina de Cooperativas Eléctricas (FACE), de la Dirección de Energía de la Provincia de Buenos Aires (DFBA) y de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (FPEC). La Asociación de Entes Provinciales Electroenergéticos (ADEPE) ha editado este material en un volumen titulado *Organización institucional del sector electroenergético argentino* (I.a Plata, 1983).

Una quinta pauta es que, formado el tratado, su vigencia no suele tener norma expresa pero se considera liga-

da a la ratificación de las respectivas Legislaturas y del Congreso si la Nación fuere parte.

### *Enmienda, nulidad, terminación y suspensión.*

El silencio en la preceptiva interna sobre enmienda, nulidad, terminación y suspensión de los tratados interprovinciales es lo habitual. Alguna vez se prevé expresamente que la duración se asegura hasta la consecución del objetivo (Convenio de la Comisión Regional del Río Bermejo, COREBE). Este plazo funcional subyace en muchos casos.

Pero los cuatro temas planteados readquieren decisivo interés recién cuando se da la hipótesis de discontinuidad. Por eso nos ha parecido oportuno interrogar a un experto para esclarecerlos desde el derecho de los tratados internacionales.

El profesor Ernesto Rey Caro ha colaborado a nuestro pedido este informe.

Aunque el derecho interno y el derecho internacional poseen diferentes esferas de validez personal y material, es posible constatar que las instituciones del primero han influido notoriamente las del segundo, especialmente en la primigenia formulación del derecho de gentes, a tal punto que la doctrina "clásica" generalmente sistematizaba el contenido del derecho internacional público siguiendo la metodología del derecho privado. Así, v. gr., al derecho de las obligaciones contractuales se asimilaba el derecho de los tratados internacionales.

Pero no siempre esta influencia se manifestó en una misma dirección, sino que en no pocas áreas, ha sido el derecho internacional el que ha proporcionado principios y normas que han sido aptas para regular instituciones y situaciones del derecho interno. Esta circunstancia se ha manifestado aun más en los Estados con regímenes federales de gobierno en los que las unidades políticas —provincias, estados, cantones, regiones, etc.—, se han reservado ciertas competencias al margen de las transferidas al gobierno central. Algunos actos jurídicos celebrados entre estas unidades



políticas —en nuestro caso, las provincias—, sea entre ellas o con el gobierno central, guardan mucha semejanza con los actos jurídicos concertados entre Estados. Es el caso de los acuerdos o tratados interprovinciales o de aquéllos celebrados entre las provincias y la Nación.

En otra esfera, el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos entre las provincias —v. gr., los ríos y cuencas hidrográficas o depósitos de hidrocarburos—, también generan conflictos en cuanto a su aprovechamiento, que pueden resolverse recurriendo a la normativa vigente o aplicable en hipótesis similares en el orden internacional. Es bien conocido el hecho de que la doctrina y los jueces internacionales han recurrido con frecuencia a las normas y principios del Derecho interno para proponer soluciones en los conflictos entre los Estados corribereños de ríos internacionales y viceversa.

En el tema de los acuerdos, existe una gran similitud, al menos formal, entre los tratados interprovinciales o los concertados entre las provincias y la Nación con los convenios internacionales stricto sensu, en particular en lo referente al régimen de las negociaciones, adopción del texto, firma, aprobación por los órganos de control constitucionales, entrada en vigor, enmienda y modificaciones, etc. No obstante, los estudiosos señalan en los primeros, notorias falencias en algunos aspectos tales como causales de nulidad y régimen de terminación y suspensión de los acuerdos y solución de controversias, ya que son pocos los instrumentos que establecen normas en esta materia, sin perjuicio también de la ausencia de normas expresas del Derecho público constitucional o provincial para ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales en caso de conflictos.

En el ordenamiento jurídico internacional, el régimen de los tratados o convenios ha experimentado en los últimos años un extraordinario desarrollo, habiéndose suscripto la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados (Adia, XXXII-D, 6412), aplicable únicamente a los acuerdos concertados entre Estados y por escrito y encontrándose en la actualidad en una etapa muy avanzada la labor

de la Comisión de Derecho Internacional, para concretar un proyecto de convención aplicable a los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales y entre organizaciones internacionales entre sí.

Nos preguntamos si las estipulaciones de la Convención de Viena citada, pueden servir de modelo o inspirar la regulación de algunos aspectos o llenar las lagunas que presenta el Derecho Federal.

El examen de los dispositivos de la mencionada Convención referidos a la materia en que el derecho federal carece de normatividad expresa, ofrece muchos elementos de interés, aunque es necesario destacar que no todos pueden ser aplicables a la regulación jurídica de los tratados interprovinciales y que la normatividad internacional aplicable a los tratados no se agota en la citada convención, que tiene un ámbito de validez personal restringida en razón de que no todos los Estados son partes en la misma, sino que se nutre también en el Derecho internacional consuetudinario.

Pero en efecto, los arts. 39 a 60 son aplicables con alguna excepción y también los arts. 62, 64 a 66 y 69 a 72.

## LOS ENTES INTERJURISDICCIONALES

*La unidad interjurisdiccional.* Un tratado de derecho procesal —p. ej. para simplificación de trámite de mandamientos— no crea un ente específico. Pero la mayor parte de los convenios interjurisdiccionales sí. La premisa es que “el desarrollo de los recursos naturales debe ser gobernado por la unidad de la naturaleza misma”. De la dispersión volvemos a la unidad cuando es necesaria. Del análisis de las partes a la manera cartesiana, retornamos al sistema. Esa marcha a la unidad tiene muchas vertientes pero su horizonte no es una nueva concentración en el vértice. Al contrario, es una concentración alrededor de un centro de interés descentralizado del vértice.

Es aconsejable leer el conocido libro de David E. Lilienthal, *El valle del Tennessee. La obra de un pueblo* (Buenos

Aires, Sudamericana, 1967) para compenetrarse de las razones profundas y prácticas, teóricas y empíricas, que atribuyen a un ente interjurisdiccional el manejo de los recursos. Por otra parte, es literatura estimulante, digna de divulgación. Allí podemos encontrar respuesta a muchos interrogantes: ¿qué hay de la experiencia descentralizadora? (p. 15); ¿el ente no menoscaba a los gobiernos estatales y municipales? (p. 13); ¿falta de integración de esfuerzos? (p. 17); ¿el río como unidad? (p. 19); ¿criterios de unificación? (ps. 95/97); ¿propósito común, intereses en conflicto, equipo interdisciplinario? (ps. 103/5); el gran ciclo de la naturaleza (ps. 112/3), etcétera.

La integración productora de energía eléctrica más grande del mundo es el logro del ente, pero ofrece el cuadro de una empresa conjunta del Gobierno federal y cientos de comunidades locales en siete Estados y energía asegurada para más de cinco millones de personas (p. 180).

Esta remisión a una empresa intergubernamental universalmente conocida, no excluye muchas otras de la actualidad, pero el derecho comparado es ajeno a nuestro informe.

*Los entes en la Argentina.* Es probable que no haya habido modelo previo para la creación de los entes interjurisdiccionales en la Argentina. Nacían conformados por la realidad y sus elementos, sin previsión de variables menos frecuentes. Identificado el objetivo y las partes, se perfilaba el ente, su patrimonio, su organización, sus cursos de acción fundamentales. Nacían para regular y desarrollar el recurso agua, o como corporaciones de fomento o desarrollo, pero siempre como corporaciones públicas interestatales, comúnmente regionales. A veces una de las partes era insólita, aunque legitimada, como el representante de la Universidad Nacional de Tucumán en el "Yacimiento Minero Agua de Dionisio" en la provincia de Catamarca; a veces aparecía un instituto original como la expropiación diferida en el "Cinturón Ecológico Sociedad del Estado", que puede consultarse para apreciar el íter de un tratado así en el libro de Guillermo Domingo Laura, *El cinturón ecológico* (Buenos Aires, Cid, 1979).

Sin perjuicio de los aportes enriquecedores del derecho comparado, estos entes pueden estudiarse desde una bibliografía argentina sobre federalismo, municipio, derecho administrativo económico, administración territorial, funcionamiento administrativo de órganos colegiados, y tratados de dominio público.

El dinamismo de los intereses sectoriales debe ser superado por el objetivo común: reconocer la unidad, como en el canto de Francis, poeta inglés:

“Por un poder inmortal cercano o lejano, todas las cosas, ocultamente, una a la otra tan unidas están, que es imposible tocar una flor sin que se estremezca una estrella.”

### ALGUNAS CONCLUSIONES

1. El ejercicio del poder en el Estado federal depende de la asignación de funciones que define la constitución, y modifica el comportamiento del sector público.

2. Los convenios interjurisdiccionales son el instrumento normativo más rico de reasignación de funciones para conformarlas a magnitudes mayores o lograr la integración de competencias.

3. El convenio interjurisdiccional es el instrumento sistémico que concilia la unidad en la diversidad, que reabsorbe los errores de asignación de competencias, que actualiza los objetivos y medios operativos en las acciones de gobierno.

4. La práctica de los convenios interjurisdiccionales tiende a crear un sistema modular de relaciones en la sociedad y el poder superando el inmovilismo normativo fundamental.

5. La división vertical del poder del federalismo dentro de hábitos de concertación razonables conserva todas sus ventajas en cuanto posibilita la coexistencia de centros de poder y subsana el ejercicio aislado o competitivo de sus competencias.

6. El convenio interjurisdiccional expresa paradigmáticamente dos caracteres de todo sistema: la interrelación de las competencias, no obstante su diferente asignación y la falta de subordinación o ausencia de tutela del poder central, ya que no están sometidos a la aprobación del Congreso sino sólo a su conocimiento.



## LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO

*Académico doctor Roberto Martínez Ruiz*

El tema de la jurisprudencia como fuente de derecho tiene no sólo un interés teórico para el debate en los cursos de teoría general, sino una trascendencia de mayor profundidad porque su desarrollo importa tomar partido concreto en relación, por un lado, con uno de los pilares fundamentales del régimen republicano, cual es el principio de división de las funciones del poder de gobierno y, por otra parte, las conclusiones que se admitan, si no son las correctas, pueden comprometer un valor esencial en el estado de derecho, la seguridad jurídica.

No parece posible prescindir de una referencia previa a la clásica distinción entre fuentes formales y materiales, para desarrollar este asunto que me propongo exponer. Pese a las dificultades teóricas que esta clasificación suscita, no puede eludirse su mención y definir también la ubicación que corresponde acordar a la jurisprudencia. Por mi parte, defino a las fuentes formales como las que crean normas de conducta jurídica, previstas en la distribución de facultades de los poderes de gobierno. En el esquema teórico que engarza en este concepto, deben computarse: la ley, conforme a lo normado en la Constitución Nacional y normas derivadas de ella, en alguna medida la jurisprudencia a la que la ley acuerda obligatoriedad, caso de determinados fallos plena-

rios en la Capital Federal y casación provincial y por último la costumbre *secundum lege*, prevista como fuente en la ley, aunque de hecho tenga un sino de efimeridad, pues una vez aceptada como jurígena una determinada costumbre, por los fallos judiciales, éstos la desplazan y son los que formalizan la validez y exigibilidad de la costumbre, como norma vigente.

Pero con relación precisa a la jurisprudencia como fuente de derecho, estamos ante una cuestión polémica en que los juristas no han llegado a un acuerdo pacífico.

En efecto, el meollo del tema está en aceptar o desestimar si los jueces pueden crear derecho, y a nadie escapa que la posición que se adopte puede llegar a comprometer la seguridad jurídica.

Dentro de la posición rigurosamente liberal no se concibe que la jurisprudencia sea jurígena. Sebastián Soler, en su *Interpretación de la ley* (pág. 158), con la lucidez y brillo de todas sus obras, sostiene esta posición, ya que entiende que el jurista debe hallar la solución del caso en los elementos preexistentes de la ley. Por eso solía decir: el Juez no crea derecho, el Juez sabe derecho. En cambio, por ejemplo, Luis Recasens Siches en su *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (cap. V), expone la tesis divergente a que adhirió entre nosotros Carlos Cossio sosteniendo la opinión afirmativa respecto de la función creadora del juez, desarrollando las consecuencias del criterio de Kelsen acerca de la individualización de las normas jurídicas por la sentencia judicial (Cossio, C., *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, 1944, p. 43 y *El Derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, 1945, p. 51 y siguientes).

No es fácil, sin embargo, rebatir la objeción que puede hacerse en el sentido de que aun en el caso de los fallos plenarios, o sentencias de casación, la obligatoriedad de las doctrinas que sientan no puede entenderse que resulte de los pronunciamientos en sí, ya que éstos al formular la interpretación que deciden no están en definitiva haciendo otra



es la que hoy rige, la venta como libre de un automotor gravado con prenda es delito.

Con relación pues al tema que me ha tocado abordar, estimo que debe reconocerse a la jurisprudencia el carácter de fuente formal, como principio de excepción, que se da cuando debemos reconocer la estabilidad que alcanzan los actos jurídicos cumplidos con acatamiento de las normas interpretativas de los tribunales, a los que la ley impone obligatoriedad. No es jurisprudencia el mero precedente invocado, ni siquiera, en principio, cualquier sentencia de un tribunal superior. En tal sentido podemos decir que cuando la Corte Suprema se ha pronunciado por la fuerza de estabilidad de los actos jurídicos otorgados durante la vigencia de una determinada jurisprudencia, debemos entender que se limita en la Capital Federal a los fallos plenarios de las Cámaras, a que se referían las antiguas leyes 7079 y 12.330, y actualmente el art. 303 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación; en la Provincia de Buenos Aires, serían las sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, al conocer en grado de apelación en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, previsto en el art. 149, apart. 4º, inc. a) de la Constitución Provincial, y en la Provincia de Córdoba, serían los pronunciamientos del Tribunal Superior ejerciendo las atribuciones que le confiere el art. 132 de la Constitución de la Provincia.

Claro está que además de estos supuestos que deben considerarse excepcionales, para reconocer a ciertos fallos el carácter de fuente formal de derecho, no puede dejar de considerarse que además, los fallos de los jueces pueden gravitar como fuente material de derecho, cuando los precedentes, aunque no obligatorios, influyen para que la doctrina que en ellos se aplica se acepte en otros fallos, en razón de la autoridad del tribunal que decidió el precedente y la fuerza de convicción de sus fundamentos. Pero, claro está, en estos supuestos no llega a configurarse la fuerza de obligatoriedad que se da cuando se trata de los fallos que pueden encuadrarse como casos en que existe una verdadera fuente formal.

En tal sentido y como cuestión de especial interés cabe

expresar que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia presenta una ubicación opinable, en cuanto se trate de determinar si sus fallos son fuente formal o material de derecho. No sería lo primero, si nos atenemos con rigor al concepto que he expuesto en el sentido de que son fuentes formales las expresamente resultantes de las normas legales que atribuyen obligatoriedad a casos de excepción a que me he referido. Pero ocurre que aunque ni la Constitución ni ley expresa alguna determina la obligatoriedad de las doctrinas que consagra la Corte en sus pronunciamientos, ésta en muchas oportunidades ha decidido que lo resuelto en ellos debe acatarse por los tribunales inferiores tratándose de cuestiones constitucionales o federales, no de derecho común, salvo el aporte de nueva fundamentación con argumentos no contemplados en los precedentes y por ello puede concluirse que no es mera fuente material, sino que de hecho gravita como si lo fuera formalmente.

El académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, en un reciente trabajo publicado en el diario de la Revista "La Ley" del 6 de noviembre último, titulado "La jurisprudencia como fuente formal de derecho", sostiene que como principio una sentencia obligatoria, como lo sería la dictada en tribunal pleno por los tribunales ordinarios, o la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia Nacional que se impone uniformemente por la técnica del recurso extraordinario y por el valor moral de sus decisiones, no es fuente formal de derecho si se limita a interpretar una norma legal específica que preexista a su pronunciamiento, porque en tal caso sólo es el complemento de una fuente formal, que es la ley interpretada. Sólo existiría allí una doctrina jurisprudencial interpretativa. Sobre este punto, si bien es verdad que si el fallo se limita a formular la correcta interpretación de una ley preexistente es admisible sostener que la fuente formal estaría en dicha ley, habría que dejar a salvo que si además, como en los casos que he citado, se ha llegado a atribuir a la doctrina aplicada sólo una obligatoriedad para el futuro, pero no para los actos cumplidos precedentemente, no veo

cómo pueda negarse en esos casos carácter de fuente formal a la jurisprudencia obligatoria.

Pero además agrega el autor del trabajo que:

“Si se trata de una sentencia obligatoria individualizadora de una norma general, pero que contiene principios fundamentales que regulan su aplicación ‘ex novo’ aportando elementos sustanciales para la configuración de una categoría jurídica nueva, esa jurisprudencia es autónoma y creadora de derecho. Es fuente formal como norma general, imperativa, impersonal o abstracta. Es así doctrina jurisprudencial creadora de normas jurídicas como fuente de derecho y no meramente doctrina interpretativa”.

A este respecto creemos que si dichas sentencias obligatorias regulan su aplicación “ex novo”, podría admitirse el carácter de fuente formal tratándose de pronunciamientos de la Corte Suprema, pero no siempre de los tribunales plenarios de la Capital Federal o de sentencias de los Superiores Tribunales Provinciales ya que podrían llegar a ser objeto de descalificación, en los términos de la doctrina de arbitrariedad por la Corte.

Por otra parte, en el mismo trabajo sostiene el doctor Bustamante Alsina que, al admitir

“La Corte Suprema el recurso extraordinario por sentencia arbitraria, con fundamento en el resultado inícuo de la decisión judicial, está creando una nueva causal del recurso con el alcance de una fuente formal de derecho”.

En este punto discrepo con el distinguido autor del trabajo, pues pienso que si la Corte Suprema ha admitido excepcionalmente recursos por arbitrariedad en razón de la iniquidad de la ley, no ha hecho sino estimar que la norma implicada o la interpretación que se hizo de ella afectaba las garantías de la propiedad y defensa en juicio, sustentos

de la procedencia de la doctrina excepcional de la arbitrariedad, de donde en realidad la sentencia de la Corte Suprema sólo estaría haciendo prevalecer la fuente formal por excelencia, que es la Constitución Nacional.

Esto no implica desconocer el alto valor, la trascendencia que llega a tener de hecho la jurisprudencia en los casos en que sólo cabe reconocerle el carácter de fuente material, que ha llegado a privilegiar de manera superlativa Kelsen cuando en su *Compendio de la Teoría General del Estado* (traducción de L. Recasens Siches, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona), expresa:

“La norma general que vincula a una situación de hecho abstractamente determinada una consecuencia señalada en igual forma, necesita de individualización para poder lograr su verdadero sentido. Es preciso comprobar con certeza si se da concretamente el hecho previsto en abstracto por la norma general; y si es así, tiene que ser dictado, es decir, primero ordenado y luego realizado en concepto el acto coactivo que se halla también prescripto de un modo abstracto en la norma general. Tal es el papel que cumple la sentencia judicial, acto propio de la función llamada jurisdicción o poder judicial. Esta función en ningún modo tiene un carácter meramente declarativo —según parece dar a entender la palabra jurisdicción y según supone la teoría corriente— como si el derecho estuviera ya concluso en la ley, es decir, en la norma general, y sólo debiera ser expresado o hallado en el acto del tribunal: no es así: más bien la función llamada jurisdicción, es absolutamente constitutiva de derecho, es productora de derecho, en el propio sentido de la palabra”.

A este respecto, resulta de curioso interés que este concepto de Kelsen, lejos de ser novedoso, tiene un precedente de siglos de antigüedad en Santo Tomás de Aquino, que en la *Suma de Teología* (parte II, Tratado de la Justicia cuestión 67, art. 2, Edic. de Biblioteca de Autores Cristianos,

t. VIII, p. 520, Madrid, 1959), expone una explicación sobre el carácter de la norma individual que anticipa una coincidencia notable con la opinión que he citado de Kelsen. Dice allí Santo Tomás: "La sentencia del Juez es como cierta ley particular dictada en atención a un hecho particular, y por tanto, así como la ley general debe tener fuerza coactiva, conforme dice Aristóteles, también la sentencia del Juez debe tener la misma fuerza coactiva, por la que ambas partes sean constreñidas a su observancia".

La opinión de Kelsen no ha sido sin embargo recibida pacíficamente pues aunque nada autoriza a pensar que pretenda dar una libertad al Juez para crear el derecho por su solo arbitrio, su enseñanza se ha visto con alarma si se la interpretara con semejante extensión. La correcta doctrina, para evitar que se llegue a ello, está hoy resguardada por nuestra Corte Suprema de Justicia, que en los últimos años ha desarrollado la doctrina de la arbitrariedad descalificante de los fallos, que por primera vez aparece en 1909, en que la Corte, en sentencia que lleva la firma del juez Bermejo ("Fallos", t. 112, p. 386), dijo:

"El requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recurso ante esta Corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces".

O sea que la jurisprudencia podrá optar al aplicar la ley por la interpretación que su texto admite dentro de márgenes, a veces elásticos, otras estrictos, pero no puede desbordar de ellos.

Pero, aun sin llegar al exceso extremo de la creación judicial "ex nihilo" de las normas, el margen de apreciación de los jueces es muy amplio y la seguridad jurídica puede llegar a verse comprometida.

Sólo puede ser un dique de contención la buena formación del juez, que en primer lugar no debe apartarse de lo

que la ley dispone. Sólo excepcionalmente, dice Orgaz ("Las palabras de la ley", en "La Ley", t. 154, p. 1022):

"el sentido literal debe ser rectificado por el intérprete. Prescindiendo del supuesto de simples defectos materiales, que no ofrece ninguna dificultad, el texto de una disposición, confrontando con los de otros no discutidos, puede revelar que la voluntad del legislador está expresada incorrectamente, con exceso o con defecto: la letra ha ido más allá, o se ha quedado más acá de esa voluntad. Son las hipótesis de la interpretación restrictiva y extensiva respectivamente. Es obvio, sin embargo, que el juicio sobre la disconformidad entre la voluntad y su expresión, no depende de las "preferencias" personales del intérprete con respecto a la solución teóricamente 'deseable', sino de la comprobación objetiva resultante de los propios elementos del sistema legal".

En tal sentido el paradigma de exceso, y por tanto de arbitrariedad se dio en el caso que registra la colección de "Fallos", 234, 82, al dejar sin efecto un pronunciamiento del Tribunal de Trabajo de San Juan del 22 de julio de 1955 en el que se hizo lugar a una demanda laboral, condenando al empleador a abonar compensaciones muy superiores a las previstas por las leyes de trabajo, expresando el tribunal que dictó el fallo, que al efecto procedió según métodos "que se basan en la observación inmediata de la realidad social", que condicionan la ley a los factores contingentes de la convivencia humana, agregando la sentencia apelada que no existe razón para negar a los magistrados "facultades para crear en determinados casos la norma legal", habiendo, en consecuencia, fallado "en virtud de interpretación y aplicación de normas positivas y principios incuestionables". La Corte Suprema, por cierto, revocó ese pronunciamiento expresando:

"Ha afirmado esta Corte desde antiguo («Fallos», t. 178, p. 355 y otros) que es principio del ordenamiento jurídico que rige en la República que tanto la orga-

nización social como política y económica del país reposan en la ley. Y si bien la exégesis de esta expresión no ha de caracterizarla como un concepto exclusivamente formal, no lo es menos que debe estimarla como excluyente de la creación de la norma legal, por parte de los órganos específicos de su aplicación, como son, en ejercicio de su jurisdicción, los magistrados judiciales.”

Pero aun ajustándonos a estas pautas que limitan el margen de facultades de los jueces a la aplicación sólo de las interpretaciones que el texto legal razonablemente admite, no podrá negarse la trascendencia que importa gravísima responsabilidad de los jueces, de ejercer su jurisdicción con sujeción a la pauta insustituible y permanente del imperio de la ley. Por eso, no sin razón se refiere que Woodrow Wilson decía que la Suprema Corte de Estados Unidos es una especie de Convención Constituyente en sesión permanente y que Bryce la consideraba la voz viviente de la Constitución. A su vez se atribuye a Charles E. Hughes, eminente ex presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos que siendo gobernador de Nueva York, descontento con un fallo del Superior tribunal federal, afirmaba que “la Constitución es la Ley suprema, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”. Esa expresión no obstante ser peyorativa, importa una observación de la realidad, y sólo puede cubrirnos del riesgo de inseguridad a que puede llevar la interpretación judicial sin la adecuada preparación cultural y jurídica de quienes tienen el inmenso honor de recibir de los poderes del Estado la facultad de administrar justicia y que sólo pueden ostentar quienes tienen profunda fe en las instituciones republicanas y en el derecho, como ordenamiento de paz, orden y seguridad.





## LA CIENCIA NATURAL COMO "FUENTE DE DERECHO"

*Académico doctor Olsen A. Ghirardi*

*Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales  
de Córdoba*

1. — La expresión *fuerza de derecho* es un término compuesto innegablemente *polivoco*. Yo diría que lo es por partida doble, ya que, al ser compuesto, tiene tal característica en sus dos extremos, tanto en el vocablo *fuerza* cuanto en el de *derecho*.

Los juristas y los iusfilósofos han concedido, sin embargo, no pocas meditaciones al tema, lo cual nos dice de su importancia<sup>1</sup>. Por eso, pareciera imprescindible preci-

<sup>1</sup> El Anuario de *Filosofía Jurídica y Social*, de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, sección Teoría General, ha consagrado el año 1984 a "La Noción de «Fuente de Derecho»". Buenos Aires, Abelardo-Perrot, año 1984, impreso en 1985. Pueden leerse, especialmente, en el aspecto que aquí interesa, los artículos de Martín Laclau, Enrique Zuleta Pucciro y Julio C. Cueto Rúa.

Para un panorama general, puede verse el artículo de Juan Carlos Smith, al estudiar la expresión de que se trata, en *Enciclopedia Jurídica Orbea*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960, tomo XII, págs. 750/760. En todos los casos hay abundante bibliografía citada.

No ignoro tampoco que el tema es analizado por muchos civilistas y, en algunos casos, desde una perspectiva que escapa a la vieja distinción entre fuentes materiales y fuentes formales y a la antigua clasificación que distinguía entre las fuentes del derecho a la costumbre, la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

M. ALLARA en *Le Nozioni Fondamentali del Diritto Civile* (Torino, Giapichelli, 5ª ed., 1958, vol. I, pág. 65), por ejemplo, realiza una dura crítica a la doctrina de las fuentes del derecho al aseverar que no denota claridad de conceptos. Añade que si la ley es definida como una norma jurídica y se dice que ella es fuente de derecho, se viene a decir, en suma, que "la norma es fuente de

sar —antes de proseguir— en alguna medida, el significado que se le asigna en este breve trabajo. Ello evitará equívocos.

Si se dijera que la fuente original del derecho es la persona humana, pienso que explicitaría una idea fácilmente aceptable, pero ella, en sí misma, no añadiría muchas precisiones. En verdad, con el vocablo *fuentes* se alude a un principio, a un fundamento de algo, que, en nuestro caso, es el derecho, y, naturalmente, cuando aquí hablo de derecho me refiero al derecho positivo.

La clásica concepción de las fuentes del derecho permitía remitir a la costumbre, la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Todo ello, en sentido lato, ya es derecho, por lo cual esto no añade nada a lo que se quiere explicar. No obstante, por inercia intelectual, se repitieron las mismas fórmulas durante mucho tiempo.

Lo que se quiere señalar con el término *fuentes* es, más bien, aquello que da origen a algo y que, como se acaba de decir, es también su fundamento y su principio. Y yo me pregunto: ¿qué es aquello que, en un momento histórico determinado, me hace sentir la necesidad, como ciudadano, de que se sancione tal norma de conducta como ley positiva? Pues, siempre se trata de la aparición de un problema, de su toma de conciencia como problema y de la necesidad de solucionarlo para que la sociedad logre el fin que corresponde según el caso.

La *fuentes*, el hontanar del cual mana el derecho, señala el nacimiento de una norma de derecho positivo. Hay un paso, entre lo que todavía no es, hacia lo que comienza a ser (derecho positivo). La conducta meramente potencial y en cierta medida hipotética, cobra actualidad y, con ello, positividad y obligatoriedad.

---

la norma", esto es, de sí misma, lo cual es una perogrullada. El citado autor, fulmina, por último, con su anatema la vieja teoría al expresar que la noción "fuente del derecho" se refiere a un fenómeno distinto de la norma jurídica y respecto del cual aquél le es lógica y cronológicamente precedente. Por eso, "fuente" significa *el modo con el cual la norma se determina*. Viene luego la teoría propia: "Pertanto noi sostituimo al concetto tradizionale di «fonte del diritto» i due concetti così indicati: a) *vicenda della norma giuridica*; b) *causa di tale vicenda*". De ahí en adelante desarrolla su teoría (págs. 67 y sgts.).

2. — No sería una novedad decir que la Sociología es una fuente, si no inmediata, al menos mediata, de derecho, en el sentido en que aquí empleo la expresión. Pero, quizá resultaría menos usual afirmar de pronto que las ciencias naturales también lo son y cada vez en mayor grado. Al tema dedicaré las reflexiones que seguirán.

Plantearé el problema como hipótesis y luego se verá si existen circunstancias que lo hacen realmente actual. Creo que, en breves palabras, se podría expresar de esta manera: "Si la ciencia natural descubriese que la especie humana sólo puede sobrevivir en un ambiente con determinadas características, ¿se sigue de ahí, necesariamente, que la sociedad debería dictar las normas jurídicas indispensables para lograrlas y mantenerlas?" Y, si esto es así, "las normas jurídicas aprobadas, ¿serían aun libremente elegidas por el hombre, o ellas *se impondrían* ineludiblemente a la humanidad por la propia naturaleza?" Dicho de otro modo, en este último caso, "¿imperan aun los valores en la aprobación de las normas jurídicas o ellas se nos imponen como las leyes naturales?"

3. — Planteadas así las cuestiones, alguien podría decirme que formulo problemas teóricos, que no hallan asidero alguno al contemplar la realidad del derecho positivo. Veamos si ello es realmente así.

A pesar de que, si bien se mira, nada de esto es demasiado nuevo, es dable advertir, sobre todo en la segunda parte de este siglo, que existe cada vez una mayor preocupación por los problemas que la ciencia natural plantea en su avance. Se ha descubierto que la actividad del hombre puede poner en peligro la existencia misma de la especie humana y esto en muchos sentidos.

Por una parte, la humanidad puede ser objeto de manipulaciones biológicas hasta un grado tal que se podría mejorar y transformar la especie humana. ¿Cuáles serían los *límites* de esas transformaciones? Un curso de post-grado, dictado al comenzar esta década en la Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham (Nueva York) desarrolló el tema "La Ciencia del Derecho en un Mundo Cambiante"

y trató específicamente, entre otros, el tópico de "Las nuevas dimensiones y las nuevas fronteras de las manipulaciones biológicas de la población" y la "Protección de las formas no humanas de vida" <sup>2</sup>. Precisamente, ello implicaba un gran debate sobre los límites de las manipulaciones biológicas y los derechos humanos. La robotización del hombre no es una fantasía ante la posibilidad de poder determinar la duración de la vida de cada especie y la producción de seres extra-humanos, pues la ingeniería molecular y celular podría programar diferentes tipos de hombres: filósofos, científicos, políticos, artistas, operarios, etc. <sup>3</sup>.

4. — Pero no es un horizonte tan amplio en el cual quiero yo moverme, pues prefiero circunscribir la cuestión a terrenos más limitados. Hay una ciencia natural que ha tomado gran desarrollo en nuestro tiempo y que se ha denominado *Ecología* (oikos = habitat) y es la ciencia de las relaciones de los seres vivos con su ambiente. Se ha dicho que el primero que en la época moderna trató temas de este tipo fue el alemán Ernesto Haeckel. La idea importante es la exploración científica que hace de la Ecología una ciencia que ayuda a la humanidad en cuanto ésta tiene necesarias relaciones con el universo, dando impulso a un paradigma que tiene mucho que ver con la concepción griega del hombre. En todo caso, la Ecología de hoy ve un orden en la naturaleza del cual se derivan normas valiosas para el hombre que hacen a sus necesidades básicas primero, como la alimentación, pero luego implican también consecuencias en el aspecto sanitario, de la educación y del desarrollo orgánico de la comunidad social y política <sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. *Jurisprudence in the changing world. Biological manipulation of population*. New York, Fordham University, The School of Law, 1980-81.

<sup>3</sup> En el diario "La Nación" del domingo 29 de septiembre de 1985, puede leerse un buen esquema de estos problemas planteados por Víctor Massuh con el título de "Enigmas filosóficos en terrenos de la ciencia actual".

<sup>4</sup> K. LORENZ, en *Los ocho pecados mortales de la humanidad civilizada*, Barcelona, Plaza y Janés, 1975, dice: "La ecología del hombre se transforma muchas veces más aprisa que la de cualquier otro ser". Pero antes había dicho: "Hoy día goza de gran divulgación la creencia errónea de que «la Naturaleza» es inagotable. Toda especie animal, vegetal o bacteriana —pues las tres clases pertenecen

El premio Nobel de Medicina de 1978, Konrad Lorenz, ha diagnosticado científicamente los ocho procesos que conducen al ocaso de la civilización y al de la humanidad como especie. Ellos son: la superpoblación de la tierra, la devastación del espacio vital natural, el competitivo desarrollo tecnológico, el enervamiento de los sentimientos y afectos, la decadencia genética, el quebrantamiento de la tradición, la formación indoctrinada de la humanidad y las armas nucleares <sup>5</sup>.

En buen romance, una disciplina científica natural nos está diciendo que el hombre actual como especie se comporta como *prodigus nocendi* con la propia Naturaleza que le sirve de *habitat*. Se ha podido decir que "el hombre está en peligro de ahogarse en su propia basura de materia inorgánica. En las comunidades naturales no existen desperdicios porque todos los organismos vivos se transforman en desechos que constituyen la base de la vida y recursos naturales del futuro. Es un sistema perpetuo de vida y muerte, muerte y vida. En realidad nada se destruye. El hombre moderno ha alterado este sencillo pero extraordinariamente complejo ciclo de la vida en un sistema contaminado que constituye un peligro para el bienestar humano. La contaminación ambiental creciente, producida por el hombre, está creando cánceres en los sistemas vitales de la Tierra" <sup>6</sup>.

---

al engranaje— se adapta a su medio ambiente, y, desde luego, no sólo integran este medio ambiente los componentes inorgánicos de una localidad determinada, sino también todos sus restantes moradores. Así, pues, todos los seres de un espacio vital se adaptan igualmente *entre sí*" (págs. 25/28).

<sup>5</sup> *Ibid.*, págs. 116/118.

<sup>6</sup> K. CURRY-LINDAHL, *Conservar para sobrevivir (una estrategia ecológica)*, México, Diana, 1947, pág. 5. Otros conceptos que el autor desarrolla son también dignos de ser citados, como por ejemplo: "El hombre ha ocasionado una crisis en la Tierra al destruir los ambientes vivos. Esta crisis no sólo afecta al aire, al agua, al suelo, a las plantas y a los animales, sino también al hombre mismo. Resulta una paradoja que la especie más inteligente del mundo se comporte a menudo como la más necia. Ninguna especie, excepto el hombre y sus animales domésticos, destruye el ambiente del que depende". "... tendríamos que vivir en una forma verdaderamente normal para nuestra especie. No podremos lograr este objetivo si olvidamos que somos también organismos biológicos dependientes del ambiente natural". "La manipulación humana de los ambientes casi siempre acaba en un empobrecimiento de los *habitats* y de las especies"

Las conclusiones de la Ecología, auxiliada por diversas disciplinas que aportan datos con matemática precisión, conducen a despertar en el hombre *conciencia de un problema* que lo coloca frente a un dilema total: vida o muerte. Ya no se trata de la vida de un ciudadano aislado. Nos encontramos frecuentemente con grupos humanos que padecen los efectos de la contaminación con riesgo de su vida y de su salud y, en casos extremos, ocurren verdaderas catástrofes <sup>7</sup>.

5. — Lo que me parece más importante en la Ecología es el toque de atención, es la toma de conciencia de un peligro que entraña la acción del hombre, acción que se había realizado hasta aquí de manera incontrolada.

El hombre es tal porque se sabe hombre y se sabe racional y puede conocer. Ha aprendido que el principio material que lo constituye, consustanciado con el principio espiritual, ha significado no descuidar la base regida por las leyes naturales que le son comunes con los otros seres naturales. Hay algo que es propio y común con el mundo natural y hay algo que se hace propio del hombre. Hay algo que ya está en la naturaleza cuando el hombre adviene; y hay algo nuevo que aparece con el hombre. La labor -cocreadora del hombre es una consecuencia de esa novedad. Y el ser consciente de esos dos mundos implica una forma evolucionada de vida civilizada. La vida espiritual significa también una humanización de la naturaleza, fruto de la acción humana, acción que, en nuestro mundo, se da en dos planos: natural y social. Con la acción desplegada en el primero se produce la *segunda naturaleza*, que es el entorno del hom-

---

(pág. 5). "...la conducta del hombre y su uso del medio ha culminado en una gran crisis ecológica" (pág. 7). "La relación armoniosa con la tierra es más intrincada y de mayores consecuencias para la civilización de lo que perciben los historiadores de su progreso. La civilización no es —como muchas veces asumen— la esclavización de una tierra inmutable y constante. Es un estado de cooperación mutua e independiente entre los animales humanos, otros animales, plantas y suelos, que puede interrumpirse en cualquier momento si fracasa uno de ellos" (pág. 20).

<sup>7</sup> Cfr. COMMOVER, B. y V. BETTINI, *Ecología e lotte sociali*, Milano, Feltrinelli, 1977 (2ª edición). El caso Icmesa y el caso Seveso, serían exponentes regionales de la acción dañosa del hombre.

cosa que enunciar lo que era el mandato del legislador, y no una creación de normas por tales fallos.

Sin embargo, es lo cierto que aun si aceptamos esta explicación para negar que los jueces puedan crear el derecho, existen supuestos en que sentencias judiciales han seguido criterios que sólo se explican si se reconoce a la jurisprudencia el carácter de fuente formal. Uno de ellos es lo que ocurrió en la Provincia de Buenos Aires, con motivo de un cambio de la jurisprudencia interpretativa de la aplicación de la ley 11.729 a obreros industriales. Sancionada esta ley en 1934, se abrió una divergencia en cuanto a los alcances de la obligación de los empleadores de indemnizar por los despidos del personal de la industria. En la Capital Federal se juzgó por jurisprudencia plenaria que los obreros industriales estaban amparados por la ley y tenían derecho a la indemnización, pero en cambio la Suprema Corte de Buenos Aires hasta 1947, entendía lo contrario ("La Ley", caso "Armandola c/Empresa de Aguas Corrientes", t. 4, p. 754; t. 9, p. 791), y cambió de jurisprudencia para ese entonces (en "Stump Kurt c/Diadema Argentina", "La Ley", t. 47, p. 183). Pues bien, a raíz de la nueva interpretación, obreros que habían sido despedidos y cobrado sin demanda judicial sus salarios hasta el fin de la relación laboral pero no habían reclamado la indemnización de despido, comenzaron a demandar, después de 1947, para que se les reconociera la indemnización. Pero la Corte Suprema de la Nación dijo que lo que se había pagado al liquidar la relación laboral, extrajudicialmente, conforme a las pautas de la jurisprudencia entonces vigente, o sea sin pagar indemnización de despido, amparaba el patrimonio del empleador, que no podía ser demandado por el cobro de dicha indemnización luego del cambio jurisprudencial (CSN, "La Ley", caso "Pesci, Luis c/The Patent Knitting Co.", t. 54, p. 351; y t. 55, p. 186, "Guarducci c/ Instituto Biológico").

Otro caso notable es el de un plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, de agosto de 1953. La jurisprudencia civil en dos fallos plenarios de marzo de 1932 ("J.A.", t. 37,

p. 1082, "Palacios de Cáceres c/Municipalidad de Buenos Aires") y de octubre de 1939 ("La Ley", t. 16, p. 306, "The River Plate Coal c/Municipalidad de Buenos Aires") sostenía que no era necesaria la protesta previa para repetir impuestos municipales, pero otro plenario del 1º de agosto de 1953, cambió la doctrina de los anteriores (en autos "Prego, Domingo c/ Municipalidad de la Capital", "La Ley", t. 71, p. 460 y "J.A.", 1955-I-217) y en él se decidió que la protesta previa era necesaria. Pero lo curioso es que se agregó que la nueva doctrina sólo sería aplicable a los pagos efectuados a partir de la fecha del plenario, criterio que importa admitir en ciertas situaciones al menos, una función jurígena a la jurisprudencia, o de integración del orden jurídico, que excede el marco preciso de individualización de las normas al caso resuelto.

En igual sentido resulta ilustrativo también, lo resuelto en un fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital recaído en el caso "Saffones" ("La Ley", t. 32, p. 495). La situación planteada fue la siguiente: Con sujeción a la doctrina de un fallo plenario de mayo 20 de 1919 ("J.A.", t. 3, p. 397, "Casa Merlo de Desein, sucesión"), el impuesto a la transmisión gratuita de bienes sobre créditos hipotecarios pagaderos en la Capital Federal, garantizados en inmuebles ubicados en provincia, debía abonarse en la Capital Federal. Años después, el 5 de octubre de 1936, *in re* "Campos Sobrido Guadalupe" (Rev. "La Ley", t. 4, p. 3), las Cámaras por nueva decisión plenaria modificaron la anterior doctrina y sostuvieron que el impuesto debía abonarse en el lugar de la ubicación del inmueble afectado al gravamen. Efectuados pagos de acuerdo al criterio del primer plenario, se intentó deducir la acción de repetición, después del segundo fallo, alegando el error de derecho incurrido y la falta de causa, demanda que no prosperó y ante fallos contradictorios las Cámaras Civiles reunidas en tribunal plenario en el citado caso "Saffones", decidieron que no procedía restituir el gravamen abonado en el lugar de pago del crédito en vez del de ubicación del bien, pues se sentó como doctrina que los actos jurídicos cumplidos y terminados bajo el imperio de



una jurisprudencia a la que se ajustaron, son inalterables; y si se rectifica dicha jurisprudencia, la nueva se debe aplicar a los actos jurídicos no concluidos bajo la anterior. Esto importa reconocer que el orden jurídico está expresado en la ley, pero tal cual ésta es interpretada, o sea que la jurisprudencia tiene función creadora de derecho positivo.

Este fallo plenario fue objeto de una nota crítica del doctor Federico Rayces, que consideró infundada la decisión que reconocía un carácter inconvencible a los actos jurídicos cumplidos bajo las pautas interpretativas de la jurisprudencia. Citó en su trabajo un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, el caso "Tidal Oil Company and Eleonor Arnold v/J. P. Flanagan" (263 U.S. 444; 68, Law Ed. 363), que se repitió en casos posteriores. Pero el análisis de ese pronunciamiento lleva a la conclusión que no es aplicable al tema, ya que no se refiere al alcance de los actos cumplidos y terminados con sujeción a una interpretación judicial. Allí se trataba de un litigante que en un caso dirimido ante un tribunal estadual, bajo el curso regular del procedimiento judicial, no obtuvo del mismo el reconocimiento de lo que pretendía, en razón de un cambio del criterio judicial sobre el punto. La Corte dijo que la revisión por el tribunal local de su anterior criterio jurisprudencial, no importaba la privación de la propiedad sin el "due process of Law". Se trataba, pues, de un litigio, pero no de la pretensión de revisar el efecto cumplido de un acto jurídico terminado. Mas bien sería oportuno recordar lo que Mircea Djuvara expresa en su trabajo "Droit naturel et droit positif" en el *Recueil d'Etudes sur les sources de droit en l'honneur de François Geny*, t. I, p. 245, donde dice "cuando una decisión jurisprudencial es considerada como formalmente obligatoria para las decisiones futuras, juega exactamente el rol de la ley".

Esta fuerza jurídica de los actos cumplidos al tiempo de vigencia de la doctrina de fallos penarios, se ha admitido también en el campo del derecho penal, al menos en un caso que lo demuestra plenamente, aunque forzoso es destacar que ese criterio se usó no para extender una decisión inculminatoria, sino al contrario en beneficio absolutorio. El caso

fue el siguiente: Según fallo plenario de la Cám. del Crimen de la Capital en el caso "Filomena, Martín", "La Ley", t. 22, p. 409, abril 15 de 1941, la venta como libre de un automóvil gravado con prenda agraria no constituía delito. Esa interpretación la sostenía la justicia penal basada en que la ley que dio en llamarse de prenda agraria se había dictado con el fin de conceder crédito a los productores agropecuarios pero no podría prendarse, con tal criterio, en la Capital Federal un automóvil para uso personal no afectado a una explotación agraria. A todo esto se daba el escándalo jurídico de que atravesando el Riachuelo, bajo el imperio de la misma ley de prenda y el mismo Código Penal, si alguien en la Provincia de Buenos Aires vendía como libre de gravamen un automotor prendado era sancionado por estafa. Pues bien, en la Capital Federal con fecha 26 de octubre de 1945 (caso "Laborba, Alejandro", "La Ley", t. 40, p. 615), otro plenario revé la anterior doctrina y se llega a la conclusión de que tal hecho es delito. La cuestión que interesa para el tema que tratamos fue que se procesó a una persona en esta ciudad por haber vendido como libre de gravamen un automóvil el 9 de febrero de 1945 ("La Ley", t. 43, p. 219), o sea antes del nuevo fallo plenario que acabo de citar, y al llegar la causa a la Cámara del Crimen, se sobreseyó definitivamente al procesado, expresando el tribunal que cuando el que-rellado vendió el bien prendado como libre, cumplió un acto que para la jurisprudencia entonces vigente no constituía delito, o sea que cumplió un acto permitido, penalmente irrelevante, en ausencia de ilicitud. Creemos que esta sentencia fue justa, pero lo que interesa es señalar que sólo pudo dictarse reconociéndose al fallo plenario precedente la facultad de enunciar una norma jurídica, como fuente formal de derecho, pues de no ser así, debió aplicar la nueva doctrina sentada no sólo a los casos posteriores al fallo que consideró inculminable el hecho, sino también a los anteriores. Cabe agregar que poco tiempo después al sustituirse la ley 9644 de prenda agraria por el nuevo régimen del decreto-ley 15.348/46 ratificado por la ley 12.962, quedó disipada toda posible discrepancia pues bajo la nueva legislación, que

bre; y con la acción desplegada en el orden social se producen y surgen las instituciones que reglan, a su vez, las acciones en otro orden (socio-cultural). Pero, ambos mundos co-creados, deben seguir —*deben ser conformes*— la ley inserta en la naturaleza y en la persona humana que *el hombre descubre mediante la ciencia como legalidad natural*. La armonía debe darse siempre, so pena de que su violación acarree violentas crisis, cuya sanción puede ser la extinción misma de la especie humana o la negación del hombre como ser racional y libre.

Quiere decir que lo que la Ecología ha descubierto es que lo que he llamado "*segunda naturaleza*" *debe necesariamente seguir las leyes de la legalidad natural*. Lo natural, aquello que había aparecido como algo pre-humanamente dado, *impone* sus leyes al mundo co-creado por la acción del hombre (segunda naturaleza). En consecuencia, descubierta esta exigencia que golpea sobre el principio material del hombre, no le queda a éste ninguna opción sino seguir el curso natural que horada también ahora el mundo humano <sup>8</sup>.

Y, entonces, algo ha hecho el hombre *desde que supo* que sus acciones no pueden ser libremente depredadoras. La *promoción de la legislación* en el orden mundial, inspirada en la ciencia ecológica, a través de organismos internacionales, se ha venido realizando en los últimos tiempos. A modo de ejemplo puede citarse: a) el PBI, Programa Biológico Internacional; b) el MAB, el hombre y la biósfera (for Man and Biosphere); c) el SCOPE (set. de 1970, "Special Committee on Problem of the Environment". Todo ello orientado a la vigilancia del medio planetario. Por su parte, el *Manifiesto de Bussau sobre la situación político ambiental* es un buen ejemplo de las conclusiones de los cien-

<sup>8</sup> Cfr. OLSEN A. GHIRARDI, "Physis y Nomos en la época actual (Naturaleza, Derecho Natural y Ecología)", publicado en la sección *Derecho del ambiente* del "Anuario" de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Jurídicas, Mérida, Venezuela, número 10, 1979, págs. 123/132. Igualmente, "Physis, Nomos y Familia, hoy", artículo publicado en la "Revista Chilena de Derecho", Universidad Católica de Chile, Vol. 7, nº 1/6, enero-diciembre de 1980, págs. 265/273.

tíficos<sup>9</sup>. En definitiva, se propone una nueva conducta del hombre y hasta diríase una nueva ética basada en la coexistencia del hombre y la naturaleza.

En el orden de la legislación también hay muchos ejemplos, pero quizá la Ley Orgánica del Ambiente de Venezuela (1976) es probablemente uno de los más completos en los países latinoamericanos, ya que en los más avanzados existen muchas regulaciones de todos conocidas.

Y, en lo que respecta a nuestro país, para no citar sino algunas disposiciones, tenemos el decreto-ley 22.477/56, que organizó la Comisión Nacional de Energía Atómica y expresa quiénes son los responsables ante la comunidad por contaminación en los recursos naturales, provenientes de materiales nucleares y da algunas normas para lograr dichos fines. A su vez el Código de Minería (art. 282) determina que los mineros deben "preservar el ambiente" y la autoridad de aplicación ejercerá una constante vigilancia. En mi provincia (Córdoba) la ley 6.970 del 22 de agosto de 1983 aprueba el convenio entre la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Provincia de Córdoba. También se ha sancionado recientemente la ley Provincial del Ambiente 7343/85<sup>10</sup>.

Los municipios también han dictado una serie de regulaciones concordadas con la legislación provincial y nacional, en problemas que hacen a su competencia.

6. — Los programas internacionales y la actividad legislativa seguida por diversos países, son suficientes ejemplos de que las ciencias naturales y, en el caso concreto la Ecología, son fuente de derecho, al menos de manera mediata,

---

<sup>9</sup> Dicho manifiesto ha sido traducido por A. Eichler y se ha publicado con una nota preliminar del mismo, en "Mérida", publicación del Rectorado de la Universidad de los Andes, Talleres Gráficos Universitarios, 1976.

<sup>10</sup> "La Voz del Interior" (Córdoba), en su suplemento especial del domingo 13 de octubre de 1985 publicó el texto completo del informe producido por la Comisión Permanente para la Prevención y Control de la Contaminación —creada por el gobierno de la Provincia— sobre los "Problemas ambientales producidos por las actividades del complejo uranífico Los Gigantes". Luego del estudio científico se le prohibió a la empresa minera todo vuelco de efluentes líquidos a cursos de aguas superficiales.

en cuanto se impele de manera efectiva a la comunidad al dictado de normas específicas. También entiendo, y ha sido probado, que el problema planteado como hipótesis en el punto 2) de este trabajo, es un problema real y actual. Se ha visto que si el hombre *conoce* —porque las *ciencias naturales* se lo expresan— que la especie humana debe seguir necesariamente cierta conducta con relación al ambiente, so pena de afrontar su suicidio, la sociedad no tiene otra alternativa que legislar siguiendo los dictados de la disciplina científica, con lo cual ésta adquiere el carácter de *fuerza de derecho*.

Debe observarse que el legislador no hace aquí una elección entre una norma A o una norma B, ambas igualmente aceptables para la comunidad. No se trata de elegir entre dos planes económicos, por ejemplo, cada uno de ellos avalado por la autoridad de reconocidos expertos. La ciencia natural no le permite al hombre, en los casos analizados, ninguna alternativa. Ésta sólo contemplará el *modo* pero no el resultado. Si no se deben arrojar residuos al río para evitar la contaminación del agua potable de una ciudad, la regla es *inflexible* y no admite grados. Lo que se haga con los residuos es otro problema. Las leyes ecológicas tienen, pues, esa característica, típica de todas las leyes naturales, y el hombre, en cuanto las transforma en leyes jurídicas positivas —valga la redundancia para remarcar sus diferencias— nada puede hacer para cambiarlas. Sin embargo, si la humanidad no puede violarlas como especie, la persona humana individual aun puede hacerlo como con el resto de las demás leyes positivas. Nada impide que alguien desobedezca la ley dictada y la viole, pero la comunidad toda no puede hacerlo sin afrontar su propio aniquilamiento.

Como se ve, la legislación que surge de esta fuente atiende más bien a la conducta de una comunidad o a la de toda la humanidad, que a la de los individuos aislados. Se trata de mantener limpio el nicho ecológico de la especie para permitir su supervivencia. Los factores involucrados suponen una planetización del hombre y una población mundial con ciertos niveles cuantitativos.

7. — Quedaría aun un problema por analizar. Es el que se refiere al marco axiológico dentro del cual se vierte el contenido de las leyes positivas.

A primera vista, pareciera que no habría ya ningún elemento axiológico, en este caso, como guía de la voluntad del legislador. Un examen muy superficial mostraría que no hay ningún elemento valorativo, puesto que las leyes naturales son inflexibles y una vez descubiertas como absolutamente necesarias es menester observarlas. La especie no puede violarlas sin pecar. Esto confirmaría también la opinión de Radbruch cuando afirma que el pensamiento científico-natural es ciego para el valor, mientras que en el Derecho se guarda siempre una actitud estimativa<sup>11</sup>. Sin embargo, sin que esto signifique en manera alguna una crítica al iusfilósofo alemán, en verdad, en el caso de las leyes dictadas en virtud del conocimiento ecológico, existe aun una valoración. El hombre opta por una última alternativa: vida o muerte. Es una suprema elección; es la libertad ejercida en la cima, para no caer en el aniquilamiento; es el valor *extremissimus*, que se pronuncia por el ser, por el hombre, por el derecho, a través de la vida biológica. Y es la solución racional, conforme a la naturaleza, lo que salva al hombre del abismo y evita el suicidio consciente de lesa-humanidad.

Si esto es así queda probado también que las leyes positivas humanas no se hallan en oposición con las leyes naturales. Se suele decir a veces, muy a la ligera, que las leyes dictadas por el hombre son convencionales y se contraponen a las leyes naturales. Es ésta una perspectiva errónea que un hegelianismo a ultranza infunde en la comprensión de los problemas. La naturaleza no se opone a la cultura y ésta no es sino una prolongación de aquélla en otro plano. Lo natural está en la base de la cultura y ésta se ramifica sobre su base troncal, haciéndose humana y, por cierto, concluyendo en lo convencional, como las hojas del árbol visten los gajos.

<sup>11</sup> RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, Madrid, "Revista de Derecho Privado", 1959, pág. 35.

Los griegos tuvieron, como afirmara Jaeger y a mí me agrada repetirlo, una concepción cósmica del derecho y, para ellos, no habría resultado extraño de ninguna manera que las ciencias naturales pudiesen alumbrar leyes positivas receptadas por el legislador<sup>12</sup>. Nuestra visión actual se halla empañada, precisamente, porque la existencia de una segunda naturaleza, impide una contemplación directa de lo natural.

Por ello, estimo que la aparición de una disciplina científica como la Ecología, ha de contribuir para que el hombre corrija su actitud homocentrista con un toque no exento de soberbia. Si el hombre se sabe dependiente, necesariamente dependiente, de todo lo natural, de otros seres vivos, aceptará con más humildad que haya ciertas leyes que no puede violar y que la extinción de otras especies puede provocar un profundo desequilibrio que sólo puede salvaguardar corrigiendo su conducta y dictando leyes positivas. El mundo humano no está construido como un sistema aislado sino que constituye en sí mismo un sistema, parte de otros grandes sistemas que actúan sincrónicamente.

Y vale la pena acentuar la importancia de las ciencias naturales como estimulantes de la conciencia humana, al correr el velo de lo ignoto, pues lo conocido hace que nuestra escala de valores afine sus metas y ello revierte en una plenitud del hombre como especie biológica, sin cuya base no es posible alcanzar la vida del espíritu. Es probable que alguien infiera de lo dicho, que aquí se afirma indirectamente la existencia del Derecho Natural. Yo no me opondría a tal afirmación, pero debería agregar que me ha sido siempre imposible entender el por qué de la vieja polémica. Derecho Natural y Derecho Positivo no están en oposición; antes bien, el primero es la raíz invisible de la planta que se

<sup>12</sup> Los sofistas en Grecia plantearon también este problema. Y uno de ellos, Pródico de Ceos, no opone *Nómos* y *Physis*, sino que hace salir, en continuidad el uno del otro, la ley de la naturaleza, cfr. G. ROMEYER-DHERBEY, *Les sophistes*, París P.U.F., 1985. Y es curioso cómo lo que dice Pródico se adapta a nuestro tema. Así, afirma que los investigadores no serían hombres que inventan lo que antes no existía; son, más bien "ceux qui mirent en lumière tout ce qui existe d'utile pour l'homme dans la nature" (*op. cit.*, págs. 63/64).

hace tronco en el derecho positivo, el que a su vez florece en hojas, algunas más convencionales que otras, pero todas igualmente reales. Que no es un árbol una sola hoja, ni un tronco sin raíz cumple su ser como tal si no es como árbol que se eleva en su afirmación vegetal de tronco, ramas y hojas. El todo es y nos hace. Lo natural nos hace humanos y nos tornamos cada vez más humanos aceptando lo natural que se humaniza en el hombre.

La fuente, el fundamento, el origen de todo sistema de derecho y de toda ley, se halla en la conciencia humana. La ciencia natural es sólo el estímulo que la despierta. O que, como en el caso de las leyes ecológicas, da la voz de alarma cuando nuestro mundo humano corre el riesgo del suicidio.



## LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

*Académico doctor Julio C. Cueto Rúa*

### I. — FUENTE DEL DERECHO. SIGNIFICACIÓN ATRIBUIDA AL TÉRMINO

Para evitar dificultades terminológicas y las consiguientes disputas aparentes, conviene definir con la máxima claridad posible el significado atribuido en esta comunicación a la expresión "fuentes del Derecho". Se consideran tales aquellos datos objetivos que permiten justificar la objetividad del punto de vista adoptado por el juez al dictar sentencia o por el funcionario estatal al crear una norma jurídica o el doctrinario al interpretarla. Por objetividad se entiende intersubjetividad, en el sentido enunciado por Husserl en sus *Investigaciones Lógicas* (el punto de vista o el juicio es objetivo cuando es compartido por pluralidades subjetivas en experiencias reiteradas). Por lo tanto, las fuentes del Derecho son evidencia de objetividad porque en todas ellas se perciben pluralidades subjetivas coincidiendo en la acción o en el juicio.

### II. — LA COSTUMBRE

La costumbre es un hecho social, es un dato empírico susceptible de aprehensión por medio de los sentidos (principalmente el visual y el auditivo). Se da cuando una plura-

lidad de personas se comporta de manera similar al enfrentar circunstancias similares. La costumbre significa regularidad y repetición de respuestas humanas frente a circunstancias similares. Toda circunstancia abre diversas posibilidades de actuación. El sujeto debe elegir una de otra de esas posibilidades, inclusive la omisión o la inmovilidad. Está forzado a elegir. En esto consiste su libertad. Cuando se repiten circunstancias similares y respuestas humanas igualmente similares a lo largo del tiempo, se está ante una costumbre.

### III. — LA COSTUMBRE COMO CRITERIO DE OBJETIVIDAD

Si un juez o un legislador o un jurista se siente en la necesidad de justificar su decisión o su criterio, la invocación de la costumbre como fundamento de la decisión significa apelar a la objetividad que ella suministra en tanto significa la uniformidad de las respuestas de pluralidades subjetivas en cada oportunidad en que se enfrenta una circunstancia similar. Decidir en base a la costumbre significa decidir que la parte involucrada debe actuar como lo manda el juez, en razón de que así actúan los demás (pluralidades subjetivas).

### IV. — LAS COSTUMBRES Y LOS USOS SOCIALES

El concepto de costumbre utilizado en los dos párrafos precedentes es un concepto genérico (*lato sensu*). Involucra tanto a la costumbre jurídica *stricto sensu*, como a los usos sociales. En ambos casos se está ante el mismo tipo de fenómeno social: los miembros de una determinada comunidad responden con un comportamiento similar ante las diversas posibilidades presentes en la circunstancia. Las costumbres *lato sensu* son la expresión de preferencias repetidas por los

miembros de una determinada comunidad. Su vigencia permite predecir actitudes y adoptar determinaciones eficaces. En base a tal previsibilidad y al orden que ella trae, apelar a la costumbre como fuente del Derecho implica imponer el deber de un determinado actuar porque éste es el actuar habitual de los demás y en ello se encuentra la objetividad pues ésta consiste en la intersubjetividad. Tanto las costumbres llamadas jurídicas como los usos sociales, obligan, pero las consecuencias de la violación de esas obligaciones no son las mismas. En el caso de la violación de una costumbre jurídica, la violación es sancionada mediante un acto coactivo ejecutado por un funcionario del Estado. En el caso del uso social, el incumplimiento es sancionado de manera descentralizada por los miembros de la propia comunidad (ostracismo, aislamiento, repudio, rechazo, expulsión).

## V. — LOS USOS SOCIALES COMO FUENTE DEL DERECHO

Suele negarse a los usos sociales el carácter de fuente del Derecho pues violarlos entrañaría como consecuencia la aplicación de una sanción por un órgano del Estado. Esta afirmación es fundada en parte, en la medida de la inexistencia de un acto coactivo a cargo de un funcionario público. Pero no lo es cuando se desconoce la gravitación de los usos sociales en la especificación de los contenidos conceptuales o significados de ciertos conceptos básicos o principios del ordenamiento jurídico, de aplicación generalizada en la experiencia judicial, legislativa o doctrinarias, tales como "orden público", "buenas costumbres", "abuso del Derecho", "culpa", "mala fe", "buen padre de familia", "razonable". Todos ellos se presentan con marcados caracteres de ambigüedad o vaguedad. Han fallado sistemáticamente los intentos doctrinarios por suministrarles un contenido unívoco y claro. Ni los jueces ni los funcionarios del Estado ni los juristas pueden contar a priori con una definición de esos conceptos basados en la cual se encuentren en condiciones de

deducir si un determinado acto se encuentra o no se encuentra incluido en dichos conceptos. Los jueces, los legisladores y los doctrinarios les atribuyen sentido concreto y específico teniendo en cuenta el entendimiento comunitario atribuido o experimentado por costumbre acerca de dichos conceptos. Tal comportamiento regular y espontáneo de los miembros de la comunidad (pluralismo subjetivo) constituye la base de la objetividad de la decisión judicial, la normación o la elaboración doctrinaria.

IV  
HOMENAJES



## EVOCACI3N DEL MAESTRO

JUAN ANTONIO GONZÁLEZ CALDER3N

*Conferencia pronunciada por el académico Dr. Héctor P. Lanfranco en la sesión pública de homenaje al ex académico Dr. Juan Antonio González Calder3n, el 12 de septiembre de 1985, en el centenario de su nacimiento*





*Palabras del académico presidente Dr. Segundo V. Linares  
Quintana, al declarar abierta la sesión pública*

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires dedica su sesión pública de hoy, a rendir justiciero homenaje, en el centenario de su nacimiento, a quien fuera uno de sus miembros más destacados: el Dr. Juan Antonio González Calderón, auténtico maestro del Derecho, constitucionalista eminente, tratadista de prestigio internacional y preclaro hombre de Estado que honró una banca en la Cámara de Diputados de la Nación, así como el estrado judicial; pero, que, sobre todas las cosas, dedicó su vida al estudio, a la enseñanza y a la defensa de la Constitución Nacional.

El Académico Dr. Héctor P. Lanfranco, con el talento y la elocuencia que lo caracterizan, disertará sobre la personalidad del ilustre argentino. Sin embargo, no cumpliría un elemental deber de conciencia, de afecto y de justicia, si antes no recordara sus brillantes y ejemplares lecciones desde las cátedras de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de Buenos Aires y de La Plata, en las cuales tuve el honor de ser su alumno, primero; luego, su entusiasta y leal colaborador, para, más tarde, sucederle como profesor titular durante muchos años.

Como discípulo y sucesivamente como colaborador y colega del Dr. González Calderón, tuve oportunidad de aquilatar sus profundos conocimientos, su indiscutido talento, sus excepcionales cualidades humanas y su profundo amor por la Constitución Nacional.

En el estudio y la enseñanza del Derecho Constitucio-

nal, el Dr. González Calderón empleó un método integral que, a diferencia del utilizado con anterioridad, atribuyó su verdadera importancia a la historia, a la práctica del instrumento constitucional y al derecho comparado. Inaugurando su curso, en 1915, el ilustre constitucionalista explicaba a sus discípulos: "En cada cuestión de la materia trataremos de buscar, desde luego, la interpretación auténtica del texto constitucional; vale decir, con qué propósito los Constituyentes lo establecieron, qué quisieron que significara y, si es posible, cómo entendieron que debía aplicarse. Después haremos la interpretación jurisprudencial; en otras palabras, veremos qué decisiones de la Corte Suprema Nacional ha pronunciado sobre cada punto o cuestión de la materia. Y, concluido el trabajo, haremos la crítica de la institución o principio político que hayamos estudiado, comparándolo con el correlativo en otras organizaciones federales".

El Dr. González Calderón seguía así la luminosa senda abierta para el estudio y la enseñanza del Derecho Constitucional por aquel insigne argentino, verdadero paradigma del jurista, del hombre de Estado y del ciudadano que fuera Joaquín V. González.

En el prólogo del famoso tratado de *Derecho Constitucional Argentino* del doctor González Calderón, Joaquín V. González, dándole el espaldarazo consagratorio, en 1917, escribió: "La obra que ahora empieza a publicar el reputado profesor de las Universidades de Buenos Aires y La Plata, doctor Juan Antonio González Calderón, viene no sólo a corregir todas las deficiencias del pasado, aprovechando sus siempre sabias lecciones, sino a colocarse de lleno, y con entera suficiencia de información y de método, dentro de la corriente moderna, marcada por los mejores comentaristas norteamericanos más recientes, y ya reclamada por el desarrollo de la enseñanza superior en el país y por el crecimiento de todos los órdenes sociales regidos por las cláusulas de la Constitución". Y destacaba que el libro no era "una reproducción más o menos lejana de los modelos clásicos del género, sino el producto de una investigación propia, original, directa del autor".

Todo el pensamiento y la obra del Dr. González Calderón en la cátedra, en el libro, en la banca parlamentaria, en el estrado judicial, así como su actuación como ciudadano, estuvieron inspirados por un amor profundo y permanente por la Ley de las Leyes. Por ello, interpreto que este cálido homenaje que hoy rendimos a la memoria de este ilustre *Hombre de la Constitución*, lleva consigo además un homenaje al Código Fundamental de la República.

La Constitución Nacional de 1853-1860 es el auténtico y legítimo modelo del Estado Argentino y el instrumento para la reconstrucción moral, política, social y económica que requiere el país, dentro de cuyo marco amplio y previsor caben todas las soluciones que exige la profunda crisis que nos aflige.

La *Doctrina Constitucional de Mayo* es el alma o espíritu de nuestra Ley Suprema, ya que la Constitución Nacional de 1853-1860 consagró definitivamente el auténtico, único e insustituible modelo de la República Argentina, al institucionalizar la Doctrina de Mayo, surgida con el nacimiento mismo de la patria y de la nacionalidad, consustanciada con el ser argentino, solemnemente consagrada el 25 de Mayo de 1810, y que constituye el basamento incommovible de todo el ordenamiento jurídico y moral del país, al punto que no podría ser removido o afectado en su esencia sin contrariar esa verdadera acta fundacional y fe de bautismo del Estado Constitucional Argentino. Por ello, como la sombra sigue al cuerpo, ella acompaña a nuestra Nación y a nuestro Estado, que dejarían de ser tales si se la desnaturalizara o prescindiera de ella, ya que únicamente podría extinguirse con la muerte de la República en la tierra de los argentinos.

En los decisivos momentos que vive el país, es deber moral y cívico de los argentinos volver al espíritu de Mayo, buscando en la esencia de sus principios inspiración y guía, para que mediante el cumplimiento pleno y efectivo de nuestra magnífica, sabia y previsoría Ley Fundamental —tantas veces olvidada y escarnecida, como también por tantos ignorada, que no necesita ser reformada sino solamente cum-

plida—, la libertad, el derecho y la justicia sean siempre realidad en la República Argentina. Únicamente de este modo daremos debida ejecución al sagrado mandato de los Fundadores de la Nacionalidad, como también al ejemplar y siempre actual mensaje que fluye de todo el pensamiento y la obra del Dr. González Calderón, quien, en la clase inicial de su magistral curso inaugural, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, recordaba a sus jóvenes y atentos alumnos las inmortales palabras pronunciadas por Juan María Gutiérrez en el histórico Congreso General Constituyente de 1853: "La Constitución no es una teoría, como se ha dicho; nada más práctico que ella; es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley y encerrada en ese Código que encierra la tiranía de la ley, esa tiranía santa, única a que todos los argentinos nos rendiremos gustosos".

## EVOCACION DEL MAESTRO JUAN ANTONIO GONZÁLEZ CALDERÓN

### I

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales ha resuelto dedicar la sesión de esta tarde, a honrar la memoria de su ilustre ex-Miembro de Número, don Juan Antonio González Calderón, quien desde 1928 hasta el día de su muerte, ocupó con dignidad y eficiencia el sillón que lleva como patrono a don Juan Bautista Alberdi.

El homenaje se rinde, naturalmente, no sólo por haberse cumplido el centenario de su nacimiento, sino porque durante los ochenta años de su larga y fecunda existencia dedicó sus afanes, sus mejores energías, al estudio y a la enseñanza del derecho constitucional, a la tarea de discernir justicia, y a la noble función de formar conciencias responsables entre nuestros conciudadanos.

Si he aceptado —con gusto y alguna preocupación— el honor que el cuerpo académico se ha servido conferirme, es, no sólo por la significación y compromiso que ello importa, sino también, porque tengo contraída con él una deuda de gratitud muy grande: hace más de sesenta años, en la vieja Facultad de la Universidad Nacional de La Plata, fue nuestro profesor de Derecho Público Provincial. En aquel entonces, el grupo de alumnos era muy reducido, y la comunicación amistosa con el profesor se anudaba en forma constante y cordial. Muy pronto pudimos apreciar su carácter, y el sabor particular que tenían sus clases. Sentimos cómo su palabra —siempre clara, precisa, en lenguaje límpido, sin carga erudita— exaltaba nuestra imaginación al adentrarnos en el juego sutil de nuestras instituciones republicanas; su mensaje nos alcanzaba y conmovía, y aquellos adolescen-

tes, sin haber llegado a la edad requerida para ser ciudadanos, vimos iluminar nuestro espíritu, con el fervor cívico que el maestro nos inculcara.

González Calderón nos enseñaba también, con su ejemplo, que “la excelencia sólo se obtiene por el esfuerzo, y que sólo somos capaces de cierta cantidad de esfuerzo”. Él lo renovaba a diario, con absoluta consagración, y nos impulsaba a revitalizar el nuestro, para hacernos dignos de aquellas instituciones que los hombres del 53 nos habían legado. Ese recuerdo explica, aunque no justifica, que el alumno de otrora, que siguiera modestamente sus pasos, haya aceptado el honroso mandato de evocar su figura en la tarde de hoy.

## II

En la bella y tranquila ciudad de Gualeguay, Provincia de Entre Ríos, fundada sobre la ribera del río homónimo el 20 de enero de 1788 por el Coronel Tomás de Rocamora, nació el 23 de agosto de 1883, don Juan Antonio González Calderón, hijo de don Juan González Calderón y de doña Leopoldina Lazcano. Sus antepasados se habían radicado en la zona a mediados del siglo XVIII, y ocuparon cargos de responsabilidad en el gobierno y administración de la nueva población. El abuelo de don Juan Antonio, llamado Juan González Calderón, era a su vez hijo de Salustiano González Calderón y nieto de José González Calderón; y entre los antepasados de éstos —todos radicados en la naciente Gualeguay—, se encontraban miembros de la familia Chiclana, Lescuan y otros ilustres españoles atraídos por la belleza del lugar. Entre los parientes más remotos, encontramos a don Juan de Vértiz y Ontanar, padre del segundo Virrey del Río de la Plata.

Por su parte, doña Leopoldina Lazcano de González Calderón, de raigambre cordobesa, era hija de Octavio Lazcano y de doña Carlota Blackley, y sus antepasados: Cabrera, Blackley, Vieyra, etc., integraron el grupo de las primeras familias patricias de Córdoba, en los siglos XVII y XVIII.

Habían venido, todos, de España y de México, y en

1830 ya actúa, como jefe político de Gualeguay, don José González Calderón. Invoco estos antecedentes, no sólo para expresar mi convicción de que la familia de González Calderón es una de las más antiguas de Entre Ríos, sino también para apreciar el clima de cultura superior que entonces se vivía, clima que fue transmitido a sus descendientes, hasta conformar, en su hora, el espíritu brillante de nuestro maestro.

### III

Los estudios primarios y secundarios de González Calderón los realizó en colegios de su ciudad natal, pero terminó el bachillerato, a raíz del traslado de su familia a esta Capital, en el Colegio del Salvador. Cursó enseguida su carrera de derecho en la Facultad de nuestra Universidad oficial, recibiendo de abogado y doctor en ciencias jurídicas y sociales, en forma brillante, en diciembre de 1908. Tenía entonces 25 años de edad, y su tesis sobre *El poder legislativo en los estatutos, reglamentos y constitución de la Nación y de las provincias, organización y funcionamiento*, fue calificada de sobresaliente y laureada con el premio "Facultad". Ese triunfo inicial significó un estímulo para una carrera de éxitos, que desarrollaría muy pronto en la docencia, en la magistratura, en el Parlamento, en institutos académicos, cuyos pormenores procuraré hilvanar de inmediato. Es una tarea difícil, ya que la vida de este noble entrerriano fue intensa, y el tiempo para la exposición, muy breve.

Como queda dicho, obtuvo el título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales con la presentación, en 1908, de su tesis sobre el *Poder Legislativo*, editada por Valerio Abledo en 1909. Fue padrino de la misma, el Decano de la Facultad, Dr. Wenceslao Escalante, y juzgada por los profesores titulares de Derecho Constitucional, Doctores Carlos Rodríguez Larreta y Manuel Augusto Montes de Oca, y por los suplentes, Doctores Tomás R. Cullen y Rómulo S. Naón.

"Emprendí la obra —confiesa el autor— con verdadero entusiasmo, con mucha dedicación; avanzando el tiempo,

me di cuenta de la magnitud de ella... y mi voluntad estuvo a punto de desfallecer". Pero consiguió dar fin, exitosamente, a su trabajo que, por mucho tiempo, fue obra de consulta de profesores, legisladores y alumnos. La enriquece con un examen detenido de la legislación comparada: Alemania, Austria, Dinamarca, España, Inglaterra, Italia, Países Bajos, Portugal, Francia, Suecia, Noruega, Suiza y países americanos. Lee con fluidez el inglés, el francés y el portugués, lo que facilitó la ímproba labor que se propuso realizar.

Largos capítulos dedica a la organización de las dos cámaras; al referirse al Senado de la Nación, afirma que su organización, en la Argentina, surge del régimen federal adoptado por nuestra Constitución por voluntad de las provincias, en virtud de que ellas eran *preexistentes y soberanas*. Insiste mucho en sostener el carácter de *soberanías particulares* que poseían los estados argentinos en el momento de llegar a la organización definitiva de la Nación; coincide su opinión con la de Clodomiro Zavallía, quien lo expusiera en forma semejante, en su cátedra y en sus tratados.

Contra la tesis de Estrada, González Calderón sostiene que "la forma de gobierno adoptada por la Constitución, parte de la base de que la nación no preexistía al Congreso Constituyente del 53, como unidad política organizada; no estaba constituida como ente jurídico político, sino que eran las provincias, en este concepto, las que preexistían a ella".

Critica, luego, como inadecuado, el sistema de elección indirecta, para los senadores, instituido por el artículo 46. "Los sistemas electorales intermediarios —afirma—, no son los medios propios de garantizar un acertado nombramiento de los que han de desempeñar las funciones legislativas". Prefiere, y sugiere, que esa elección se haga por votación directa del pueblo, tanto en las provincias como en la Capital Federal.

En cuanto a las facultades especiales que la Constitución confiere al Senado, por el artículo 53, para declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la República, en caso de ataque exterior, manifiesta que, en su concepto, la dis-



posición puede ser criticada, por no encontrarse... en el mecanismo del gobierno nacional, motivo suficiente para atribuir esta función exclusivamente al Senado. Opina que tanto en el caso de ataque exterior, como en el de conmoción interior, la declaración debe ser una medida legislativa, es decir dictada por ambas cámaras del Congreso.

Critica, igualmente, la norma o costumbre de que la apertura del período ordinario de sesiones sea hecha por convocatoria del P. E. Es esa una "teoría absurda, sostiene; ... violatoria del principio de la existencia e independencia del Poder Legislativo". Por ello, agrega, el *Congreso debe reunirse automáticamente*, por "*derecho propio*, en la fecha señalada por la Constitución" y durante ese período ordinario —del 1º de mayo al 30 de setiembre— tiene la más absoluta libertad de iniciativa.

Juzga impropio el receso de siete meses del Congreso, si no es convocado por el P. E. a sesiones de prórroga o extraordinarias; cree que son esas "*teorías falsas*" y que el Congreso debe mantener, en todos sus períodos, total independencia, para ser un Congreso de verdad: la *independencia legislativa* y la *iniciativa parlamentaria*, son condiciones "*sine qua non*, ... para la existencia del cuerpo"; por ello —agrega—, "la Constitución debe ser reformada de manera que el Congreso Argentino no dependa sino de sí mismo... para que, mejorando el estado precario de esta institución, se mejoren también todas las instituciones que nos rijan".

El estudio del juicio de las elecciones, de las incompatibilidades parlamentarias, de los privilegios de los legisladores y de cada cámara, etc., se realiza con la misma minuciosidad. Pero no podemos hacer, en este acto, glosa de todo ello; si me he detenido —quizá demasiado— en estos comentarios, es porque el substracto de sus ideas, allí expresadas, serán desarrolladas, como un *leit motiv*, como hilo conductor, por el joven doctor, en trabajos ulteriores, en los que confirma y amplía su exposición inicial, sistematizando los mismos principios.

Se ha dicho que "son muy pocos los seres humanos que

a través de sus vidas cumplen las promesas, y sacan partido de los dones que hicieran concebir y dieran muestras de poseer en su juventud". González Calderón —a mi juicio— fue uno de esos seres, que al desarrollar una vida intensa y coherente, supo disciplinar su energía, y ponerla al servicio de un alto ideal: el conocimiento y consolidación plena de nuestras instituciones constitucionales.

#### IV

Su voluminosa tesis, premiada por la Facultad, tuvo la virtud de destacar su personalidad y abrirle las puertas al mundo de la cultura y de la docencia, en sus más altos niveles. Se inicia en la enseñanza, poco tiempo después de obtener su doctorado, dictando cátedras de Instrucción Cívica en los colegios nacionales Manuel Belgrano y Mariano Moreno, de esta capital. Lo hace con juvenil entusiasmo y particular brillo, conmovido por la noble tarea que se le ha encomendado: llevar a las nuevas generaciones el mensaje cívico necesario para transformarlas en ciudadanos responsables de la República. Como un eco de aquella labor docente, publicará su *Instrucción Cívica*, texto claro, didáctico, exitoso, pues será motivo de nueve reediciones.

En 1911, se presenta a concurso en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, y obtiene, en noviembre de ese año, el título de profesor suplente de *Derecho Público Provincial*. Inicia su curso tres meses después, y durante treinta y cinco años consecutivos ejercerá la docencia en esa casa de estudios. Sin poder adentrarnos en sus pormenores, enunciaremos sólo su largo itinerario: diecisiete años en la cátedra de *Derecho Público Provincial*; en septiembre de 1920, profesor interino de *Historia Constitucional de la República*; en 1928, profesor interino de *Derecho Constitucional*; ejerce simultáneamente las dos cátedras hasta el año 1928; en enero de ese año accede al rango de Profesor titular de *Derecho Constitucional*; y al optar por esa cátedra renuncia a la de *Derecho Público Provincial y Municipal*. Fue profesor, simultá-

neamente, en las universidades de La Plata y de Buenos Aires, y, al mismo tiempo, colaboró en funciones de dirección y asesoramiento, en sus consejos directivos, institutos de investigación, etc.

En este aspecto de su labor, necesito detenerme en un proyecto que presentara en el año 1930, cuyo texto, manuscrito, se encuentra agregado a su legajo personal de la Universidad platense. Debo a la cordial atención del doctor Jorge Reinaldo A. Vanossi —diputado nacional y profesor titular en ambas casas de estudio— el conocimiento de ese documento, escrito de puño y letra por el doctor González Calderón. Se trata de la creación de un *Instituto de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, redactado en ocho páginas de oficio, con clara y caligráfica letra; según investigación del doctor Vanossi, publicada en el número 3, año 1981, de la revista "Historia", sería el primer proyecto en el país.

Los fines de este Instituto están minuciosamente determinados en los catorce incisos del artículo primero: tienden a estimular e intensificar el trabajo científico de los alumnos de la Facultad y de los miembros del mismo en el campo del Derecho Público interno y de las ciencias políticas. Prevé la designación de un director —profesor de la casa—, y de personal jerarquizado, y la participación de los profesores titulares y suplentes de todas las materias de Derecho Público. No hay constancia, en los archivos de la Facultad platense de si ese proyecto fue considerado y aprobado; pasarán muchos años antes de que esos organismos se constituyan; pero entiendo que el esfuerzo realizado por el doctor González Calderón es valioso, por su contenido, y como precursor de los organismos análogos que se crearán, más adelante, en todo el país.

## V

Volvamos, ahora, a la labor docente del maestro en la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Ella se inicia el 25 de agosto de 1914 y se extiende hasta el 29 de febrero de

1956, con la natural interrupción producida durante el período de la segunda tiranía; renuncia en 1946, aceptándose de inmediato su dimisión. En 1955, se le reintegra a la cátedra con los honores del caso, pero no se encuentra amímicamente en condiciones de volver a la docencia y concreta su renuncia definitiva, que es aceptada, en el mes de febrero de 1956.

Durante ese largo período —más de treinta años— dictó sus dos clases semanales de Derecho Constitucional y profundizó su estudio, en el Seminario de Derecho Público, que tomara a su cargo, en los años 1931 y 1932. Interesa conocer los temas elegidos de investigación. Ellos fueron: 1) La intervención federal en las provincias; 2) Funcionamiento autónomo del Congreso; 3) Sistema tributario en el Estado Federal Argentino; 4) Doctrina de los gobiernos de facto; 5) Jurisdicción en las playas y riberas. Finalmente: “El pensamiento de la Corte Suprema de Justicia, desde 1920 hasta 1930, sobre algunas materias constitucionales”. De su permanente y angustiosa preocupación, los primeros; de cálida y profunda admiración el último. Desde el 25 de agosto de 1914 hasta el 11 de agosto de 1924, dictó la cátedra como profesor suplente de abogacía, siendo adjunto del Dr. Tomás R. Cullen; desde esta última fecha hasta el 6 de mayo de 1947, como titular.

Su actividad, por otra parte, no se limitó al dictado de clases y dirección de seminarios; fue sucesivamente, y durante varios períodos, Consejero suplente y Consejero Titular; miembro de la Comisión de Reglamento; miembro de la Comisión de Publicaciones y Estudio; Director del Instituto de Derecho Constitucional Argentino y Comparado, que él había concebido años atrás. A ello hay que agregar la tareas especiales que le encomendara la Facultad, para representarla en distintos organismos, como la “International Law Association”; el “Instituto Libre de Segunda Enseñanza”, y en los actos de homenaje al Dr. Florentino Gorzález, a don Bernardo de Yrigoyen, al Dr. Tomás R. Cullen, a la Constitución Nacional, a don José Manuel Estrada, etc., etc. En dichos actos pronunció discursos, regis-

trados en los "Anales" de la Facultad; además, integró jurados para discernir premios universitarios, calificar tesis de doctorado, o nombrar nuevos profesores.

Su estatura científica y moral va creciendo en el ejercicio de esas funciones, al defender siempre sus principios con particular firmeza. Un episodio, de los tantos que pudo superar en la Facultad, nos lo mostrará. A mediados del año 1945, el Consejo Superior de la Universidad resolvió que los profesores de las distintas facultades prestaran un juramento especial —reflejo de la época—, habiéndoseles comunicado este requisito, por nota de Secretaría. El severo maestro reacciona de inmediato, y con fecha 6 de julio de ese año, eleva nota al Decano Dr. Ramón M. Alsina, cuyo texto conviene conocer; dice así: "En mi carácter de profesor titular de «Derecho Constitucional Argentino y Comparado», en esta Facultad, tengo el honor de dirigirme al Señor Decano con referencia a la nota de la Secretaría de la misma, fechada el 2 del corriente mes, en la que se me invita a prestar juramento a la Constitución Nacional, según la fórmula establecida por el H. Consejo Superior de la Universidad, a cuyo efecto se me remite copia de esta última".

"Dicha fórmula, señor Decano, resulta en mi caso, en todo sentido, inadecuada a las funciones que en esta casa, y en la Justicia Federal desempeño, como profesor antiguo de la materia, y como Juez de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de esta capital (donde juré debidamente al incorporarme). Habría, desde luego, una superfluidad inexplicable. No puedo declarar públicamente que voy a «aprender y comprender la letra y el espíritu de la constitución argentina» (como la fórmula lo preestablece) a los 31 años cumplidos en la cátedra de «Derecho Constitucional Argentino y Comparado» y a los doce y medio de ejercer la magistratura judicial en Justicia Federal, como juez del Segundo Tribunal de la Nación."

"En mi cátedra enseño, explico y preconizo de todos modos, inclusive en catorce volúmenes sobre la materia, esa Ley Fundamental y Suprema; en el desempeño de la función judicial aplico diariamente la Constitución ante todo

y sobre todo, porque ella misma me lo ordena (artículo 31 y 100) y porque la admiro y la tengo como principal de mi vida pública.”

Invoca el artículo 19 de la Constitución; refirma su condición de católico, apostólico, romano; y termina así: “Compartiendo en un todo la intención patriótica del Honorable Consejo, juraré ante el señor Decano con las palabras de la Constitución en su artículo 80: «Yo juro por Dios nuestro Señor y los Santos Evangelios, desempeñar con lealtad el cargo (de profesor) y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina; si así no lo hiciera Dios y la Nación me lo demanden». Saluda muy atentamente al señor Decano (fdo. Juan A. González Calderón)”. Así fue como cumplió el requisito universitario, y los postulados de su propia conciencia.

## VI

Al margen, o como consecuencia de su carrera docente, se le confirieron, sucesivamente, distinciones muy honrosas: en 1916, Miembro correspondiente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Filadelfia; en 1922, Diputado Nacional por la Provincia de Entre Ríos; en 1932, Juez de la Cámara Federal de Apelación de la Capital Federal; en 1938, Miembro Titular de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; Miembro Titular y fundador de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas; finalmente, Académico correspondiente de la Academia Nacional de Historia, de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, y de la Junta de Historia y Numismática Americana.

Cuando abandona, por imperativo de las circunstancias, la magistratura, su labor tendrá otro vuelo, pues se requiere su opinión, como abogado consultor, por gobiernos provinciales, por legisladores nacionales, y por organismos estaduales. Simultáneamente, intensifica su labor de publicista y aparecen sus libros más orgánicos, los que le darán nombradía, sus estudios en academias e institutos especializados, sus colaboraciones en revistas y diarios argentinos y extran-

jeros. Todo ello durante décadas, sin fatiga, sin cansancio, con renovada energía. Sabía, con Kempis, "que donde reina el amor, no se siente ninguna carga, y aun si el peso oprime, se le ama". En esta Academia pronuncia conferencias, colabora en los "Anales", integra comisiones, y promueve iniciativas de significación, de las que nos ocuparemos más adelante.

## VII

Su actuación en el Congreso merece un comentario especial; duró sólo tres años, pues renunció a su banca antes de que terminara el período de su mandato. Es fácil seguirlo en esa labor, gracias al libro que publicara en 1936, bajo el sello de Lajouane, titulado, precisamente *Tres años en el Congreso*. Cuenta cómo en los comicios de abril de 1922, el pueblo en Entre Ríos le confirió el honor de representarlo en el Congreso de la República, por un período de cuatro años, para ocupar una de las dos bancas correspondientes a la minoría, esto es, a la "*Concentración Popular*". Compila, en ese libro, los trabajos de visible interés público, como su proyecto de "*Ley orgánica de las intervenciones federales en las provincias*" del 12 de julio de 1922; determina allí, el alcance y finalidad de toda intervención en una provincia: "será, autorizada por la ley...; y la acción del interventor federal deberá ajustarse, estrictamente, a la Constitución y a las leyes provinciales; y de ningún modo podrá durar más que seis meses, si tiene por objeto garantizar la forma republicana de gobierno, caducando de pleno derecho al vencimiento de ese plazo".

Trabaja en el recinto, como en las comisiones, procurando la más celosa defensa de las autonomías provinciales; y al mismo tiempo, hace respetar, celosamente, los privilegios parlamentarios. Cuando es detenido, por ejemplo, el diputado Francisco E. Correa, pronuncia un largo y meduloso discurso cuya exposición ocupó las sesiones del 21 y 28 de septiembre de 1922, y terminó entre prolongados aplausos y felicitaciones de sus colegas.

En otro orden de cosas, suscribe, con placer, proyectos de homenaje al constituyente don Juan Francisco Seguí, y otro, del que es autor, sobre erección de un monumento al Congreso General Constituyente de 1853, en esta Capital; el proyecto, suscripto también por otros diez legisladores, se transformó en la Ley 11.327, del 10 de agosto de 1925, ordenándose su emplazamiento en la ciudad de Santa Fe en lugar de esta capital. Preocupado por el progreso de su ciudad natal, en los años 1924 y 1925 presenta proyectos sobre "Reconstrucción de su Puerto", "Fundación de una Escuela Industrial", etc.

Observa y critica —en muchas sesiones—, la absorción de facultades que realiza el presidente de la Nación, ante la indiferencia de las provincias, hasta que llega el momento en que no queriendo ser arrastrado por el torbellino, resuelve alejarse, para siempre, de toda actividad política. Pero no decaerán sus inquietudes ciudadanas, su amor entrañable por la Constitución, su respeto por la Corte Suprema de Justicia. Su tenacidad en la defensa de los principios que constituyen su ideal de vida, tendrán, en el futuro, otros medios de expresión.

## VIII

En 1932, en plena madurez intelectual, acepta, como una honra, integrar la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital. Trabaja allí, durante diecisiete años, junto a jueces de autoridad y probidad: Ezequiel de Olazo, Nicolás González Iramain y Carlos del Campillo. Tiene firme conciencia de la responsabilidad que asume, y la noción cabal de que integra, desde ese momento, otro poder de gobierno, uno de los tres poderes del Estado.

Fue celoso de su investidura y de la independencia del Poder Judicial. "Para que realmente se caracterice como tal —afirma—, es necesario que esté desempeñado por jueces libres de toda presión extraña a su conciencia, capaces y honestos a carta cabal, valerosos, intrépidos y con la ejecu-



toria de una vida privada (y pública si también la han tenido) intachable. Ese tipo de «poder judicial» solamente puede existir donde impera el Derecho; solamente donde los gobernantes están sujetos «con las cadenas de la Constitución», solamente donde reina la Ley Suprema. . . .”

Este principio será defendido por él, constantemente, y con particular énfasis, en los artículos que publica en “La Prensa”, durante el año 1928, y en su conferencia de incorporación a esta Academia, en 1929.

El juicio político sustanciado a mediados de 1947 contra los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo afecta profundamente; denuncia el hecho con energía: “es la más grande arremetida que la dictadura haya hecho contra las instituciones democráticas y republicanas legadas al país por las generaciones precedentes. . . .” Y agrega: “fue un atropello inaudito a los fueros de la justicia, el golpe de gracia dado a la libertad civil, la exhibición descarada de la omnipotencia de la fuerza material de un gobernante desorbitado, el allanamiento de los derechos humanos, el gesto impúdico del régimen totalitario que no admite consuelo alguno de su absolutismo”.

Pero aquella destrucción del Poder Judicial, alcanzó también a la Cámara Federal que integraba González Calderón; al recordar el episodio, precisa el procedimiento empleado: . . . “no fue el juicio político, que iba a complicar mucho la maniobra oficial —nos dice—. Se ideó un recurso más fácil, más rápido y más hipócrita. Incorporóse, en efecto, una «disposición transitoria» a la reforma constitucional del año 1949 por la cual los camaristas y jueces existentes, aun cuando hubieran sido nombrados antes con acuerdo del Senado Nacional, debían obtener, *nuevamente* acuerdo de dicho cuerpo legislativo para poder continuar en sus cargos”. La Cámara Federal —agrega, en arrebatado poco académico— fue “limpiada” (honor mío fue que se me incluyese en tal limpieza) “. . . fuimos así separados de nuestro cargo, sin juicio previo y sin la mínima defensa que se concede, hasta en los países de civilización primitiva, a los delincuentes comunes”.

Cuando ejerció la magistratura, supo también defender su independencia, como vocal de un tribunal colegiado. Son muchos sus votos en disidencia —valiosos como exposición de doctrina— en los que se aparta del criterio expuesto por la mayoría del tribunal. Por ejemplo, en materia de ciudadanía y naturalización, en la causa promovida por don Max Villalonga Nazar, hijo de argentinos, nacido en París, sostuvo la inconstitucionalidad de la ciudadanía por opción, reglamentada por la ley número 346, que viola —dijo— el distinto alcance que debe tener el vocablo *ciudadanía* con respecto al de *nacionalidad*, y los principios del *jus soli*, por oposición al de *jus sanguini*.

En la causa promovida por don Domingo Frugoli Zabala, sobre devolución de descuentos en su jubilación, expresó su oposición a la mayoría sosteniendo la inconstitucionalidad de las leyes que reducen jubilaciones ya concedidas.

Pero la disidencia que tuvo más resonancia fue la relacionada con la opción para salir del país del detenido durante el estado de sitio, gestionada por la señora Regina Pacini de Alvear en favor de su esposo, el doctor Marcelo T. de Alvear. Fundamentó su oposición, afirmando “que siendo la facultad de que se trata de carácter puramente político y privativa del Presidente, el Departamento Judicial no puede intervenir en el modo, forma y criterio con que se ejercita, debiendo los interesados ocurrir ante el mismo Presidente a declarar su voluntad de salir del territorio de la República, si desean hacer cesar el arresto, porque allí concluyen las facultades del estado de sitio respecto de las personas”.

## IX

Corresponde ver ahora su obra de publicista, constituida por un importante conjunto de libros, opúsculos, y colaboraciones de diversa índole. Hemos comentado ya su tesis doctoral y hecho ligeras referencias a sus libros fundamentales; procuraré ser breve en la glosa a sus publicaciones ulteriores.

En 1938, la Comisión Nacional del Monumento al General Urquiza, presidida por el Dr. Leopoldo Melo, con la vicepresidencia del Dr. González Calderón, encomendó a éste y a los señores Dr. Aquileo González Oliver y General José María Sarobe, la preparación de un estudio integral sobre la vida y la obra del prócer.

González Calderón tomó a su cargo el quehacer *institucional y político de Urquiza*, y pudo elevar a la Comisión el 11 de abril de 1939, dos ejemplares de su trabajo, que apareció publicado en el mes de octubre de 1940. Su título definitivo fue *El general Urquiza y la organización constitucional*, y constituye una de sus tres obras fundamentales; las otras dos serían, a mi criterio, su *Introducción al Derecho Público Provincial*, de 1913, y su *Derecho Constitucional Argentino, historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, obra en tres volúmenes aparecido el primero en 1917, con un extenso y valioso prólogo del Dr. Joaquín V. González. Terminada en 1922, fue laureada con el "Primer Premio" de la Ley de Estímulo a la Producción Científica y Literaria de 1923. Se agotó muy pronto, y requirió dos ediciones ulteriores, la última en los años 1930-1931.

Volviendo al trabajo que dedicara a Urquiza, diremos que fue realizado tras una paciente compulsión de los numerosos documentos históricos que cita, en gran parte inéditos, pues se encontraban en el archivo personal del Libertador. Ya había publicado, en 1911, un pequeño libro sobre la vida, personalidad y obra del prócer, a quien admiraba con particular devoción. Lo había seguido estudiando durante años; estaba preparado, pues, para esa tarea y la afrontó con energía, dando fin a su estudio sobre la actuación de Urquiza en el período de la "Organización Nacional Definitiva", "el que se inicia —según él— en mayo 1 de 1851, con el Pronunciamiento del Libertador, y termina en 1859/60 con la reincorporación de Buenos Aires y la reforma constitucional".

Su espíritu de investigador y su amor por la historia de la patria, ya se habían exteriorizado en su *Introducción*, extensa y crudita, a su *Derecho Constitucional Argentino*. El Tratado en sí, constituye —lo afirma Joaquín V. González—

una obra de gran aliento en materia constitucional, semejante a las de quienes años atrás, habían enriquecido la literatura jurídica argentina: Llerena, Machado, Segovia, Obarrio, Rivarola, etc. Y enseguida agrega: "El Dr. Juan A. González Calderón ha realizado una labor sana, constructiva y orientadora del sentimiento y la conciencia nacional, con respecto a la aplicación de la Constitución"; más aún... "gana por ella, y el singular acierto de su criterio y de su método, en toda justicia, el título de maestro de la juventud y guía de sus conciudadanos".

En 1943, con el propósito de facilitar la tarea de los estudiantes, publicó un resumen o síntesis de aquella obra, en un grueso volumen que tituló "*Curso de Derecho Constitucional*". Agotado rápidamente, mereció una segunda edición, más cuidada, en 1958; suprime, en ella, la parte histórica del Tratado, pero tiene, en lo sustancial, todo el contenido de la materia.

## X

A principios del año 1913, bajo el sello de Lajouane, había aparecido su *Introducción al Derecho Público Provincial* como un eco del curso que dictara el año anterior en la Facultad de Derecho de La Plata. Al hacerse cargo de la cátedra, se encontró con las dificultades concernientes a una materia nueva, en la que no existía bibliografía, salvo el libro de Alberdi. Preparó, pues, con urgencia, su *Introducción* siguiendo en gran parte al autor de las *Bases*, quien, según él, había fijado con exactitud el concepto de que en nuestro estado federativo "las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al gobierno federal del Estado". Pero González Calderón amplía la tesis alberdiana sosteniendo que "no sólo es del dominio del derecho público de provincia el conjunto de poderes no delegados al gobierno federal expresa o implícitamente; también lo es el de todos aquellos poderes cuyo ejercicio es o puede ser *concurrente* por aquél y por las provincias, cuando

en su interpretación hay una manifiesta conveniencia para éstas”.

Las obras posteriores del maestro, recopilación de trabajos y conferencias, constituyen una reafirmación de ideas emitidas, como hemos dicho, desde su tesis doctoral. En 1921, publica *Por la libertad y el derecho*, obra consagrada con el Primer Premio Nacional de Letras en 1923. Está constituida por artículos publicados en “La Prensa” y algunas conferencias sobre “Principios y puntos de vista que tienen permanente aplicación”. En 1928 publica otro volumen: *Doctrina Constitucional*, integrado igualmente por artículos publicados en su mayoría en “La Prensa”, y algunos dictámenes sobre cuestiones de Derecho Público. En 1936, a manera de rendición de cuentas de su labor parlamentaria, surge su libro *Tres años en el Congreso*, al cual ya nos hemos referido; y al año siguiente, el cuarto de esta naturaleza: *Estudios y Dictámenes de Derecho Público*, con la misma significación que los anteriores.

Con *No hay justicia sin libertad (poder judicial, poder perjudicial)*, quinto y último libro de la serie, culmina su tesonera labor en defensa de la libertad y del derecho. Aparece el 10 de enero de 1956, pero fue escrito durante los cuatro o cinco años anteriores, en forma ininterrumpida, con intervalos de largos paréntesis, “para demostrar —afirma— que no hubo justicia cuando estaba muerta la libertad”. “Modesta contribución al esclarecimiento de la conciencia cívica, dice, en afán esperanzado de reconstruir nuestras instituciones fundamentales...”; “está escrito con pesar... también con indignación. Ello explica y justifica —agrega— muchas de sus páginas, quizá un poco violentas para ciertos lectores...” “pero la verdad —agrega— necesita vestirse con palabras claras y valientes”.

Naturalmente, resultó un libro apasionado; en sus páginas González Calderón desborda pasión e indignación, pero es la suya una santa pasión en defensa siempre de los fueros de la justicia, de su dignidad, de su independencia. Él se propone realizar una exposición objetiva de sistemas, ideologías y prácticas de la función judicial, pero no consigue

la objetividad deseada: la pasión ilumina su mensaje. Digamos, para justificarlo, que "nada grande se ha conseguido en el mundo sin pasión"; y, con Tocqueville, que "nunca se repetirá demasiado que nada hay más fecundo, en maravillas, que el arte de ser libre", pero sabía, también, "que nada es más duro que el aprendizaje de la libertad".

Encontraba, como firme defensa para ella, la admirable organización del Poder Judicial que nuestra Constitución —siguiendo el modelo norteamericano— había estructurado. En su conferencia de incorporación a este Cuerpo, en 1929, repitió una vez más ese principio, que reitera en disertaciones, artículos y comentarios dedicados a analizar y exaltar su letra y su espíritu, como las que pronunciara en el centenario del 1 de mayo de 1953, o en su incorporación a la Junta de Historia y Numismática Americana.

## XI

Veamos, por último, su actuación como miembro de número de esta Academia. Fue designado en la sesión del 25 de julio de 1928, pero su incorporación en acto público se realizó el 23 de agosto de 1929, disertando sobre "Las bases necesarias y permanentes de la Constitución", trabajo al que ya nos hemos referido.

Cree conveniente "revisar, sin apresuramiento, algunas de las bases establecidas por Alberdi...", como lo concierne al Poder Ejecutivo central. Lo obsesiona la hipertrofia del Poder Ejecutivo, que califica de "absorbente, invasor e inconciliable con los principios esenciales de cualquier constitución republicana"; "ella no es una de las bases necesarias y permanentes, observó, y no cabe duda de que esa teoría alberdiana, debe ser hoy revisada y substituida por otra concepción que esté más de acuerdo con la índole y con la finalidad de todo gobierno constitucional".

"Pero así como convicne al país modificar la estructura del ejecutivo —agregó— ... conviene en todo sentido conservar y perfeccionar las que llamó «bases necesarias y permanentes de la Constitución», mejor dicho de toda Constitución

republicana y federal". "¿Cuáles son esas bases necesarias y permanentes?", se pregunta. "Son las que aseguran y hacen efectivas la libertad y el orden jurídico, las que sirven de sólidos cimientos al gobierno constitucional en su exacta y práctica comprensión. . . . Son las bases, en fin, por las cuales se establece el imperio de la ley en vez del imperio de la fuerza"; o, en otras palabras, "el gobierno de leyes y no el de hombres". Esas bases necesarias y permanentes que debemos defender y conservar, son en su opinión, las siguientes:

"1) El pueblo de la Nación es el depositario único de la soberanía; su voluntad es fuente insustituible del poder público y la manifiesta mediante el sufragio. . . .";

"2) La Constitución es escrita y rígida. Es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone, pues, el sometimiento de la misma a la Constitución, y el derecho público y administrativo del Estado, en cuanto éste no haya sido derogado". El poder judicial es "el órgano viviente de la Constitución. . . .".

"3) Es consecuencia obvia del anterior, la inamovilidad de los jueces. . . principio que ha sido incorporado a nuestro régimen político como base necesaria y permanente".

La labor de González Calderón dentro de nuestra Corporación está signada por ese culto fervoroso a nuestra Carta Magna y a su posible y adecuado perfeccionamiento. El 6 de julio de 1956 vuelve sobre el tema que lo obsesiona, y afirma que los dos grandes fenómenos políticos, económicos y sociales que hay que extirpar, mediante una reforma constitucional, son la *macrocefalia* de la Capital, e *hipertrofia* del Poder Ejecutivo presidencial. . . . "La reforma prudente y limitada de la Constitución es inexcusable. No hay que tenerle miedo —agrega—, si se la encuadra en los dictados del patriotismo y de la buena fe".

En el año 1958 publica en los "Anales" un largo estudio sobre "La Revolución Libertadora y la doctrina de facto", para demostrar la validez de los actos de gobierno y de admi-

nistración realizados por el Gobierno Provisional durante el período de su actuación y la duración de los decretos-leyes sancionados por dicho gobierno en ejercicio del Poder Legislativo.

Con ese propósito estudia las diferencias entre una revolución y un golpe de estado, y afirma que, en nuestro país, solamente hemos tenido *tres revoluciones de verdad* y no más: 1ª) La del 25 de mayo de 1810, cuando se depuso al virrey Cisneros; 2ª) La del "Pronunciamiento" del general Urquiza contra la tiranía de Rosas, derrotado en Caseros; y 3ª) La del 16 de setiembre de 1955, que depuso al segundo tirano que hemos sufrido los argentinos. Los movimientos políticos que, generalmente, o por comodidad de lenguaje —agrega— se llaman revoluciones, habidas después de impedir la Constitución Nacional de 1853... no han sido otra cosa que meros "golpes de Estado".

En el año 1959, en sesión pública, propicia una "Reforma del Sistema Electoral"; sostiene que "sin tocar en la mínima parte la Constitución vigente" es necesaria la reforma del sistema de la Ley Sáenz Peña —no de todo el régimen que ella establece— a fin de que se pueda consolidar, definitivamente las "instituciones democráticas y posibilitar la paz política y social que tanto ansía la nación entera". Ese ideal —según su opinión— se conseguiría adoptando el sistema electoral de *circunscripciones uninominales*, que estimularía el progreso democrático.

Por último, en 1960, al recibir en nuestra compañía al doctor Alfredo Orgaz, quien había resignado poco antes la presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un noble discurso de recepción y aliento "al espíritu creador" que se incorporaba al seno de este Cuerpo, aprovechó su exposición para reiterar su respeto a la obra de nuestra Corte Suprema y a la vida de los ilustres miembros que la habían conformado desde su iniciación hasta la presidencia del recipiendario.



## XII

Ruego excusas por la extensión que ha alcanzado este relato, en el que he intentado traer el "pensamiento vivo" del maestro González Calderón, ideario que, a mi juicio, mantiene plena e impresionante vigencia en la actualidad. Pero necesitamos cerrar esta evocación intentando un esbozo de su personalidad, difícil de aprehender, pues fue forjada durante muchos años de lucha con firmeza inigualada, procurando consolidar principios e ideales que le fueron muy caros. Fue un hombre recto, de convicciones firmes, de susceptibilidad extremada, aguda, siempre alerta; ello le trajo rozamientos y más de una diferencia con colegas y amigos, que supo luego superar.

Por eso fue hombre de pocos amigos y no cultivó tertulias en el club, ni en su casa, como lo hacían muchos de sus colegas. Sus amigos íntimos —lo he sabido al preparar este trabajo— no fueron sus compañeros de la Facultad, del Tribunal o del Parlamento. Fueron dos médicos eminentes, los doctores Jacobo Spangenberg y Alejandro Ceballos, y dos señores de la Iglesia, Monseñor Miguel de Andrea y Monseñor Gustavo J. Franceschi, ante quienes abriría su corazón, procurando —como diría Loudet— vitaminas para su cuerpo y vitaminas para su alma. Naturalmente, anudó amistosa camaradería con sus compañeros del claustro de profesores como Horacio C. Rivarola, Dimas González Gowland, Clodomiro Zavallá, Agustín N. Matienzo y Jesús H. Paz; también con Eduardo Ortiz Basualdo, ex-presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, amigo de muchos años.

Fue un incansable lector, y sus verdaderos amigos fueron sus libros, recogidos en una inmensa biblioteca, con quienes mantenía fructífero y constante comercio, en la paz de su hogar. Allí ocultaba su vida —como lo recomienda Epicuro—, "no por egoísmo, no por temor, no por cobardía, sino porque en la soledad crece el pensamiento y se escucha mejor el corazón".

Leía, con preferencia, libros de historia; ahondaba su conocimiento sobre la vida de los héroes y la vida de los san-

tos. En los últimos años, su fe católica, que había conservado desde niño, se ahondó, e iluminó su alma de una melancólica serenidad. Tenía una particular devoción por la figura de San Antonio, inculcada por su abuela materna; ella le había regalado una pequeña imagen del santo, de la que nunca se separó; él por su parte, procuró enriquecer su biblioteca, con la bibliografía más completa, conocida, sobre su vida y su obra; leía con fruición todo lo relacionado con ella.

Y a propósito del santo, permitidme una pequeña anécdota, significativa como expresión de su carácter. Se trata del único viaje que hiciera a Europa; había cumplido setenta años de edad, y más de medio siglo de labor ininterrumpida en estudios y trabajos de significación; comprendió que era necesario un descanso para renovar y acrecentar sus energías.

Preparó cuidadosamente, con su esposa doña María Celia Belderrain, un viaje a los países de Europa Occidental de cinco meses de duración, dejando para el final el conocimiento de Italia y una especial visita a Padua. Se realizó todo de acuerdo con sus deseos, y al llegar a esa ciudad, reveló el escondido propósito que lo guiara: conocer la basílica de San Antonio, donde descansan sus restos, y cumplir una promesa que tenía contraída con él.

Hizo su primera visita al final de una tarde determinada, y cuando llegó la hora del cierre de la Basílica, seguía contemplando la tumba del santo. El portero se acercó y respetuosamente, le hizo notar que todos los turistas se habían retirado y que él, y su señora, debían hacer otro tanto, para cerrar las puertas del templo. Su respuesta, inmediata e imprevisible, fue la de que él no se retiraría; había llegado de un país de ultramar para velar una noche la tumba del santo, y él no se iba a retirar. La insistencia del portero no dio ningún resultado, y fue en busca del Prior. Se repitió la escena, con mayor y angustiosa insistencia, hasta que el Prior se conmovió y concedió un excepcional permiso, autorizando que se cerraran las puertas con el huésped de ultramar adentro. Ante esa extraña situación, sólo atinó a traerle un pequeño sillón para que pasara en él la noche; agitada

su mujer corrió al hotel a buscar unas mantas. Y allí quedó don Juan Antonio, frente a la tumba del santo, en diálogo silencioso con él, hasta la mañana siguiente, cuando se abrieron nuevamente las puertas del santuario.

El poder mágico de su voluntad puesto a prueba una vez más, había triunfado sobre sí mismo, y sobre sus circunstancias, y le habían permitido realizar el sueño que llevara, escondido, en su viaje a Italia. En la fachada de la Universidad de Quito, se halla grabada una inscripción que mucho me impresionó cuando la frecuentara; textualmente dice así: *"Porque eres libre para realizar tus sueños"*; González Calderón tuvo la felicidad de realizar el suyo, y terminó su vida con la conciencia tranquila y una sutil alegría en el fondo de su corazón.

### XIII

Al regreso de Europa se refugió en su casa y en una estanzuela que había adquirido en los alrededores de Pilar. He omitido decir que años atrás, cuando pudo liquidar la totalidad de los bienes que había heredado en la provincia de Entre Ríos, invirtió su producido en la adquisición de una fracción de campo, en la que pudo criar lanares de pedigree. El éxito lo acompañó, pues conquistó premios excelentes en las exposiciones de la Sociedad Rural; pero aparte de ello, lo que él procuraba en su comunión con el campo, y en definitiva consiguió, fue la paz, una serena paz para su espíritu, agitado siempre por su "hambre y sed de justicia".

Fue un largo diálogo interior, un adentrarse en sí mismo, matizado con lecturas y con juegos con sus nietos, a los que supo orientar con particular sabiduría. Horas felices, pues como señala Tagore, "Dios espera hasta que el hombre se hace niño de nuevo en la sabiduría". Llegó el final, en forma imprevista, un 19 de enero de 1964, en pleno verano; ausentes sus amigos; en receso el Congreso; feria judicial en Tribunales, receso, igualmente, en la Facultad, y en todas las Academias. Ninguno de los organismos culturales a los que había dedicado su vida, pudo hacerse presente en el en-

tierra, efectuado, por otra parte, en forma privada. El doctor Horacio C. Rivarola, uno de los pocos camaradas suyos que se encontraba en la ciudad, pronunció, a título personal, emocionadas palabras de despedida, y, al día siguiente, los diarios evocaron con largueza la significación de su vida y de su obra. Luego, un largo silencio...

Pero, meses después, en el acto de colación de grados de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, el entonces Decano, doctor Marco Aurelio Risolía, rindió homenaje al profesor desaparecido cumpliendo —dijo— “un mandato de gratitud y de hidalguía”. “Yo sé que sería grato al espíritu de Juan Antonio González Calderón saber que uno de sus discípulos, ocasionalmente en el gobierno de esta Casa, ha aprovechado la oportunidad de esta ceremonia, en que egresan jóvenes abogados, e ingresan jóvenes estudiantes, para hacer el elogio de la Constitución Nacional y encarecer la necesidad de su defensa, a propósito del homenaje debido a su memoria”.

“Él habría dicho, con la misma convicción que pongo en mis palabras, cuáles son los frutos que cabe esperar de la vigencia efectiva de la Constitución: el afianzamiento del orden jurídico, el ejercicio racional del poder, la determinación precisa de la estructura y de los fines del Estado, la seguridad de los derechos individuales, la promoción del progreso nacional”.

Veinte años después, otro discípulo, menos aprovechado, pero con idéntico fervor a la memoria del maestro y a los ideales que él encarnara, hace suyos los conceptos de nuestro eminente colega, para interpretar los sentimientos de la Academia, y rendir este homenaje de respeto y gratitud a quien escogió, como ideal, en la indivisible plenitud de su vida, la defensa de nuestra Constitución y de las instituciones creadas por ella.

V

PREMIOS



*Palabras pronunciadas por el académico Dr. Roberto Martínez Ruiz, en el acto de entrega del Premio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en Derecho Privado, al abogado Diego César Bunge, el 24 de octubre de 1985*

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en cumplimiento de uno de sus fines estatutarios, que le imponen fomentar y difundir el estudio de las ciencias jurídicas y sociales, tiene instituidos premios permanentes y especiales a los trabajos que se presenten al llamarse periódicamente a concurso.

Uno de los de carácter permanente, es el de Derecho Privado, y se ha discernido el correspondiente al año 1983, al Dr. Diego César Bunge, quien trató el tema "Las nuevas fronteras de la responsabilidad contractual", previo dictamen que por unanimidad suscribieron los integrantes del Jurado designado, que me tocó integrar con el Dr. Marco Aurelio Risolía y el doctor José María López Olaciregui.

El Dr. Bunge, no obstante su juventud, cuenta con un excepcional curriculum. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1973, su afán de perfeccionar su preparación hizo que se trasladara en dos períodos a los Estados Unidos. En 1974 y 1975 cursó en la Southern Methodist University, School of Law, en Dallas, y obtuvo el grado de Master en Derecho Comparado. Entre 1981 y 1984, en la Universidad de Miami, School of Law, de Coral Gables, siguió los cursos de General Law y también

obtuvo el Master en dicha especialidad. Simultáneamente en este último período, también siguió en la misma Universidad, en el Centro de Derecho y Economía, Escuela de Administración de Empresas, cursos para el Master of Arts in Economics. Además concurreó como asistente en la Universidad de Columbia, Nueva York, en 1975 en la Parker School de Derecho extranjero y comparado, al programa desarrollado sobre derecho extranjero, y también asistió al curso que en 1978 organizó la Asociación Argentina de Derecho Comparado sobre "Aspectos del Derecho Económico en la América Latina".

Participó en la segunda conferencia sobre Reforma Judicial, en 1978, celebrada en Mar del Plata y en 1979 dictó juntamente con los doctores Antonio Boggiano, Julio César Cueto Rúa y Jorge Labanca, un curso de actualización profesional sobre "Contratación Internacional y Crédito Documentado" que organizó la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, con el auspicio de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

Es miembro de la American Society of International Law, de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, y de la Interamerican Bar Association.

Ha presentado trabajos de investigación, en el Instituto para la Integración de América Latina en 1975, juntamente con el Dr. César A. Bunge, y también, con éste, el trabajo titulado *El pacto de San José de Costa Rica y la doctrina Calvo* publicado por la Interamerican Law Review de la Universidad de Miami, volumen 16, en el año 1984.

Su último trabajo de señalada importancia, fue el que presentó sobre *Análisis crítico del régimen argentino de inversiones extranjeras* en la 25ª Convención de la Interamerican Bar Association, celebrada en Acapulco, México, entre el 21 y 28 de septiembre y el 4 de octubre del corriente año.

Una vocación como la demostrada con estos antecedentes no podía menos de llevarlo a la docencia en nuestras universidades. Así desde 1977 a 1980, fue profesor asistente en la cátedra de Derecho Monetario y Bancario, a cargo primero del Dr. Alberto D. Schoo y luego del Dr. Jorge La-



banca, en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina.

En los años 1978 y 1979, nuestro querido desaparecido colega académico doctor Luis Negri Pisano, le dio el espaldarazo de incorporación a la docencia en la Universidad de Buenos Aires, en el curso dictado en la Facultad de Derecho, en la asignatura Derecho Civil de la carrera de post-grado "Especialización en Asesoría Jurídica de Empresas" y desde 1978 se desempeña como profesor adjunto interino en el curso de Derecho Civil III, Contratos, cátedra que estuvo a cargo de dicho profesor hasta su fallecimiento y que actualmente desempeña el Dr. Francisco de la Vega.

La formación del Dr. Diego César Bunge, ha sido influida notoriamente por un concepto humanista en la línea del riguroso respeto a las garantías individuales que bajo la idea fuerza de consagrar la libertad, como lo concibieron nuestros Constituyentes, lo lleva a poner especial énfasis en el repudio del intervencionismo estatal absorbente y asfixiante, del que los argentinos hemos hecho dolorosa experiencia, cosechando el desalentador deterioro de nuestra economía y que hoy compromete el esfuerzo y consagración de todos para lograr su recuperación.

No es de extrañar por ello, que en nuestra querida Facultad de Derecho, haya integrado la cátedra del Dr. Negri Pisano, pues existió una coincidencia entre ellos en la línea inspiradora de la filosofía de la libertad en su proyección sobre el orden económico jurídico. Por eso en la introducción de su trabajo, que hoy recibe el premio académico, reproduce y hace propias palabras que aquél pronunció en su brillante discurso de incorporación a esta Academia, expresando:

"Constitución política, orden jurídico privado y ordenamiento económico no se conciben sino homogéneos en un mismo país en cuanto orientados por iguales principios sustanciales que en su realización práctica se traduzcan en fórmulas compatibles entre sí. La fractura entre estos órdenes desdibuja la fisonomía de

una Nación, quebranta su equilibrio y debilita la unidad del conjunto”.

Este pensamiento vive la influencia que en la formación de Negri Pisano ejerció Marco Aurelio Risolía, su maestro, quien en su *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, expuso la doctrina que como lógico predicado de la estructura de nuestra Constitución Nacional, lleva a privilegiar el respeto debido a la libertad de las partes al reglar sus derechos, sin que obviamente ello signifique autorizar el desborde lesivo de las normas rectoras del orden público y moral impuesto por el Codificador.

En el trabajo premiado, el autor afronta un tema que es de gran interés institucional y práctico, pero que no ha sido objeto de un tratamiento siempre ajustado a la correcta interpretación de la ley vigente. Es lo referente a los límites que el codificador previó de las consecuencias imputables a quien no cumplió obligaciones de fuente contractual. El gran principio del art. 520 del Código Civil que establece que en el resarcimiento de daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación y sólo en el caso de que la inejecución de la obligación fuese dolosa, en el art. 521 antes de la reforma de 1968, Vélez Sársfield establecía la responsabilidad por los daños sufridos por el acreedor en sus otros bienes, o sea no sólo por no haber obtenido el cumplimiento de la prestación comprometida. La ley 17.711 sustituyó el artículo, estableciendo en el nuevo que si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas. Y el art. 904 expresa la pauta rectora en el tema, al referirse en materia extracontractual a la imputabilidad de las consecuencias mediatas, cuando el autor del hecho, y también debemos agregar el deudor que no cumplió la obligación contractual, las hubiera previsto o cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.

Bibiloni expuso con claridad magistral este tema en su

anteproyecto, desarrollando el concepto de que si la inejecución de la obligación era imputable a culpa del deudor, éste debía los daños que se refieren a la prestación misma y los que previó o pudo prever en el momento de constituirse la obligación o en el de ejecutar el hecho culposo. En cambio si fueron causados por dolo, también se deberían los perjuicios sufridos por el acreedor en sus otros bienes aunque no pudieran preverse.

Bibiloni recordaba las enseñanzas de Ihering para quien la culpa sólo obligaba dentro de ciertos límites y también a Enneccerus quien sostenía que una cosa es la culpa como causa de la inejecución y otra la medida de sus consecuencias.

Con motivo de la reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho de Córdoba y Buenos Aires, que tuvo lugar en 1982, en aquella ciudad, el tema que se debatió fue el de la indexación y desindexación. Intervine en esa oportunidad con una comunicación en que sostuve una opinión crítica sobre la forma cómo se imputan en la jurisprudencia las consecuencias de la inejecución de obligaciones de fuente contractual, especialmente desde el caso "Vieytes c/Provincia de Buenos Aires", fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Mi punto de vista fue entonces y lo mantengo, persuadido de que es lo razonable que al imponer al deudor moroso un reajuste por desvalorización monetaria, no puede prescindirse del criterio legal que sólo autoriza a imputar las consecuencias de la inejecución de una obligación, si media una adecuada conexión causal y una razonable previsibilidad de las consecuencias.

En tal sentido, sólo debería admitirse el reajuste en la medida de lo que ha podido considerarse un previsible coeficiente de aumento de los precios, pero no los que por sus extraordinarias magnitudes escapaban a tal verosímil expectativa. Ello llevaría a no incluir los excepcionales incrementos que sufrieron los precios, en tres oportunidades en los últimos años: en 1975 con motivo de las medidas económicas adoptadas hacia los meses de junio y julio de dicho año; a principios de 1981 a raíz de no haberse cumplido por las autoridades económicas con el tipo de cambio que se había

anunciado que regiría hasta varios meses después de esa fecha y en tercer lugar en 1982 a raíz del desgraciado episodio bélico ocurrido con motivo del conflicto con Gran Bretaña.

El trabajo premiado del Dr. Diego César Bunge, es un desarrollo razonado, expuesto con equilibrio y ponderación, eruditos fundamentos y fuerza de convicción, acerca de la necesidad de que la responsabilidad contractual se someta a los justos límites que supone respetar los textos del código, de acuerdo a los cuales el contratante que no cumple la prestación a su cargo debe responder, pero sólo por las consecuencias inmediatas y necesarias del incumplimiento o lo que las partes pudieron verosímilmente prever al momento de contratar, salvo existencia de malicia del infractor.

Pero lo realmente meritorio del trabajo, es el análisis que hace de la jurisprudencia de nuestros tribunales que, con frecuentes contradicciones, no ha logrado elaborar una regla de derecho que fuera fácilmente discernible y asimilable por quienes deben someter sus diferendos a los jueces.

La preocupación del autor por concretar en principios precisos la regla explícita del Código Civil, que impone el requisito de previsibilidad, lo lleva a un estudio de los antecedentes de dicha exigencia, remontándose a Pothier y a las normas del common law, que aceptó tal criterio medio siglo después de sancionado el Código Civil francés, en ocasión en que el tribunal inglés del Exchequer, decidió el histórico caso "Hadley c/Baxendale", resuelto en 1854, que fue objeto de un estudio por nuestro distinguido colega Dr. Cueto Rúa, publicado en 1977 en la Revista de Derecho Comparado, titulado "La previsibilidad del daño contractual (la regla Hadley c/Baxendale)".

El Dr. Bunge en su trabajo maneja con destreza y con una técnica depurada el análisis de numerosos fallos de nuestra jurisprudencia, advirtiéndose en ello la formación que logró con el manejo del sistema americano, el *case method*, en ocasión de los cursos que siguió en los Estados Unidos. Un ejemplo de ello es el análisis que hace de la sentencia de nuestra Corte Suprema del 16 de abril de 1943 en el caso

"Rodríguez Guichou c/Gobierno Nacional", en que el Tribunal hizo una correcta aplicación de la doctrina legal referente a los alcances de las consecuencias del incumplimiento de obligaciones contractuales, fallo que guarda una llamativa analogía con el principio sentado en la regla Hadley c/ Baxendale. Lamentablemente, señala el doctor Bunge, dicha buena doctrina no se siguió de modo coherente y ajustado a los principios legales del Código Civil, en fallos posteriores de las Cámaras de Apelaciones, advirtiendo en ellos una falta a la indispensable unidad de los principios rectores en el tema, unidad que al quebrantarse compromete las garantías de los justiciables.

No puede negarse que el tema del trabajo premiado es polémico, y podemos agregar en buena medida opinable, frente a las corrientes doctrinarias de adhesión al principio de la reparación integral consagrado en el art. 249 del Código alemán, que gravitó por su singular prestigio para la aceptación de destacados juristas, logrando incluso que fuera objeto de una recomendación que auspició el muy prestigioso III Congreso de Derecho Civil de Córdoba de 1961.

Resulta igualmente polémica la disidencia que expresa el Dr. Bunge por la aplicación que algunos fallos han hecho de la reprobación del abuso del derecho, que incorporó la reforma del art. 1071 del Código Civil de 1968. No puedo dejar de señalar que a mi juicio esa reforma, lo mismo que la incorporación de la lesión subjetiva como causa de nulidad de los contratos y la teoría de la imprevisión, que han sido avaladas por su sanción en todos los códigos civiles modernos de los países del mundo occidental y aceptadas con casi unanimidad por los más prestigiosos juristas, constituye una expresión de confianza a la labor judicial, y cabe valorarla expresando que la experiencia de los años transcurridos entre nosotros desde su vigencia, ha sido en general prudente y no pasible de fundamentales reproches.

Pero lo que no puede negarse, es que las críticas del Dr. Bunge a excesos a que ha llegado en determinados casos nuestra jurisprudencia, contribuirá a que sea motivo de una prudente apreciación por los jueces la determinación de los

límites adecuados de la reparación indemnizatoria a reconocer por el incumplimiento de obligaciones estipuladas en el campo contractual. Máxime habida cuenta el pernicioso reflejo que en el orden económico del país, que tanto interesa preservar, puede tener un desborde en la aplicación de las normas de la ley, comprometiendo un valor fundamental, el de la seguridad jurídica.

Dr. Diego César Bunge: el premio que Ud. ha merecido es un honor, pero también una carga, pues le impone el compromiso de continuar en la labor intelectual, en la consagración al trabajo de investigación y docente. En nombre de la Academia formulo la expresión de nuestros fervientes votos para que ello se cumpla y alcance la satisfacción de brindar al país los frutos que pueden esperarse a las condiciones personales que Ud. ha demostrado tener.

VI

DECLARACIONES Y DICTÁMENES





## DICTAMEN SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE FIDEICOMISO

Uno de los principios fundamentales que orientan la filosofía económica del sistema patrimonial concebido por Vélez al redactar el Código Civil, es asegurar la ágil disponibilidad de los bienes, evitando, como principio, lo que obsta a ello. Este pilar ha sido fructífero y ha permitido un desarrollo dinámico de favorables resultados, en los largos años que el Código contribuyó con el sistema liberal que inspiró a su autor, al progreso del país, detenido hoy, lamentablemente por otras razones.

El régimen de fideicomiso que se proyecta, constituye una limitación que puede llegar a ser importante, a tales bases de nuestra legislación civil, pues fácilmente impedirá la disponibilidad de cuantiosos bienes, con perjuicio para el bien común.

Por otra parte, bueno es recordar que el sistema de fideicomisos o trusts, se ha usado con mucha frecuencia en países anglosajones en que no existe el régimen de legítima de los herederos forzosos. Verdad es que el proyecto en examen explícitamente deja a salvo que al instituirse el fideicomiso no puede afectar la legítima de los sucesores del fideicomitente, pero mucho es de temer, que para respetar dicha porción de herencia, sea necesario promover enojosos litigios que además de su onerosidad, resultarán un factor de encono y división en la familia; y tanto más de temer en un país cuyas actuales vicisitudes económicas muestran con frecuencia casos en que los patrimonios de las personas sufren detrimentos acentuados, a veces en poco tiempo de modo que afectar bie-

nes a fideicomisos, que no exceden a la parte disponible de quien lo decide, puede comprometerla seriamente al tiempo del fallecimiento.

No debe dejarse de lado una consideración que si bien podrá decirse que se refiere a hechos circunstanciales, hace aconsejable al menos en la actualidad, no sancionar el régimen proyectado. Se trata de las notorias arduas dificultades que afrontan, con pocas excepciones, las entidades financieras privadas del país y no es suficiente para prescindir de tal preocupación la disposición que se proyecta, excluyendo los bienes transferidos al fiduciario, de la garantía de los acreedores de éste, pues en caso de liquidación por falencia aparecerán créditos contraídos con motivo de la administración e inversiones en los bienes afectados y no cabe excluir tampoco privilegios de quienes actúen en el proceso de la liquidación.

Si estos argumentos no se consideran razón suficiente para no sancionar el proyecto, sólo podría admitirse que se lo aprobara con dos limitaciones esenciales: a) La prohibición de entregar bienes en fideicomiso a quien al tiempo de constituirlo tenga herederos forzosos y b) La fijación de un término máximo al fideicomiso, que no debiera ser nunca mayor de diez años. Pero con ello se reduciría de tal manera la posible aplicabilidad del sistema, que no parece, en la práctica, que convenga instituirlo.

Los señores académicos que propiciaron el dictamen aprobado en minoría consideraron que es preferible regular el instituto que mantener el sistema actual.

La institución del fideicomiso ofrece alternativas para cierto tipo de negocios u operaciones que de otro modo serían de difícil concreción.

El Código Civil no se opone al instituto, al punto de que el art. 2662 prevé el dominio fiduciario, definiéndolo como aquel que se adquiere como consecuencia de un fideicomiso singular y al amparo de ese texto y de otros concordantes, como el art. 388 del Código de Comercio, se han constituido fideicomisos con las finalidades más diversas.

Los riesgos a que se pueden encontrar sujetos los herederos legitimarios no se extienden con la regulación de este instituto porque aquellos derivan de transferencias que pueden efectuar los padres de familia y con la restricción que establece el proyecto de ley y la publicidad que resulta de la constitución del fideicomiso, se facilita el ejercicio de los remedios que la legislación consagra en protección de la legítima.

El Proyecto prevé la distinción entre el fideicomiso público y el privado y parece razonable la distinción por los requisitos que se establecen para uno y otro, frente a quienes son partidarios de un sistema uniforme.

En cuanto a las observaciones al Proyecto en consulta cabría formular las siguientes:

A) Acerca de la persona del fiduciario, en el fideicomiso privado, se considera que debe ser una institución bancaria o una persona individual o colectiva, específicamente reconocida por su solvencia moral y económica, para el desempeño del cargo.

Ese reconocimiento tendría que ser obtenido, genérica o específicamente, de la Inspección de Personas Jurídicas para el caso de personas colectivas, y del juez civil competente, en el caso de personas individuales, acompañando el solicitante lo necesario para acreditar sus condiciones, a los efectos del desempeño del cargo.

En la forma propuesta se elimina la exigencia —que algunos han sugerido— de que sólo puedan ser fiduciarios los Bancos y se establecen garantías para los casos en que se designen como tales a otras personas colectivas o individuales.

La alternativa propuesta será beneficiosa porque sigue el criterio del Proyecto al suprimir el monopolio bancario y mantiene las garantías que requieren quienes han sugerido que debe limitarse la persona del fiduciario a las instituciones bancarias.

Habría que aclarar que es el juez quien debe pronunciarse con los elementos que se le presenten o que él requiera para evitar designaciones de peritos que podrían recargar costos.

B) El requisito de la constitución por escritura pública debe limitarse al caso de que los bienes a transferir sean inmuebles.

C) El beneficiario debe poder ser designado o individualizado con posterioridad al acto constitutivo para la hipótesis de que, por ejemplo, el instituto se utilice para el otorgamiento de becas o premios.

D) En el art. 3 deben admitirse las precisiones que las partes deseen incluir, es decir, que la enumeración no debe considerarse excluyente.

E) Habría que prever la competencia judicial y tendría que ser de carácter civil, salvo que por la naturaleza de la persona del fiduciario se establezca o corresponda la jurisdicción comercial.

F) Sería recomendable establecer la exigencia de que el fideicomiso deba constituirse en el país si versa sobre bienes situados en la República, y podría complementarse con la instauración de un registro para que se dé publicidad, en beneficio de quienes pudieren estar interesados en conocer sobre su existencia.

G) Sería contrario a garantías constitucionales, sancionar el proyectado inc. 3 del art. 18 referente al fideicomiso público, pues su extinción "conforme lo determine el Poder Ejecutivo Nacional" privaría de la indispensable decisión judicial para adoptar una medida de tal naturaleza.

**DICTAMEN SOBRE EL PLAN DE ESTUDIOS  
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD  
DE BUENOS AIRES**

**LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES  
HA APROBADO POR MAYORÍA  
EL SIGUIENTE DICTAMEN**

El Consejo Superior Provisorio de la Universidad de Buenos Aires ha decidido modificar el plan de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, sobre la base del proyecto presentado por la Comisión Curricular constituida en esa Facultad, introduciéndole profundos cambios que alteran la concepción tradicional en la formación y capacitación del abogado.

La razón fundamental que se esgrime para innovar en el plan de estudios, se apoya en la existencia de una realidad social que obliga a aceptar el carácter masivo de la universidad y la limitación de los estudios, tanto en su intensidad como duración. Significa ello que para resolver el problema hay que disminuir en cantidad y calidad el nivel de los estudios. En otros términos hay que buscar soluciones que se adapten a los males de raíz que sufre la universidad en vez de tratar de superar o curar esos males.

La llamada universidad de masas es aquella en que la afluencia de población estudiantil sobrepasa la capacidad ra-

cional del ámbito universitario, entendida como el límite de receptividad física dado por las estructuras edilicias y el límite pedagógico que resulta de la desigual relación entre cuadros docentes y el número de estudiantes. La aceptación del carácter masivo de la universidad conducirá a las frustraciones de muchos jóvenes estudiantes a la par que a conflictos sociales. En el fondo es un espejismo que sólo posterga el problema que renace luego bajo la forma de proletariado profesional.

Esta Academia admite como cierto y preocupante el carácter masivo de la población estudiantil, como consecuencia sin duda del ingreso irrestricto, pero no cree que para conjurar ese estado de cosas deba abandonarse la tradición humanista de nuestros estudios de derecho, reducir exigencias de utilidad probada, suprimir materias capitales, otorgar la iniciativa en la composición del currículum a los alumnos y tarifar con expresión numérica el mérito de cada asignatura aunque así se proceda en universidades de otras latitudes.

Se crea como título intermedio, y como una especie de salida laboral, el de "bachiller en derecho", que:

"Permitiría a la gran mayoría de los estudiantes que pasan varios años en la carrera, alcanzar un título relativamente asequible, que le permita progresar en el trabajo en el que se desempeña durante sus estudios (administración pública, tribunales, bancos, empresas, despachante de aduana [sin estudiar derecho aduanero]), etcétera".

Un ciclo común con catorce materias a cursar en dos años, necesariamente con programas de contenido breve y superficial, no va a constituir la base sólida y seria de conocimientos jurídicos generales que permita a los alumnos abordar los cursos de orientación profesional posteriores. Se contradice así el dar una enseñanza de tipo breve y superficial, apta para un título intermedio que no es el de abogado y considerar que servirá de base importante para continuar

la carrera de abogado. Es evidente que cuando entren al "curso de orientación profesional", de distintas orientaciones o especializaciones, los alumnos carecerán de una base jurídica general, importante y suficiente como para pretender entrar al terreno de las especializaciones. Ello implica una desvalorización de la enseñanza del derecho y consecuente desjerarquización de las ciencias jurídicas con desmedro de la preparación profesional del futuro abogado litigante, asesor jurídico, profesor o magistrado.

Tampoco se logrará con ese curso intermedio acreditar "una formación jurídica general" —a la que alude el proyecto base de la resolución— y habría sido más acertado sostener que sólo se logrará acreditar "nociones jurídicas generales", pues de lo contrario se está desvalorizando el concepto que hoy tenemos de "formación jurídica general", que requiere no sólo el título de abogado sino años de estudio y ejercicio del derecho en la profesión, en la magistratura o en la docencia.

La universidad y por ende las facultades que la integran, se han caracterizado por su esencia humanista, que les permitió a través de muchos años ganar amplio y merecido prestigio mundial, demostrado por la calidad de los investigadores, profesores y profesionales de ella egresados, que tuvieron sobresaliente actuación en los más calificados centros científicos del mundo. Ese basamento humanista permitió a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires formar profesionales de alto nivel, que se distinguieron por su actuación pública y privada dentro y fuera del país. De ella salieron grandes hombres públicos y estadistas, así como destacados dirigentes empresarios y eminentes jurisconsultos que honraron al país.

Muchos de los defectos que se atribuyeron al plan de estudios tradicional obedecen al bajo nivel de la enseñanza por el facilismo que, con honrosas excepciones, ha predominado últimamente en la Facultad, ya que la preparación del estudiante es fijada por el nivel de exigencia del profesor y es un problema insuperable en la realidad actual del país, que la masificación de la universidad exige también

la masificación de los docentes, de lo cual deriva la consecuencia más importante en el actual problema universitario: la caída de la capacidad docente, por cuanto a mayor cantidad de profesores, menor nivel individual y ello es la consecuencia de las menores exigencias que tienen como resultado la deficitaria capacitación de los egresados.

El camino elegido por las autoridades de la Facultad de Derecho alejará al egresado del conocimiento de la ciencia jurídica universal, saber indispensable para desentrañar los problemas socioeconómicos de la hora actual. El hecho es de particular gravedad. Si en los últimos tiempos la inmensa mayoría del alumnado de la Facultad de Derecho aspira a un simple profesionalismo que le permita un mejor logro económico, ajeno a una cultura universitaria superior, a partir del nuevo plan de enseñanza la prioridad se limitará a obtener lo más rápidamente posible un certificado que no acreditará "formación jurídica general" como se pretende, sino sólo prácticos en la profesión, carentes de bases necesarias para lograr el jurista de mañana y menos aún el hombre público que, idóneo en el derecho y también en las ciencias sociales, permita reeditar los grandes valores que han honrado la política y la ciencia jurídica argentina.

Se parte del presupuesto de que no es posible conocer todo el Derecho. Ello es exacto, lo mismo que en otras facultades no será posible conocer todas las especialidades o especificidades de cada una de las ciencias que en ellas se enseñan. Pero una formación científica integral, que ha permitido que de nuestra universidad egresaran tres premios Nobel en ciencias y notables personalidades del mundo cultural con jerarquía internacional, se verá sensiblemente afectada con planes como el que acaba de sancionarse.

Por último, considera esta Academia necesario plantear el problema de la competencia de las actuales autoridades universitarias para formular modificaciones al plan curricular.

En efecto, las actuales autoridades universitarias son provisorias y normalizadoras. El rector y los decanos usan el



título de "normalizadores" y el consejo superior se denomina "Consejo Superior Provisorio".

Parecería que la función de autoridades provisorias y normalizadoras no es sino la de regularizar la estructura universitaria mediante la formación de los claustros con el llamado a los concursos correspondientes, a fin de que los docentes con títulos definitivos sean quienes, oyendo a otras partes interesadas, formulen los planes de reforma de los programas de estudio y de los métodos de enseñanza.

### DICTAMEN EN MINORÍA

Los académicos Enrique Ramos Mejía, José Domingo Ray y Federico Videla Escalada dejan a salvo su opinión expuesta en el informe elevado al Departamento de Derecho Privado el 11 de enero y en la Revista "La Ley" del 11 de marzo ppdo., los dos nombrados en último término, respectivamente.

Existe coincidencia en que el plan propuesto es un buen punto de partida para la reforma, en cuanto establece una división en dos ciclos, culminando el primero con el otorgamiento de un título intermedio.

La estructuración del plan debe hacerse en función del título de abogado, extendiendo el primer ciclo a tres años y reduciendo el segundo a dos años, con la finalidad de incluir en el primero materias como Historia del Derecho (nociones de derecho romano, derecho francés y derecho anglosajón), Parte General de Derecho Civil, un curso de Enciclopedia Jurídica y otro de Sociedades.

La crisis de la enseñanza del derecho deriva más que del plan de estudios del criterio que prevalece en la docencia y de la falta de dedicación y de exigencia por parte de quienes tienen la responsabilidad de la misma.

Se deja constancia que en este dictamen no se entra a considerar las razones de competencia de parte de las autoridades ni la oportunidad de la reforma, así como también el criterio que debe prevalecer en la formulación de un plan

de estudios, es decir, si se debe hacer con una orientación tendiente a una formación humanista, de hombres "de estado" o una formación preferentemente profesional. Con uno u otro criterio siempre habrá que tener en cuenta materias humanistas y de tipo formativo porque se trata de preparar a egresados que tendrán como función primordial colaborar en la elaboración de normas de conducta y que esta labor debe estar presidida por un criterio de justicia, como síntesis del plexo de valores jurídicos y de un serio análisis de la realidad social.

### DICTAMEN EN MINORÍA

El académico Julio César Cueto Rúa integró la Comisión Curricular designada por el Señor Decano Normalizador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Eugenio Bulygin, y firmó en tal carácter el despacho mediante el cual se aconsejó la introducción de las modificaciones en el plan de estudios que, en lo sustancial, han sido incorporadas al nuevo plan de estudios en trámite de aprobación. Por lo tanto, la opinión del Dr. Cueto Rúa en esta materia viene definida por su anterior actuación en la materia.

Las razones básicas del punto de vista adoptado por el Dr. Cueto Rúa en sus exposiciones en la Facultad de Derecho y en el seno de la Academia se encuentran expuestas en su artículo sobre el nuevo plan de estudios publicado por el diario "La Ley" (ejemplar del día 26 del mes de febrero de 1985). Por lo tanto, por razones de brevedad, esos fundamentos no serán enunciados en el presente dictamen. El Dr. Cueto Rúa reitera los expuestos en la mencionada publicación.

El nuevo plan de estudios elaborado por el Decanato Normalizador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, siguiendo en lo sustancial las propuestas de la Comisión Curricular, acepta como punto de partida la actual realidad pedagógica en la citada

Facultad de Derecho y sus deficiencias; tiene en cuenta las necesidades y las conveniencias de una sociedad moderna y dinámica; abre nuevas posibilidades profesionales para sus alumnos mediante la expedición de títulos intermedios y suministra las bases para un desarrollo especializado de los conocimientos y la práctica profesional, creando así mejores oportunidades de empleo y ejercicio forense.

El plan de estudios de la Facultad de Derecho se divide en dos ciclos, uno básico y otro de orientación profesional. El primero tiende a suministrar conocimientos elementales, conceptos básicos, y una visión del conjunto del ordenamiento jurídico para habilitar a quienes lo completen a llevar a cabo una práctica de exigencias limitadas en el plano administrativo, civil y comercial de la sociedad.

Quienes lo hayan completado habrán ganado una ventaja competitiva para su empleo y su promoción (martilleros, despachantes de aduana, agentes marítimos, gerentes administrativos de entidades gremiales, encargados de relaciones públicas, secretarios municipales, etc.).

El segundo ciclo de orientación profesional deja un amplio margen de elección al alumno para la intensificación de sus esfuerzos cognoscitivos y su aprendizaje en aquellas áreas del conocimiento y la práctica forense más afines a sus preferencias personales o más cercanas a sus propias posibilidades de ejercicio profesional en razón de sus vínculos familiares, económicos, culturales, políticos o financieros. Se da así una respuesta innovadora a un proceso de exagerado enciclopedismo y excesiva tutela académica, para apelar, en cambio, a la imaginación y la capacidad crítica de los alumnos.

Los fundamentos del nuevo plan de estudios, los males pedagógicos que se intenta corregir y las necesidades de una práctica más diversificada de la profesión, aconsejan poner en marcha el nuevo Plan de Estudios y someterlo a prueba. Los valores pedagógicos y formativos en juego y la urgente

necesidad de superar las deficiencias actuales en la enseñanza del Derecho en la Universidad de Buenos Aires justifican plenamente el ensayo.

Los dictámenes que anteceden han sido votados en la sesión extraordinaria privada de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires celebrada el 4 de noviembre de 1985.

## DECLARACIÓN SOBRE EL ESTADO DE SITIO

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, con motivo de los decretos del Poder Ejecutivo Nacional números 2049, 2069 y 2070, declara:

Que es deber primordial e ineludible de los Poderes Públicos la defensa del orden constitucional, la que siempre debe efectuarse en el marco de la Constitución y de la Ley, so pena de desnaturalizar la finalidad perseguida.

Que la Constitución Nacional no autoriza al Poder Ejecutivo a disponer arrestos, sin previa declaración del estado de sitio.

Que ni aun durante el estado de sitio, el Poder Ejecutivo puede disponer arrestos por tiempo determinado, los cuales constituyen penas cuya aplicación por el Poder Ejecutivo la Constitución prohíbe expresamente en su art. 23.



VII

OTRAS DISERTACIONES





LAS DEVALUACIONES DE 1981 FRENTE A  
LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.  
SUS PROYECCIONES ACTUALES

*Conferencia pronunciada por el académico Dr. Horacio A.  
García Belsunce en la Academia Nacional de Ciencias  
Económicas el 15 de mayo de 1985*



La enunciación del título que he elegido para esta disertación hace pensar en el tratamiento de un problema del pasado, casi vetusto. Ciertamente es que las devaluaciones de 1981 pertenecen al pasado, pero sus proyecciones están presentes y lo estarán aun en el futuro, porque los planteamientos que ellas originaron entre las partes contratantes en distintos negocios jurídicos, están actualmente en controversia judicial, algunas con sentencias definitivas, otras con fallos apelados y algunas aún pendientes de una primera solución. La antigüedad de la causa del problema no es óbice para la vigencia de éste, dado que nuestra responsable Justicia tiene como una de sus características la lentitud y con el mayor respeto por ella, podemos decir que el tema elegido no está pasado de moda gracias a que la justicia rejuvenece siempre los hechos del pasado. Además, el problema habrá de plantearse también respecto de las devaluaciones posteriores a 1981, aun cuando las circunstancias fácticas —económicas en el caso— sean diferentes.

Los fallos que motivan nuestro análisis son del año 1984 en su mayoría y para prolongar el problema aún más en el tiempo, la publicación de ellos ha tenido lugar en los últimos meses del año pasado y en un caso hace veinte días.

## I. — LOS HECHOS

En diciembre de 1978 el Ministro de Economía, con el objeto de disminuir expectativas inflacionarias, decidió pre-fijar el tipo de cambio, las tarifas del sector público y los salarios básicos y, además, la contracción de la expansión

monetaria mediante la apertura del mercado de capitales y el crecimiento del crédito interno en un nivel equivalente al de la tasa de devaluación del tipo de cambio. Esta política cuyo acierto o desacierto no es del caso comentar ahora —porque ya lo hemos hecho en otras oportunidades— determinó la conformación de la conocida “tablita cambiaria” en virtud de la cual los agentes económicos sabían que a partir del 27 de diciembre de 1978 el tipo de cambio sería tal o cual por estar prefijado anticipadamente conforme a las circulares que el Banco Central dictara al respecto.

Así, por circular 807 se fijó para el 1º de enero de 1979 siguiente una cotización de un dólar = \$ 989 con una devaluación hasta el 31 de agosto del 41,8 %; el 9 de abril de 1979 la cotización se fijó en un dólar = \$ 1.615; el 1º de octubre de 1979 y para enero de 1980 se estableció una devaluación del 2,8 % y así sucesivamente para los meses siguientes; el 16 de septiembre de 1980 se fijó para el mes de octubre de dicho año y los meses siguientes una devaluación del 1 %. Esta última cotización para el 31 de marzo de 1981 era de \$ 2.118, pero el 2 de febrero el mismo Ministro de Economía devaluó el peso en un 10 % y por resolución del Banco Central se fijaron las cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1981, fecha en que debía ser de \$ 2.757.

Al producirse el cambio de Presidente, el nuevo Ministro de Economía anunció otra devaluación del 30,4 % que elevó el tipo de dólar vendedor a \$ 3.100. El 2 de junio de 1981 se produce otra devaluación del 30 %; el día 22 del mismo mes y año se ordenó el desdoblamiento del mercado cambiario que significó una nueva devaluación del 32 %, quedando el dólar comercial en \$ 4.408 y el financiero en \$ 6.000, mientras que conforme a la “tablita” debía ser de \$ 2.757. De ahí en adelante la divisa extranjera ha ido devaluándose constantemente, pero esas devaluaciones son ajenas al tema que motiva este análisis.

## II. — LA JURISPRUDENCIA

La devaluación monetaria efectuada durante los primeros meses del año 1981 ha producido efectos en los contratos y otras transacciones comerciales que han sido analizados por múltiple doctrina civilista y materia de numerosos pronunciamientos judiciales (Bustamante Alsina, J., "La devaluación del peso y la teoría de la imprevisión", E.D., 95-797; Krause, Juan Ignacio, "La devaluación monetaria y el hecho imprevisible", E.D., 96-865; etc.).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, en fallo del 31 de mayo de 1983, en la causa "Verardo y Cía. S.A. c/Fabricinta S.R.L.", dijo que:

"Las bruscas y graves modificaciones en la fijación del valor dólar a partir de febrero de 1981, tratándose de un contrato anterior, pueden importar el advenimiento de un hecho de los que se contemplan en el artículo 1198, segunda parte, del Código Civil; y la mayor o menor cercanía al impacto producido por tales manifestaciones en los planes de gobierno son verdaderos hechos de imperio o hechos del príncipe, que tienen el carácter de imprevisibles o extraordinarios, aptos para generar un grave detrimento por desequilibrio importante de las prestaciones. . . Las bruscas modificaciones en la fijación del valor dólar a partir de febrero de 1981, frente a la tabla de devaluaciones programadas por las autoridades, pueden revelar un caso de acontecimiento ajeno a la normal, corriente, aceptable previsibilidad de los particulares. Cuando es el Estado con sus organismos especiales y técnicos quien altera profundamente sus planes altamente publicitados, y en tiempo récord desequilibra la moneda en tal forma que ocasiona una profunda brecha en la conmutatividad consentida por la parte en sus negocios, existe razón suficiente para sostener que ha habido sorpresa jurídica. . .".

Esta jurisprudencia, que hizo lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión del artículo 1198 del Código Civil, formula sin embargo ciertas reservas que deben tenerse en cuenta cuando manifiesta que:

“... no puede argumentarse sin más y en forma absoluta la imprevisibilidad de que se mantuviera la fluctuación porcentual impuesta de las devaluaciones...” (E.D., t. 105, pág. 229).

El mismo Tribunal y Sala, también en la misma fecha, en la causa “Yacub, Enrique c/Mar Caribe S. R. L.”, sostuvo análogos argumentos para hacer lugar a la teoría de la imprevisión frente a un contrato de compraventa celebrado en octubre de 1980, agregando que:

“En el mundo de los negocios se actúa por lo general según los programas de gobierno enunciados y ejecutados por la autoridad pública, a despecho de las opiniones o críticas de que son objeto. Además, el común de las gentes, incluidos quienes por su profesión tienen la aptitud de formular algún criterio sobre el acierto o desacierto de las medidas adoptadas y seguidas en el Palacio de Hacienda, están constreñidos a conducirse en sus contrataciones según el curso impreso por el gobierno a la cuestión financiera”.

Pero, agrega muy atinadamente dicho fallo que:

“A fin de determinar respecto de la aplicabilidad del artículo 1198, segunda parte, del Código Civil, el análisis del fenómeno de que se trate, en cuanto a su previsibilidad, debe ser efectuado en *concreto*, teniendo en cuenta *la calidad de los contratantes, la intención real de ellos al referirse a la pauta de actualización* —en el caso el dólar— el significado económico del contrato y la fecha de su celebración...” (el subrayado es nuestro) (E.D., t. 106, p. 465).

El mismo Tribunal, en su Sala G, en fallo del 12 de junio de 1984, en los autos "Paszkowski, Andrés c/Colombo, Eduardo y otro" (E.D., t. 110, pág. 767) reitera la misma jurisprudencia, sosteniendo que tratándose de un contrato de compraventa celebrado en febrero de 1980, en el que se pactó una cláusula de estabilización consistente en el valor dólar, es procedente la revisión del convenio con fundamento en la teoría de la imprevisión. Dice expresamente que:

"El incremento de la cotización del dólar producido a partir de febrero de 1981 aparece, por su magnitud, como la causa de la excesiva onerosidad que menciona el artículo 1198 del Código Civil y resulta asimismo el extremo imprevisible y extraordinario que prevé dicha norma. Ello así, pues no obstante que en ese momento las perspectivas económicas o financieras de la plaza evidenciaban un fuerte proceso inflacionario, debiéndose admitir que *alguna persona muy perspicaz o bien informada pudo haber previsto esa acentuada devaluación de nuestra moneda* (el subrayado es nuestro), sin embargo, en mérito al largo tiempo en que se había mantenido un alza progresiva, aunque lenta, del dólar, y las seguridades dadas por las autoridades sobre la vigencia de la 'tablita', es comprensible que al común de la población le resultara una circunstancia totalmente imprevisible el brusco quebranto de esas cotizaciones tabuladas y el alza de la divisa, que se ha mantenido e incrementado en la actualidad".

Un cambio importante dio la jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, en fallo del 24 de mayo de 1984 en los autos "Quetzal Electrónica S. C. A. c/ IBM Argentina S. A." (E.D., t. 109, pág. 603) sosteniendo que:

"La teoría de la imprevisión no es un dispositivo que permita a alguien desligarse de los malos negocios sino un remedio heroico que impide la grosera vulneración de la justicia, pero sin que ello implique una degra-

dación del principio de conservación de los contratos y una autorización ilimitada del juzgador de cambiar el concertado por otro, en el cual se modifica el precio originalmente pactado, con la particularidad de que se lo hace prescindiendo de la voluntad de quien presta el consentimiento. Ello importa tanto como convertir a los jueces en intérpretes del interés de las partes, sustituyéndolas en la modificación de los términos y condiciones contractuales, lo que equivale a desconocer el principio de la autorregulación de los intereses privados, sin que medien razones superiores de orden público o de interés social que justifiquen su intervención".

Agregando, al rechazar la demanda, que "las devaluaciones del 2 de febrero (10 %), 2 de abril (30 %) y 2 de junio (30 %) del año 1981 no pueden constituir acontecimientos imprevisibles para el deudor por revestir la calidad del comerciante, por su experiencia durante la devaluación cambiaria de junio de 1975 y además *por haber sido suficientemente divulgada la circunstancia de que nuestra moneda se encontraba sobrevaluada con respecto al dólar estadounidense*" (el subrayado es nuestro).

Esta última jurisprudencia conforma nuestra opinión sobre la doctrina que debe aplicarse en el caso, porque consideramos que la imprevisibilidad del artículo 1198 del Código Civil no es cualquier acto del príncipe o de fuerza mayor, sino que la imprevisibilidad como tal es subjetiva, en función del conocimiento y capacidad de las partes, del medio ambiente en que ellas actúan, de los acontecimientos que preceden el hecho, de la debida información con que los agentes económicos que encaran un negocio deben estar dotados y porque, como dice muy bien Ibarluúa en un estudio sobre la materia:

"... La medida de gobierno que dispone la devaluación monetaria, no sería susceptible de invalidación por el Poder Judicial por tratarse de una cuestión de mé-



ritos, oportunidad, o conveniencia, de exclusiva incumbencia del poder político y en tal sentido sería un acto estatal legítimo". (E.D., t. 105, pág. 998).

Escrito este trabajo, nos ha sorprendido un fallo de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 28 de septiembre de 1984, recién publicado el día 25 del mes próximo pasado, en el que dicha Sala cambia la jurisprudencia sentada en la causa antes citada "Paszowsky, Andrés c/Colombo, Eduardo y otro" sosteniendo:

"En materia de compraventa inmobiliaria, la finalidad del restablecimiento de las prestaciones, indica que la mera alteración cuantitativa de una de ellas, con el encarecimiento del precio de la conversión del dólar estadounidense al tiempo del pago previsto, no puede constituir por sí sola razón suficiente para la aplicabilidad del artículo 1198 del Código Civil. . . Tratándose de un contrato de compraventa en el que se pactó una cláusula de estabilización consistente en el valor dólar firmado en marzo de 1981, resulta improcedente el reajuste del saldo de precio con fundamento en la teoría de la imprevisión dado que, al haberse contratado con posterioridad a las devaluaciones del 2 de febrero y 2 de abril de ese año, no resultaban imprevisibles nuevas devaluaciones entre la fecha del contrato y la de su cumplimiento (20 de agosto de 1981) por haberse quebrado la credibilidad en el sistema de cotización pautada en la así llamada 'tablita' hasta el 2 de febrero de 1981" ("Betazza Juan c/Grifer S.C.A." en E.D. del 25/4/85).

Resulta de esta decisión que las devaluaciones de junio de 1981 no son para la Cámara hechos extraordinarios e imprevisibles.

De los fallos analizados, tres dictados por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en distintas Salas, consideran que las devaluaciones de 1981 constituyen un hecho imprevisible y extraordinario; en otros términos han dado

la razón a los demandantes. Otro, de más reciente data, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sostiene la tesis contraria y un último de la Cámara Civil sigue esta misma orientación, modificando la jurisprudencia anterior.

### III. — LAS DEVALUACIONES DE 1981 NO FUERON ACONTECIMIENTOS EXTRAORDINARIOS E IMPREVISIBLES

Como bien lo dice la segunda parte del artículo 1198 del Código Civil:

“En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato...”.

Es nuestra intención demostrar que las devaluaciones ocurridas en 1981 y que hemos citado en el capítulo I del presente trabajo no constituyen el hecho “extraordinario e imprevisible” de que habla la norma precitada.

Recogiendo sumariamente la doctrina sentada por la jurisprudencia, tanto favorable como desfavorable respecto de la aplicación de la teoría de la imprevisión, cabe destacar que en todos los casos, palabras más, palabras menos, se ha sentado lo siguiente:

a) Que la teoría de la imprevisión es aplicable a la luz de circunstancias y hechos concretos;

b) Que entre estos últimos constituye un elemento principal a considerar la situación particular de las partes dada por la índole y envergadura del negocio, la capacidad intelectual de los contratantes;

c) Que todos los factores antecedentes hacen que un hecho pueda ser extraordinario e imprevisible para una persona y no para otra, pero a ello se agrega el elemento objetivo pro-

pio de todo hecho o acto extraordinario e imprevisible que está dado por un conjunto de circunstancias que lo tornan realmente sorpresivo o inesperado para el o los contratantes.

Si como dice la primera parte del artículo 1198:

“Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”,

es menester penetrar profundamente en lo que algunos autores llaman el “subsuelo del contrato”, que es lo mismo que interpretar la voluntad o el espíritu de las partes como condición o presupuesto del contrato instrumentado; es necesario desentrañar ese espíritu en función de sus calidades y capacidades y de su información sobre el contexto político y económico que se vivía en el momento de la celebración del contrato.

A pesar de que el “subsuelo” es subjetivo y objetivo, no tiene por qué haber sido el mismo para las dos partes, porque una puede haber tenido una apreciación de la situación económica del país y la otra una completamente diferente, sea porque sus informaciones eran distintas o porque su captación del fenómeno económico-político también era diferente.

Buscando un principio de justicia conmutativa en la aplicación de la segunda parte del artículo 1198 del Código Civil, trataremos de objetivizar esa apreciación en función de elementos ajenos a las mismas, que conduzcan a determinar si los factores en juego han hecho que el acto calificado de extraordinario e imprevisible sea o no tal, en función de factores ajenos a la voluntad o capacidad de las partes. En otros términos, no pretendemos que la devaluación sea un acto imprevisible para un especialista en economía, para un dirigente empresario, o, en general, para quien esté dotado de altos conocimientos en materia económica que lo hagan capaz de prever, como analista, los hechos económicos a suceder en función de una situación económica presente y determinada. Procuramos que la calificación del acto esté dada

por elementos objetivos que caracterizan al hecho en cuanto a que las circunstancias que lo determinaron sean públicas y notorias y que su previsión no escape al común de las gentes, entendiendo por tales a todos los que por encarar transacciones comerciales o civiles, deben estar dotados de la mínima información sobre los acontecimientos políticos o económicos del país en el que viven o en el que realizan sus negocios.

Para ilustrar sobre ese estado de la opinión pública haremos a continuación las citas de algunos trabajos que por la índole de las publicaciones en que han aparecido, deben considerarse de público y notorio conocimiento. Se trata de tesis y conceptos destinados a ilustrar a la opinión pública y, como veremos más adelante, su lectura y entendimiento no podría considerarse un hecho ajeno para los agentes económicos, en estos casos las partes de las contrataciones.

Como el ejemplo empieza por casa, comenzaremos por citarnos en las opiniones que hemos vertido sobre el particular. En un artículo titulado "Atacar la inflación en sus causas, no en sus efectos", publicado en "La Prensa" del 23 de marzo de 1979, analizando el mensaje del Ministro de Economía que tituló "Profundización y ajuste de las medidas económicas", dijimos que el objetivo básico de ese programa era: a) actuar sobre la disminución de las expectativas inflacionarias, preanunciando una tasa de incremento en las tarifas del sector público, en el tipo de cambio y en los salarios básicos de convenio, todo hasta el mes de agosto de 1979; y b) actuar sobre la contracción de la expansión monetaria mediante la apertura del mercado de capitales y el crecimiento del crédito interno en un nivel equivalente al de la tasa de devaluación del tipo de cambio.

Sostuvimos que nadie creyó en una previsión inflacionaria del 41 % como la hecha por el Ministro para los primeros ocho meses de 1979, pues bastaron pocos días para demostrar que el descreimiento no era obra de detractores, pues las cifras oficiales acusaron el incremento de la tasa de los precios al consumidor en el primer trimestre del año 1979 en alrededor del 28 %; o sea, que el primer efecto buscado

por el plan, de actuación sobre las expectativas inflacionarias, no produjo los resultados previstos.

El aumento de la oferta monetaria depende de la expansión del crédito interno y de la balanza de pagos. Con relación a aquél, las nuevas pautas previeron una disminución de su expansión, respecto del ejercicio anterior y, por lo tanto, el crédito interno funcionaría como un factor contractivo. Se supuso que en la relación con el sector externo, al haberse facilitado la entrada de capitales en préstamo, ellos competirían con el crédito interno (por la diferencia entre las tasas internas y externas), produciendo su primer efecto: rebaja de las tasas de interés en el mercado interno. Pero, como consecuencia del ingreso de capitales facilitado por esa política de ajustes, aumentó la expansión monetaria, contrariando el objetivo principal al no recurrirse a las operaciones de esterilización llamadas de "mercado abierto", en tanto y cuanto lo impidió el emplearlas en 1979 en proveer de fondos al sector público.

Dijimos en aquel entonces que el gobierno no podía dejar de suponer que al comienzo de las medidas de ajuste y profundización, la inflación sería inicialmente mayor que la tasa de devaluación prevista; entonces el tipo de cambio real disminuiría y con ello se afectarían las exportaciones, con lo cual el sector externo actuaría como factor contractivo. Así se lograría evitar la expansión que resultaría del ingreso de divisas, pero nada menos que al precio de deteriorar el ingreso del sector exportador.

Respecto de los precios y las tasas de interés dijimos entonces algo que tiene actualidad en estos tiempos:

"Si los índices de precios minoristas y mayoristas aún se mantienen por encima de lo previsto y la circulación y la base monetaria han aumentado en el mes de febrero en relación con las cifras absolutas de enero y diciembre pasados, no es previsible que se alcance la reducción de las tasas de interés en el mercado interno en el nivel deseado. Si las tasas de interés nominal bajaran y con ello disminuyera el interés real, disminuirán

los costos de producción, aumentará la demanda de crédito y, satisfecha ésta, frente a bienes y servicios escasos, se agravará el desequilibrio de demanda y oferta y aumentará la inflación. Si, en cambio, se opta por la restricción monetaria, no satisfaciendo el aumento de demanda de crédito, ello producirá una situación de cierta iliquidez con alza de las tasas de interés nominal (correlativamente se irá elevando el interés real), con lo que disminuirá el nivel de actividad económica y con ello, sensiblemente la tasa inflacionaria. Los efectos negativos de aquella disminución serían transitorios, porque sólo con la reducción cierta de la inflación y no con promesas disminuirán luego las expectativas, bajará el interés nominal sin que disminuya el interés real, desaparecerá el incentivo al crédito externo y se reducirán los efectos expansivos de este sector, alcanzándose una estabilización de costos y precios que redundará en el incremento de la oferta de bienes y servicios, servida entonces con una oferta monetaria equivalente, que proveerá de fondos suficientes a una demanda que irá creciendo gradual y genuinamente”.

Estas manifestaciones vertidas en 1979 son análogas a las que expusiera respecto de la situación presente en el artículo publicado en el diario “La Nación” los días 29 y 30 de diciembre de 1984.

Queda así clara nuestra opinión en este primer artículo que hemos citado, hecha pública a través de uno de los matutinos seculares y principales de nuestro país, de que la inflación reprimida mediante el mecanismo de la “tablita” era un sistema que a tres meses de su puesta en funcionamiento había demostrado su falla al no atacar las expectativas previstas, sobrevaluar el peso y permitir el aumento de la inflación y de las tasas reales de interés, de lo que surgía no sólo la inconveniencia de ese cambio prefijado, sino la pretensión de actuar sobre una malentendida “inflación reprimida”.

En otro artículo titulado “El plan económico de 1976. Su ejecución y resultado”, publicado en el mismo diario

"La Prensa" los días 16, 17 y 18 de marzo de 1981, después de criticar las manifestaciones del Ministro de Economía vertidas el 12 de febrero de 1981, pretendiendo demostrar que había logrado la convergencia entre la inflación interna y las tasas de devaluación, con argumentos que no es del caso mencionar ahora, sostuvimos:

"A pesar de que puede ser discutible la solidez o no de la convergencia buscada con esta política, hay que entender bien claro que la misma ha tenido como pilares de sustento la sobrevaluación del peso o el tipo de cambio fijo, a través de la 'tablita' y la apertura económica mal aplicada. No se ha tenido en cuenta que no existe otro método más idóneo para determinar el tipo de cambio que el mecanismo de los precios a través de la oferta y la demanda en el mercado de divisas... Era previsible que la alteración de la paridad provocada por medidas dirigistas como las pautas cambiarias de diciembre de 1978 habrían de ejercer un efecto desestabilizador en el balance de pagos. Querer suprimir la inflación a través del tipo de cambio no ha significado sino perder el equilibrio de la balanza comercial y de la balanza de pagos, con los efectos prácticos de alentar las importaciones, perjudicar las exportaciones que constituyen la fuente legítima de ingresos nacionales e incentivar el despilfarro de recursos (turismo)".

Nuestra opinión ha sido siempre en favor del libre cambio, o sea de la libre flotación de su paridad, como hemos expresado en numerosos trabajos y conferencias, criticando la política de la "inflación reprimida" de 1978 y todas las medidas dirigistas que tienden a alterar la libre determinación de los factores económicos. *La sobrevaluación del peso sólo se corrige con su devaluación*, a través de las distintas formas de hacerla, sea por una nueva paridad fija, por la flotación libre en cuyo caso la devaluación la efectúa el mercado, por la fijación de distintos tipos de cambio (como ocurrió en junio de 1981) o a largo plazo (siempre que se den

los factores necesarios) mediante la reducción drástica de la inflación monetaria, que a su vez se traduzca en crecimiento de los saldos de las balanzas comerciales y de pago y en el incremento de las reservas monetarias, todo lo contrario de lo que ocurrió en 1980, en que los saldos fueron deficitarios y las reservas monetarias descendieron.

Raúl G. Stocker, uno de los especialistas más calificados en materia cambiaria, expone el tema con brillo y profundidad en los artículos que escribe en el "Economic Survey", en los números 1698, 1699, 1700, 1701 y 1703, en fechas 20 de noviembre de 1979, 4 de diciembre de 1979, 11 de diciembre de 1979 y 8 de enero de 1980. Bien dice en uno de esos trabajos que:

"Lo único que parece olvidarse aquí es que, en realidad, no es la inflación consecuencia de la depreciación del peso, que conduce a su devaluación, sino que esta última es secuela de aquélla, limitándose tan sólo a formalizarla y exteriorizarla en cierto modo, siendo que algo análogo sucede en el caso de las tasas de interés. Sin perjuicio, eso sí, de que un nuevo punto de partida y de sinceramiento, *vía un reajuste cambiario*, puede causar un inicial y transitorio impacto inflacionario que, empero, debe servir de *nuevo nivel de estabilización posterior*".

Con diáfana claridad dice en un párrafo del artículo publicado en el número 1699 a que antes hemos hecho referencia que:

"Se da una mayor concientización en torno al riesgo cambiario empíricamente existente, tanto por el rezago cambiario acumulado como la *mayor libre flotación del peso que cabe esperar para un futuro próximo más o menos cercano en algún punto situado en el segundo o tercer trimestre del año próximo*" (se refiere a 1980).



Agrega Stocker en el trabajo publicado en el número 1698 que

“en ese punto de inflexión puede localizarse entonces, el posible *abandono del sistema de cambio fijo con devaluaciones decrecientes para pasar a una flotación del peso relativamente libre, aunque virtualmente sucia*”.

Amando P. Ribas escribía en “El Cronista Comercial” del 12 de junio de 1979 un artículo titulado “La despautación”, expresando:

“La necesidad de reconocer el fracaso del programa del 20 de diciembre de 1978 y en consecuencia *terminar con el sistema de pautas*”.

El mismo autor, en artículo publicado en el mismo diario en octubre de 1979 dijo:

“En todo caso la circular del Banco Central mostraría la conciencia de las autoridades de que *el proceso de revaluación del peso no podía continuar indefinidamente. Por tal razón es de esperar que se produzca una reversión del tipo de cambio real en algún momento de 1980 y a partir de la cual será necesario que las devaluaciones sucesivas sigan la tasa de inflación...* Por consiguiente, todo parece indicar que las pautas están muertas aun cuando pueda preverse un descenso de la tasa de inflación”.

(Estos artículos están recopilados en el libro del Dr. Ribas titulado *La inflación. La experiencia argentina 1976-1980*, Ed. El Cronista Comercial, 1980, págs. 328/331).

El 15 de diciembre de 1979, Alberto Caprile escribía en “La Nación” un artículo titulado “1980 sin inflación” en el que decía en su parte final:

*“Las pautas que fijan precio al dólar van a tener que terminar. Cuando ello suceda, tendrá lugar una significativa devaluación del sobrevaluado peso, y a su vez causará una explosiva alza de los índices de precios. Este reajuste en los tipos de cambio es imprescindible para que no se funda el agro y la más tradicional industria nacional. Debe ser hecho lo antes posible, porque si se persiste en ensanchar la brecha entre paridad cambiaria y costos internos las quiebras pueden ser catastróficas y, finalmente, en el reajuste, puede asumir carácter de explosión atómica...”*

Ninguna política económica podía resistir ni ha resistido la permanencia en el tiempo de un desfase entre la tasa de inflación y la tasa de cambio. Los hechos ocurridos en la Argentina así lo demuestran. La “inflación reprimida”, criticada inmediatamente de dictadas las pautas de diciembre de 1978, cayó estrepitosamente en 1981 *con devaluaciones que eran previsibles y necesarias*, no por razones de ortodoxia económica, sino por los efectos desastrosos que ese desfase —muy lejos de la convergencia buscada— produjo en todos los aspectos de la economía.

Alvaro C. Alsogaray en su conocido artículo “Se cierne la tormenta”, publicado en “La Prensa” el 25 de noviembre de 1979, dijo:

“¿Por qué los ingresos están regidos por la paridad cambiaria fija? Porque según sea esa paridad el productor agropecuario y el exportador percibirán más o menos pesos. Si la paridad se atrasa en la forma que muestra la curva, recibirán, en términos relativos, cada vez menos pesos. Si consideramos el caso del industrial que produce artículos expuestos a la competencia extranjera, es evidente que no podrá elevar sus precios en el mercado interno, ya que los artículos importados resultarán cada día comparativamente más baratos. El precio de estos últimos representará ‘un techo’ para el precio de venta de los productos nacionales. Y como la

provisión de tales bienes es prácticamente ilimitada (hasta que se acaben las divisas) ese 'techo' no podrá ser sobrepasado... *ese límite es insostenible e intolerable*. De manera que, en ambos casos, el de la producción-exportación y el de la industria nacional, *el tipo de cambio constituye un freno a los ingresos*, mientras que la inflación actúa como un motor para los costos. Un verdadero 'chaleco de fuerza' que ahoga a ambos sectores sin equilibrar la economía".

De la misma manera y con el mismo objetivo, en un editorial de "La Prensa" del 14 de octubre de 1979 titulado: "Perspectivas fiscales, cambiarias y monetarias", se tratan todos los problemas a los que aquí nos venimos refiriendo y se formulan las previsiones y prevenciones acerca de *la necesidad de terminar con las pautas cambiarias*. Análogamente, es digno de mención el editorial "Economía y moneda" del 8 de marzo de 1979 del mismo diario sobre la incidencia de las pautas cambiarias en el sistema financiero.

Adolfo E. Buscaglia en un estudio bajo el título "La crisis del sistema financiero", en "La Prensa" del 25 de abril de 1980 describe perfectamente el sistema de las devaluaciones fijas y de la inflación reprimida, sus efectos, consecuencias y durabilidad y particularmente manifiesta:

"Esta solución gradualista de 'inflación reprimida' por vía de un retraso de las cotizaciones cambiarias es altamente desestabilizadora del sistema financiero desde que engendra riesgos y movilizaciones crecientes de las carteras bancarias, al crear una aguda inestabilidad financiera en una ancha franja de actividades productivas indebidamente expuestas a la competencia externa en condiciones cambiarias desventajosas, así como los sectores productivos de exportación. Su desenlace no puede ser otro, si no es rectificado a tiempo, que la crisis del balance de pagos con impacto inflacionario no reprimible".

De las opiniones vertidas surge con toda claridad que la "tablita cambiaria", o sea, las minidevaluaciones fijas con el objeto de contener "reprimida" la inflación, no tenían en el consenso público asidero alguno. Que economistas en publicaciones aparecidas en diarios y revistas de gran circulación entre el público consumidor y los mismos diarios del país en sus editoriales han difundido el concepto de que sólo el gobierno no quería ver que el sistema imperante era insostenible. El tipo de cambio fijo, gradual y estable, estaba llamado a desaparecer y, en consecuencia, a los fines de nuestro estudio, la devaluación de 1981 no era algo extraordinario o imprevisible al menos avisado de los agentes económicos, sujeto de las transacciones civiles y comerciales que luego fueron cuestionadas en el ámbito de la justicia por malentender que el fenómeno devaluatorio había alterado el "subsuelo del contrato" y, por ende, la intención de las partes al celebrarlo.

Particulares o empresarios que celebran contratos de mayor o menor importancia, como son los que motivan los pleitos en que la teoría de la imprevisión se alega en favor de la situación del deudor de las prestaciones, no pueden desentenderse del contexto económico, político y social del país, en cuanto éste condiciona o determina los resultados empresarios y de los negocios, y sus variantes, favorables o desfavorables, son las que constituyen el riesgo empresario, del que nadie puede alegar sustraerse y calificarlo de caso fortuito o fuerza mayor. Esa parte contratante habría actuado con torpeza o negligencia y es un principio consabido que nadie puede alegar su propia torpeza.

#### IV. — CONCLUSIONES

Ha sido nuestro propósito el demostrar que ciertos hechos económicos, como la devaluación elegida en este caso, no constituyen los acontecimientos extraordinarios o imprevisibles que permiten al contratante, en mérito a lo dispuesto en la segunda parte del artículo 1198 del Código Civil,

pedir la resolución del contrato, por considerar que esos hechos han alterado la equivalencia de las prestaciones, tornándolo oneroso para una de las partes y consecuentemente, violatorio de su derecho de propiedad.

Como lo hemos aclarado reiteradamente, el tema es de naturaleza fáctica y debe analizarse a la luz de las circunstancias propias y particulares de cada caso y de las características personales de los sujetos contratantes.

Si nos hemos ocupado en particular de esta falta de carácter absoluto de la regla de aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, para considerarla viable solamente cuando se dan determinados fenómenos y circunstancias particulares, variables en el lugar y en el tiempo, es porque los pronunciamientos judiciales antes señalados nos han determinado a considerar conveniente el dar una opinión sobre el particular y, principalmente, nos han llevado a esa decisión las soluciones abiertamente opuestas y contradictorias registradas en fechas cercanas en los fallos analizados.

Quizás también será invocada la teoría de la imprevisión frente a las "minidevaluaciones" que caracterizan la política cambiaria desde 1983 a la fecha. La respuesta no puede ser sino negativa, porque si bien en largos plazos la devaluación de las divisas alcanza cifras considerables, ella es el efecto de una política inflacionaria inédita cuyos niveles el tipo de cambio sigue en ajustes periódicos y si en algún momento se hiciera una devaluación más alta, no podrá tampoco ser considerada imprevisible porque el ajuste que requiere nuestra decadente situación económica no hace descartable ningún recurso aunque parezca drástico.

Hay que convencer a los agentes económicos, a los hombres de derecho y, en particular, a los jueces, de que en la Argentina de hoy la inflación y la devaluación escapan al concepto del hecho extraordinario e imprevisible.

Como nuestra economía no se caracteriza por su estabilidad ni la política argentina por no repetir errores cometidos, sino que hace cuarenta años que nos venimos debatiendo entre sistemas contradictorios que renuevan políticas coyunturales de triste experiencia pasada, nos ha animado

también a hacer este trabajo el volver a advertir, siguiendo una prédica constante que nos hemos impuesto desde hace años, que la economía como fenómeno político social no es un campo reservado para determinados sectores de la vida nacional, sino un fenómeno influyente de esta última, cuyo conocimiento y manejo, aun de la manera más rudimentaria, no puede escapar al más común de los ciudadanos.

Lamentablemente, nos toca decir esto en momentos en que se proyecta que la enseñanza de la economía política, de las finanzas públicas y de la política económica argentina dejen de ser materias obligatorias —como lo han sido tradicionalmente— en el plan de estudios de la carrera de abogacía. ¿Se pretenderá entonces que los jueces, que no pueden escapar al análisis del fenómeno económico en la resolución de los diferendos de su competencia, tendrán que hacer cursos especiales para poder adentrarse en los principios más comunes y elementales de esta materia?

Esa carencia de conocimientos elementales de economía, que puede alterar la intención de las partes en los contratos, es responsabilidad no sólo de éstas, sino también de los abogados a quienes corresponde el asesoramiento previo en la celebración de los contratos o el patrocinio legal en las causas que ellos originan, de los estudiosos que abordan el aspecto civil y comercial del problema ignorando sus implicancias o determinantes económicas y financieras y, en suma, de todos quienes en la función de gobernantes o gobernados minimizan o subalternan la importancia del rol de la economía y de sus factores en los negocios jurídicos, en su comprensión e interpretación.

DALMAGIO VÉLEZ SARFIELD: EVOCACIÓN  
DE SU VIDA Y DE SU OBRA A CIENTO DIEZ  
AÑOS DE SU MUERTE

*Conferencia pronunciada por el académico Dr. Marco  
Aurelio Risolía en el Club Universitario,  
el 27 de mayo de 1985*





1. — Se me ha pedido que evoque en este acto la vida y la obra de un argentino ilustre: Dalmacio Vélez Sarsfield, a ciento diez años de su muerte.

Adelanto que las palabras que voy a pronunciar con tal objeto no son de ahora en su totalidad.

Compuse el guión que utilizaré en mi discurso hace ya más de una década, en 1975, cuando se cumplía el centenario de la muerte de tan destacado compatriota. Pero confieso que al tomarlo de mi archivo para iluminar mis reflexiones del presente me ganó la espontaneidad y la justicia de aquel texto, de modo que en buena parte me serviré de él para cumplir la tarea que hoy se me asigna.

2. — Se va tornando difícil en nuestro tiempo hacer el elogio de las figuras próceres.

Soplan vientos de revisionismo histórico, a veces huracanados, que a menudo descencajan el juicio y encienden la voz con el tinte de tal o cual ideología.

En la historia de la República hay muchos prohombres cuestionados que tienen estatua.

No sería extraño, pues, que alguien retacee los méritos y cuestione el elogio que prodigaré en los momentos que sigan.

Por eso es útil revisar periódicamente el propio juicio y actualizar la comprensión de los hechos que recoge la historia para discernir al cabo la calificación pertinente y acordar las palmas merecidas.

De tiempo en tiempo, valc la pena pensar y escribir otra vez sobre lo mismo, recomienda Goethe.

Es lo que haré hoy y aquí, contando con la benevolencia de tan culto auditorio.

3. — A mi modo de ver conviene, sin embargo, no escatimar la gratitud, aunque a veces sea preciso separar el oro de la ganga. La vida de los grandes hombres, con sus virtudes y sus defectos, se juzga sin error a través de un balance escrupuloso, que consigne fielmente la acreditación de los beneficios alcanzados en pro de la comunidad donde sirvieron, sin desmedrar el haber con una incrementación odiosa del pasivo.

Por lo demás, el mejor resguardo de los hombres que merecen recordación está en sus obras. Ellos edificaron su casa sobre la roca y no sobre la arena, como fue dicho hace dos milenios por una voz sublime. Y porque es así, los vientos pasan y los sillares permanecen, embellecidos, si cabe, por la erosión que pule las aristas...

## II

4. — Voy a intentar, con esa premonición, el elogio de Dalmacio Vélez Sarsfield, parlamentario, docente, periodista, asesor de gobierno, negociador de paz, convencional en 1860, ministro en las gestiones de Mitre y de Sarmiento, inspirador de mil empresas útiles y redactor de leyes fundamentales de la Nación.

5. — Este sabio argentino, "el más porteño de los cordobeses", nació en Amboy, humilde poblado del valle de Calamuchita, el 18 de febrero de 1800, y murió en esta Capital el 30 de marzo de 1875. Fue, pues, testigo acucioso de los fastos primeros de la Patria. Vino al mundo cuando fenecía la colonia; vio la aurora de la libertad y de la independencia; padeció la anarquía y la dictadura; alternó con Rivadavia y con Rosas; y finalmente, después de Caseros, imprimió su

sello personalísimo a casi todas las empresas de la organización nacional. Admirable periplo. El Presidente Avellaneda pudo exclamar ante su tumba: “¡Al fin descansa!” Había muerto en Buenos Aires, el 30 de marzo de 1875, un gran servidor del país, que dejó entre nosotros —como agregó Sarmiento conmovido— “las poderosas emanaciones de su alma, hechas carne en el desarrollo comercial, en el bienestar que difunde el crédito, en la justicia que extirpa el mal por la aplicación práctica de las leyes”.

6. — Fue el último de los hijos de Dalmacio Vélez Sarsfield, idóneo en múltiples disciplinas— y de su segunda mujer, Roca Sarsfield; el nieto de Jorge Sarsfield, irlandés de origen, que hizo su fortuna labrando “un pedasillo de tierra en la falda del Soconcho”, cuando gobernaban en el Río de la Plata Vértiz o el Marqués de Loreto. No conoció a su padre, que lo engendró a los 67 años cumplidos, último vástago de los dieciséis que hubo en damas de abolengo local.

Bajó de Amboy a Córdoba para realizar sus estudios en la escuela ancha de los franciscanos y en el famoso Colegio de Montserrat, dentro de las limitaciones económicas impuestas por la viudez de su madre. Fue “capista” o “manteísta”, como se decía entonces para distinguir a los externos que vestían sotana o manteo. En 1818 abordó los estudios de jurisprudencia en la Universidad, cuyos planes reformaron el Decán Funes y el Dr. Manuel Antonio de Castro, tras la Revolución de 1810. No llegó allí a doctorarse. En 1820 dio por concluida, con el grado de bachiller, la última etapa de sus estudios universitarios y solicitó inmediatamente que se le permitiera cumplir la práctica indispensable para tomar estrados en la Asesoría de Gobierno de Córdoba. Invocando la urgencia del ejercicio profesional para subvenir a sus necesidades, consiguió que se abreviara de tres a dos años aquel período de práctica forense, de modo que su habilitación se vio cumplida a comienzos de 1823.

7. — No se radicó en Córdoba. Ese mismo año vino a Buenos Aires. Llegó con su juventud precavida y sus valijas

livianas a la casa de su primo Manuel Jesús Piñero, sita en la calle Tucumán, parroquia de San Nicolás. Tal vez hubo de franquearle la puerta su sobrina segunda Paula Piñero —hija de Manuel Jesús—, con la que casó inmediatamente, antes de finalizar el año, previas las dispensas eclesiásticas de rigor.

Quedó así a cubierto de las necesidades económicas. Poco después, al morir su primo, Vélez entraba en posesión de una regular fortuna: dos casas en la ciudad, la quinta del Once, la estancia de Arrecifes que, según Sarmiento, a quien puede excusársele toda hipérbole, pobló con 16.000 cabezas de ganado.

8. — Eran los tiempos de Rivadavia. Pronto, en 1824, entraría a funcionar el Congreso que dictó la Constitución de 1826 y que se disolvió ese mismo año, ahogado por la presión de los caudillos y por las derivaciones de la paz con el Brasil.

Vélez inició su vida pública como diputado a ese Congreso, en representación de la provincia de San Luis, donde gobernaba su cuñado, el Dr. José Santos Ortiz, que murió con Quiroga en Barranca Yaco. Fue el más joven de los diputados, si se hace excepción del electo Amancio Alcorta, quien vio obstruida su incorporación al cuerpo por razones de edad. Precisamente por ser el más joven ejerció la Secretaría provisional al constituirse la asamblea bajo la presidencia de su gran amigo, el ilustre jurista y ex Gobernador de Córdoba don Manuel Antonio de Castro.

9. — No puede decirse que fuese la suya la actuación más notable del Congreso, donde lucían inteligencias preclaras como las de Paso, Agüero, Valentín Gómez, Gorriti y el Deán Funes, pero su rastro está en los dictámenes de la Comisión de Hacienda que integró y en la discusión de las leyes de Amnistía, Fundamental, de Enfiteusis, de Capital y de Presidencia, donde fue abriéndose camino y dejando rastros su versación de jurisconsulto, su habilidad de orador, su talento de hombre de gobierno.

10. — Cuando se sanciona la Constitución de 1826 y se decide enviar comisionados del Congreso que la ofrezcan a los caudillos del interior, Vélez viaja a Cuyo para entrevistar a Quiroga. Es conocido el final de esa misión: Vélez volvió a Buenos Aires sin acercarse a Quiroga, que por entonces ocupaba San Juan. Un tal Cecilio Berdeja, diligente personero, le trajo a Mendoza la original repulsa del Tigre de los Llanos —después su cliente en Buenos Aires— escrita, tal vez de intento, con la más anárquica sintaxis y ortografía...

11. — En 1829 —cuando San Martín llega a la rada de Buenos Aires y vuelve al exilio sin desembarcar, angustiado por las sombras de la guerra civil— Rivadavia parte para Europa. Lo despidió, después de la revolución de diciembre de 1828 y del fusilamiento de Dorrego, un apretado grupo de adictos, entre los que se contaba el joven Vélez Sarsfield. Ya estaba en los suburbios de la Capital Juan Manuel de Rosas. Ya era el tiempo de gritar "Viva la Santa Federación", "Mueran los salvajes unitarios...".

12. — Se inicia entonces un período oscuro en la vida de Vélez: en 1830 es conminado a abandonar Buenos Aires, a raíz de una medida del dictador que expulsa de la Capital a todos los provincianos. Deja pues la estancia de Arrecifes —donde se hallaba— y parte para la Córdoba de José María Paz y de Mariano Fraguero, pronto invadida por los parciales de Ramírez y por las tropas de Echagüe, que avanzaron desde el litoral.

Allí se inicia su tarea de negociador, como representante del gobierno de Córdoba, y es precisamente Echagüe —su condiscípulo en las aulas del Montserrat— quien mediará para que pueda regresar a Buenos Aires, después de asistir en San Nicolás a la muerte prematura de Paula Piñero, su primera esposa, que quedó allí, con su hija menor Vicenta, y no pudo pasar a Córdoba para juntarse con Dalmacio, en razón de carecer del pasaporte que se les exigía a las gentes del interior expulsadas de Buenos Aires.

13. — Admitido Vélez otra vez en la metrópoli después de aquel desgraciado episodio, siguen diez años de ejercicio profesional y ahincado estudio. Después de fallecer su primo Manuel Jesús Piñero, Vélez había dejado la casa de la calle Tucumán para instalarse en la de Rivadavia (entonces La Plata) al 800. Allí, en esa finca de amplísimo desarrollo, montó su estudio de abogado, y en 1834 palió su soledad contrayendo segundas nupcias con doña Manuela Velázquez, de la que hubo tres hijos: Constantino, Aurelia y Rosario.

De esa época datan sus primeros pasos en la literatura jurídica: las *Instituciones del Derecho Real de España*, escritas por el guatemalteco Álvarez, el *Prontuario de Práctica Forense*, de Manuel Antonio de Castro, y las *Instituciones de Derecho Eclesiástico*, de Gmeiner, obras a las que puso notas de relativo interés.

14. — Sin duda no fue ese decenio un lapso heroico en la vida de Vélez Sársfield. Pero en 1842, al producirse el alzamiento de Dolores, algo debió traslucir exteriormente su cauta personalidad, pues se ve obligado a emigrar a Montevideo, convertida pronto en la “Nueva Troya” de Paz, de Miñe, de Juan Cruz Varela, a raíz del sitio puesto a la plaza por las tropas de Oribe. Casas y estancias de los “traidores unitarios” fueron embargados con sujeción al decreto del 16 de setiembre de 1840 que suscribe el Gobernador Delegado Felipe Arana. Carlos Heras, que revisó pacientemente los legajos del Archivo de la provincia, estima en dos mil el número de los embargados, pero en el debate de 1857, cuando se trató en la Legislatura de Buenos Aires el destino de los bienes de Rosas, Sarmiento y Vélez Sarsfield proporcionaron estimaciones muy superiores. Para Vélez, dos tercios de la propiedad privada sufrieron la confiscación o el embargo, por manera que los bienes de Rosas —dijo— no alcanzaban a cubrir ni la millonésima parte de su valor.

15. — Lo cierto es que el agudo cordobés cayó en desgracia. Como dice Enrique Martínez Paz, “Vélez comprendió que había perdido ya, en grado peligroso, esa insospechada

notoriedad que le permitió hasta entonces vivir con honor en medio de la barbarie", y adelantándose a la tempestad se trasladó a Montevideo antes de que arreciara la tormenta. Sarmiento apunta en la ferviente biografía de su amigo que para aquellos días los hombres de Rosas merodeaban su casa y que circulaba el rumor de que se lo iba a degollar. La casa de la calle Rivadavia, que Vélez había abandonado preventivamente para refugiarse en la estancia de Arrecifes, la de la calle Chacabuco N<sup>o</sup> 19, la quinta del Once y la misma estancia de Arrecifes a que antes me refiero fueron alcanzadas por la drástica medida. Múltiples informes y documentos oficiales ilustran sobre los procedimientos, sobre el destino y percepción de las rentas y también sobre las gestiones de desembargo que Vélez Sarsfield trató de impulsar desde Montevideo mediante el reclamo de su hija menor Vicenta Vélez, que en prolija presentación invoca sus privaciones y urgentes necesidades, así como la circunstancia de no ser responsable por los actos de su progenitor, "pues por su edad apenas tiene discernimiento para respetar sumisamente los preceptos y las heroicas virtudes del Ilustre Restaurador de las Leyes", pero al pie de la presentación que hallé y tengo transcrita en mi "Contribución al estudio del embargo y desembargo de los bienes de Vélez Sarsfield" (Revista del Instituto de Historia del Derecho, N<sup>o</sup> 24, año 1978), luce un rotundo "No ha lugar", con la rúbrica de Rosas.

16. — Fueron cuatro años de exilio, pero trabajados siempre por la preocupación del regreso y el propósito de lograr el desembargo de sus bienes. Hacia 1846, merced a la mediación de Anchorena, Senillosa y otros amigos, Vélez está de nuevo en Buenos Aires, pero recién en 1848 puede ocupar libremente la casa de la Federación, la quinta del Once, la estancia de Arrecifes, al precio de algunas notas de rendida y edulcorada redacción que transcribe Abel Chagneton en su magnífica *Historia de Vélez Sarsfield*. El ángel tutelar que obtuvo la gracia parece haber sido Manuelita. Vélez se acerca, incluso, a San Benito de Palermo. Sarmiento

narra coloridamente el encuentro con Rosas cuando, respondiendo a su expresa solicitud —según afirma—, el cordobés se aviene a emprender el estudio de dos cuestiones fundamentales que preocupan al Gobierno: el “Derecho público eclesiástico” para esclarecer las relaciones con la Iglesia y la “Discusión de los títulos del gobierno de Chile a las tierras del Estrecho de Magallanes”, asunto de notoria y renovada actualidad.

17. — Sobrevienen las vísperas de Caseros. Después Caseros y la euforia del triunfo. Tras la caída del dictador, Vélez se alza como una figura gigantesca en todos los episodios originados por la organización nacional, por la secesión de Buenos Aires y por su regreso al seno de la Confederación Argentina. Es miembro conspicuo de la Legislatura. Es impugnante, con Mitre, del Acuerdo de San Nicolás en las famosas jornadas de junio. Es factor decisivo en el rechazo del Acuerdo y en la renuncia del Gobernador López, que trajo como consecuencia la asunción de poderes cuasi dictatoriales por Urquiza. Cuando se produce la revolución del 11 de setiembre de 1852 y se erige autónomo el Estado de Buenos Aires, es Ministro de Valentín Alsina y de Pastor Obligado y en ese nervioso interludio proyecta leyes de toda índole, redacta con Acevedo el Código de Comercio que regirá en todo el país desde 1862 y negocia con los representantes de Urquiza antes y después de Cepeda, de 1855 a 1860. Integró, como es sabido, la Convención Provincial de ese año que revisó la Constitución de 1853 para asegurar su imperio en toda la República y, por fin, cuando producido el encuentro de Pavón Mitre asume la tarea de consolidar definitivamente la unión nacional, Vélez Sarsfield pone su poderosa inteligencia al servicio de aquél y de Sarmiento, designado por ambos Presidentes, en sus respectivos períodos, para cubrir las carteras de Hacienda y del Interior.

18. — Ya es hombre maduro. Ya cae el sol en el ocaso de su vida. Y ahora va a acometer la labor más importante que le tenía reservada el destino: la redacción —que duró



cuatro años— de nuestro Código Civil, la gran ley de fondo que realiza, en el ámbito de las relaciones privadas, el pensamiento de los hombres de Mayo y de Julio y de los constituyentes de 1853.

19. — El primer contacto de Vélez con las labores de codificación tuvo lugar —ya lo he dicho— durante la secesión de Buenos Aires, siendo ministro del gobierno que encabezaba Pastor Obligado. Redactó entonces con Eduardo Acevedo —fallidas las intenciones de Rivadavia, de Las Heras y del propio Rosas— el Código de Comercio, vigente en la provincia desde 1859 y adoptado por la Nación en 1862 (ley Nº 15). Hace ya más de dos décadas, al celebrarse el centenario de esa Ley Fundamental, pudo esclarecerse con nitidez, a la luz de documentos donados al Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, la intervención que le cupo a Vélez en la redacción de esa obra, en modo de aventar las afirmaciones ligeras de Quintana y aun el propio silencio de Acevedo, verdaderamente inexplicable. He tenido en mis manos los pliegos que acreditan la redacción de capítulos sustanciales del Código debidos a la pluma de Vélez y hasta la artillería montada por el ladino cordobés para el caso de que la verdad fuera contradicha. En la imprenta de "El Nacional", a disposición de los curiosos, estuvieron depositados dos cuadernos borradores y las cuartillas que probaban la redacción de cerca de quinientos artículos por quien no vaciló en calificar de "grosera calumnia" la actitud de sus detractores.

20. — Su grande y personal obra es, sin embargo, el Código Civil de la República Argentina. Urquiza lo designó para realizarla en 1852, pero fue Mitre, doce años más tarde, en 1864, quien encomendó definitivamente a su ex Ministro de Hacienda la redacción de esa ley sustantiva acabada en 1868, tras una labor regular y paciente, cuando Sarmiento había vuelto a requerir "sus latines" para atender la cartera del Interior.

Allí, en ese Código, cobró vida perdurable toda su ex-

perencia de hombre de gobierno, toda su versación de jurista, toda su visión del porvenir de la Patria. Su información en el derecho comparado, en la doctrina y en la jurisprudencia universal resulta prodigiosa. Maneja con soltura de maestro no sólo a Vinnio, a Heinnecio, a Cujas, a Dumoulin, a Domat, a D'Aguessau, a Pothier; no sólo a los comentaristas del derecho español como Gregorio López y Antonio Gómez; no sólo a los virtuosos del estudio y la actualización del derecho romano como Vöet, Maynz, Ortolan o Savigny, sino también a la pléyade brillante de los autores franceses que remozaban la doctrina en el comentario del Código de Napoleón: Merlin, Proudhon, Toullier, Delvincourt, Duvergier, Troplong, Zachariae, Aubry y Rau, Massé y Vergé, Demolombe, Duranton, Demante, Marcadé, Mourlon, Pont, Chabot, etc. No faltan, aunque en menor número, los autores alemanes, ingleses y hasta americanos del Norte, como Kent y Story, ni se omite la compulsa de los repertorios y de las más serias publicaciones periódicas. No hay código accesible que escape a su curiosidad, como lo acredita la referencia al italiano de 1865, cuya consulta se asienta casi coetáneamente con la redacción del Libro II<sup>o</sup>, a partir de la nota puesta al artículo 1138. Ello, claro está, sin perjuicio de la gravitación de algunas maravillas latinoamericanas, como el Código de Chile de 1855, redactado por Andrés Bello, el Uruguayo de 1867, redactado por nuestro compatriota Tristán Narvaja, o el anteproyecto para el Brasil —el célebre "Esbozo"—, redactado por ese genio superior, insuperable en las generalizaciones y sistematizaciones jurídicas, que se llamó Augusto Teixeira de Freitas.

21. — Fueron cuatro años de labor recoleta y personalísima. Ahí están, en el templete de la Universidad de Córdoba, sus libros taraceados y sus tres borradores para acreditar el ir y venir del pensamiento sobre cada institución y cada norma positiva, tratando de adaptar los esquemas racionales a la realidad de un país en el que todo o casi todo estaba por hacerse.

22. — No faltaron, empero, los impugnadores. Alberdi — nada menos que Alberdi— dijo de nuestro Código Civil que es un código ateo, sin fe política, sin patria, sin ley constitucional que lo gobierne, que tanto puede ser el código de una República como de un Imperio, del Brasil como del Plata. . . Vélez le contestó desde las columnas de "El Nacional" - su periódico— precisando dónde y cómo su obra recogía el espíritu de la Revolución: en la igualdad de todos ante la ley, sin conceder jamás privilegios personales; en la organización democrática de la familia, aboliendo mayorazgos, peculios, hipotecas tácitas, restituciones y dotes inenajenables y promoviendo a la mujer a la condición de socia del marido; en la limitación de los exorbitantes derechos que confería la patria potestad según las leyes españolas; en la investigación posible de la paternidad ilegítima y el reconocimiento del derecho hereditario de los hijos naturales; en la protección y la libre transmisión de la propiedad, sin reconocer otros derechos reales que los que cabe admitir en una República; en la abolición consecuente de vinculaciones, retractos, fideicomisos, derechos de superficie y cláusulas de inenajenabilidad; en la libertad de contratar y en la fuerza obligatoria y el efecto relativo de los contratos; en la partición igualitaria de la herencia entre los sucesores de igual grado, etc., etc. No escatimó la alusión mordaz. Vélez fue siempre un temperamento frío, concentrado, realista; una voluntad empecinada; una expresión socarrona, pronta a revelar el más vivo desprecio por los imaginativos, los improvisados, los insustanciales. Es fama que nunca leyó una novela, y si tradujo cantos de la *Eneida*, tal vez en el confinamiento de Arrecifes, fue sin duda para ejercitar su dominio del latín, antes que para rendir pleitesía al estro de Virgilio.

23. — Nadie ignora que el Código se aprobó a libro cerrado, sin discusión en particular, por sugerencia de Sarmiento y con el apoyo de Mitre, quien por ese entonces era el jefe de la oposición, pero no combatía porque sí, desde ese puesto, las buenas obras, inspiradas en el bien de la

República. Tal vez pudo decirse con verdad (fue Sarmiento quien lo dijo, bien que refiriéndose al Código de Comercio y a su trabajosa sanción) que quienes se oponían a que el Código se aprobara a libro cerrado eran los que poco o nada entenderían si lo abriesen...

24. — Ciertamente no parece justo impugnar la obra del codificador —como Alberdi lo hizo— sobre la base de considerar retaceados los derechos de la mujer, de no haber instituido el registro civil de las personas, de no haber secularizado el matrimonio, de no tener en cuenta los aportes del derecho patrio y de mantener vigentes instituciones arcaicas “como el requisito grosero de la tradición” para transmitir el dominio.

Vélez hizo de la mujer, entonces postergada, la socia del marido al instituir la sociedad conyugal; Vélez tuvo fundados escrúpulos constitucionales y consideró obviamente la realidad de su país y de su tiempo al no crear el Registro Civil de las Personas y otros registros y al mantener el requisito de la tradición para la transmisión del dominio, esa “sabia invención de los romanos” que llenaría primariamente el recaudo de la publicidad, como apunta en la nota al art. 577; Vélez no secularizó el matrimonio en un país donde tradicionalmente la Iglesia llenaba el cometido, bien que sin restar valor al celebrado entre cristianos no católicos o personas que no profesasen la religión católica; Vélez consideró menguadamente el derecho patrio —muy pobre en materia civil—, pero no desdeñó las citas del derecho español, que en lo sustancial era el vigente; Vélez dio, como queda dicho, igual derecho a los herederos de igual grado y abrió paso a la descendencia natural para admitirla en la investigación de la paternidad y la maternidad y acreditar la filiación de los hijos a fin de que recibieran alimentos, enseñanza, capacitación para la vida útil y recogieran su parte en la herencia.

Argumentar con leyes muy posteriores, pensar en catastros y registros en 1864 ó 1871, es sin duda olvidar que Roca abrió la campaña del desierto en 1879 y adelantar

con demasiado optimismo el advenimiento de tiempos mejores.

25. — Nuestro Código Civil fue el Código de base que dio seguridad y garantías, que atrajo a la inmigración, que arraigó el capital extranjero, que liberó la propiedad, que sacralizó los contratos, que modeló la familia, que ayudó a dividir el latifundio y a poblar las extensiones desiertas. Fue el Código civilizador y colonizador de que habló Zeballos, verdadera ley reglamentaria de la Constitución Nacional.

Aun tocado por disposiciones que se apartan de su filosofía y en algunos casos lo afean, sigue siendo, a más de un siglo de su sanción, la gran ley civil de la tierra de los argentinos, la más alta empresa intelectual emprendida por un jurista entre nosotros. Destinado a disciplinar y propulsar la realidad nacional —como diría Colmo—, se lo compuso aprovechando, en la medida de lo útil, el fondo histórico y consuetudinario, pero proponiéndose también —y muy principalmente— metas ideales, objetivos superiores que se alzaban, al tiempo de su sanción, sobre la triste herencia del desierto, del alarido salvaje, de la inseguridad, de la ignorancia. Vélez estaba habilitado para cumplir esa tarea por un temperamento cauto y observador; un agudo intelecto crítico; una mente ordenada y ordenadora, fiel a la lógica del planteo y del discurso; una aptitud natural para seleccionar con prudencia la solución aceptable entre muchas posibles. Esta es, sin duda, la virtud eminente del verdadero jurista, porque en derecho los ideólogos apresurados o fabuladores resultan particularmente peligrosos y en legislación —donde elegir es en cierto modo crear— lo bueno suele ser —como apunta Lisandro Segovia— enemigo de lo mejor.

26. — Sirva, pues, el elogio que antecede como llamado de atención en los días que corren. Se ha dicho más de una vez que el Código de Vélez peca de un individualismo exacerbado, de un racionalismo a ultranza, de un dogmatismo que no se conjuga con la realidad. Se aduce, por tanto, la conveniencia de tocar instituciones fundamentales para res-

ponder a otra ideología, que se considera más próxima al interés social, supuestamente relegado por el espíritu y la letra de nuestro Código Civil.

La voz de orden parece ser la de socializar en todos los rumbos y ajustar así a nuevas y actuales concepciones el régimen de la familia, de la propiedad, del contrato, de la transmisión de los derechos, y aun abrir paso a otros criterios de culpa, de responsabilidad y de sanción.

Es un reclamo que está en el ágora, en el pretorio y hasta en los círculos especializados, donde a menudo se razona con tanta facundia como desaprensión y ligereza.

27. — Conviene prevenir contra las decisiones precipitadas, sobre todo aquí donde tanta juventud se ejercita. A menudo es la insuficiencia, la intemperancia o la estolidez del intérprete lo que lleva a considerar obstruida la solución de fondo que se persigue. Y es bueno, por tanto, recordar a los impugnadores la relación que guardan las disposiciones del Código Civil con las más cernidas de la Constitución Nacional y releer atentamente en la obra de Vélez, entre otros de significativa trascendencia, los artículos 5, 19, 21, 53, 512, 531, 910, 953, 1071, 1197, 1198, 2611, y en general todo el Título VI<sup>o</sup> del Libro III<sup>o</sup>, sobre restricciones y límites al dominio, y todo el título preliminar al Libro IV<sup>o</sup>, sobre la transmisión de los derechos en general, y antes de poner la mano en el Código verificar con qué razones y en qué medida su texto atiende a la correcta organización de la familia, a la pregonada "función social de la propiedad", a la imprecisa ética del contrato, a la protección de los terceros de buena fe, en fin a las exigencias de la culpa, la responsabilidad y la sanción.

Nunca estará demás, seguramente, recordar a los propulsores de audaces y drásticas innovaciones la sabia sentencia de Portalis: "Las leyes no son meros actos de autoridad; son, sobre todo, actos de sabiduría, de justicia, de raciocinio" . . . "por manera que debe mantenerse lo bueno cuando se duda sobre lo que puede ser mejor".

28. — Pero volvamos, para concluir, a la personalidad que merece nuestra recordación en este acto.

¿Cómo era la imagen de este sujeto singular, al parecer tan extraño al medio en que desenvolvía su acción?

Feo, "de una hermosa fealdad", para decirlo con palabras ajenas que no son paradoja; de elevada estatura; de ojos claros y acerados como el pavón de un revólver, al decir de uno de sus biógrafos. No reía nunca o casi nunca. Hablaba, aún en la ancianidad, con una insinuante tonada cordobesa, de la que supo decir con gracejo que era un pedazo de su tierra de origen que se le había atravesado en la garganta. Despreciaba y agredía con toda sinceridad a los mediocres, que creían descubrir su mano en todas las astucias o las tramitaciones inteligentes. Era, sin duda, *vir acutus in sermone libero*, capaz de brillar en una tertulia de Palermo, de peticionar con las formas del derecho ante el propio César y de tolerar las propensiones sentimentales del gran sanjuanino.

Nadie, en su tiempo, hubiera osado poner en duda su calidad y autoridad de "doctor", aunque parece turbia la historia de ese título. En 1826 se pone a su cargo un curso de Economía Política en la recién creada Universidad de Buenos Aires. Es posible que llegara a impartir algunas lecciones, como lo afirma Chaneton, sobre todo si se tiene en cuenta que la creación de esa cátedra respondió a una vieja preocupación de Rivadavia y que el primer designado para atenderla —Vicente López— no la ejerció efectivamente. Tampoco hay certeza sobre el desempeño del segundo titular, el Dr. Pedro J. Agrelo. Lo que sí se sabe es que el 21 de junio de 1827 Rivadavia suscribe un decreto que reglamenta el otorgamiento de los grados universitarios y que a los que están en la enseñanza de la Universidad ese decreto los dispensa de las obligaciones establecidas para doctorarse. "Los que por sus distinguidos talentos regentean cátedras sin estar graduados" —pontifica don Bernardino— podrán recibir del Rector el grado de que se trata. Y así debió suceder, porque Vélez usó de ese título a partir del año de su

designación, aunque hizo efectiva su renuncia en febrero de 1829.

29. — Quien desee conocer en profundidad su actuación como abogado, puede consultar el denso volumen del Instituto de Historia del Derecho, que contiene una selección de los escritos jurídicos de Vélez, originariamente emprendida por él. Algunos fueron dados a conocer en la Revista de Legislación y Jurisprudencia que dirigió José María Moreno o en publicaciones autónomas, con resúmenes del autor precisando los hechos de la causa, y en ellos está el rastro de su capacitación como civilista, comercialista, economista, canoista, y de su agudeza en la presentación de los casos en que actuó como defensor o dictaminó como Asesor de Gobierno.

De 1840 es la famosa causa de don Miguel de Azcúenaga vs. doña Vicenta Costa, sobre nulidades absolutas y relativas en los actos jurídicos; de 1846 la de los Juanicó, sobre posesión de herencia; del mismo año la de doña Máxima Z. vs. don Julián V., sobre divorcio por injurias; de 1847 la muy personal sobre defensa de los embargados por opiniones políticas; de 1849 la de don Francisco Berdier y doña Vicenta Ramírez sobre filiación y la de don Juan Bautista Peña vs. Jaime Llavallo sobre promesa de venta, venta y posesión de inmuebles; a lo que cabe añadir la defensa de don Faustino Lezica, sobre quiebra fraudulenta provocada por la falsificación de su firma que consumó su cajero; la causa criminal de los Yáñez (Esteban y José María), sobre homicidio; la de don José Olaguer y Feliú vs. Juan Almadro, sobre pago de arrendamientos, etc., y de 1855 en adelante sus dictámenes sobre pase de bulas, sobre facultades de la policía para allanar las casas de los particulares, sobre autorización para el funcionamiento en el país de sociedades anónimas constituidas en el extranjero, etc., etc.

Súmese a todo ello el prolijo prólogo a la traducción de la obra de Curtis sobre Historia de la Constitución de los Estados Unidos de América. Tales escritos, como apuntó José María Moreno, "contienen un estudio comparado de nues-



tra legislación y un tratado conciso pero completo de la materia sobre la que versan”.

Con o sin borlas doctorales, fue sin duda el más ilustre abogado de su tiempo. El más agudo negociador de paz. El más elocuente orador en las jornadas de junio del 52 y de la Convención del 60. Y desde entonces, el hombre de todas las encrucijadas que conducían a la primera magistratura del país. Urquiza, Mitre, Sarmiento, Avellaneda, Victorino de la Plaza pueden acreditarlo. Debemos a los tres últimos preciosas apuntes biográficas. Sarmiento fue su amigo, Avellaneda su pasante, Victorino de la Plaza su copista. Todos, para bien de la República, usufructuarios de su acción y de su talento.

Señores:

Hemos recorrido a vuelo de pájaro una vida que cubre el período más definitorio del ser nacional.

La infancia de Vélez conoció el Virreinato, las invasiones inglesas, la Revolución de 1810; su adolescencia, las expediciones libertadoras, los desastres de Huaqui y Sipe-Sipe, las campañas de San Martín, los Congresos de 1813 y 1816; su juventud, la era rivadaviana, la anarquía, el Congreso de 1824, la dictadura, la proscripción; su madurez, Caseros, Cepeda, Pavón y los primeros gobiernos constitucionales.

En medio de esa gestación convulsiva, asentó la primera línea férrea en 1857, realizó el primer censo nacional en 1869, inauguró la primera exposición industrial, construyó puentes, caminos, puertos, tendió telégrafos, estableció mensajerías, organizó el tesoro nacional, consolidó la deuda externa, creó el Banco de la Provincia de Buenos Aires, anotó sesudas obras de derecho, se asomó a la cátedra, dirigió un periódico, ejerció la profesión de abogado, presidió la Academia de Jurisprudencia y redactó los códigos fundamentales de la República.

Fue un “gran constructor” de la nacionalidad incipiente, para decirlo con las justas palabras del Dr. Eduardo B. Busso. Como días de jornalero transcurren los días de su madurez y de su ancianidad. Ninguno sin una obra de bene-

ficio común, de esas que rescatan del olvido y ayudan a superar la débil condición del hombre. Ninguno sin su afán, sin su dicha, sin su amargura. Así, en la excepcional medida de su talento, sirvió a la Patria, esa "gran entidad materna", como la llamó Joaquín V. González, que se embellece o se deforma con las acciones cotidianas dignas o indignas de cada uno de sus hijos.

Cuando murió, voces ilustres dijeron su elogio y auguraron la perduración de su nombre.

"No hay entre nosotros ejemplo de una vida pública igualmente activa, tan fecunda y tan perseverante", sentenció Avellaneda.

Pero por sobre todas las voces se alzó la voz de Sarmiento, que claudicaba al despedir con emoción al amigo entrañable.

"¡Adiós, viejo Vélez!", sollozó el gran sanjuanino, condensando en una lágrima medio siglo de luchas y de afanes comunes.

Parecía no saber que Vélez quedaba para siempre entre nosotros, marcando con sus leyes civiles todos los pasos de nuestra peregrina existencia.

Fue hasta su muerte artífice del progreso material, cultural e institucional de su Patria.

Un hombre de derecho, un humilde intérprete de las leyes que él forjó, ha tenido el honor de reiterar el elogio y expresar su gratitud de argentino ante esta calificada reunión de compatriotas.

*Discurso pronunciado por el académico presidente, Dr.  
Segundo V. Linares Quintana en el acto de homenaje  
a Juan Bautista Alberdi, ante el monumento  
erigido al prócer en la Recoleta, el 29 de  
agosto de 1985, en nombre del Colegio de  
Abogados de Buenos Aires, con motivo  
del aniversario de su nacimiento y del  
Día del Abogado*



En este nuevo aniversario del nacimiento de Juan Bautista Alberdi, "Día del Abogado", el Colegio de Abogados de Buenos Aires rinde cálido homenaje de agradecimiento, veneración y respeto al gran argentino, *Peregrino de la Libertad y Padre de la Constitución de Mayo*, cuya existencia ofrece, a las sucesivas generaciones, la suprema lección del sacrificio total y sin claudicaciones por la patria y los ideales.

Si fuera posible inducir leyes y principios generales capaces de regir el ininterrumpido acontecer de los actos humanos, pareciera regla histórica que en la agitada vida de los pueblos, en épocas críticas, aparezcan personalidades con las aptitudes y los talentos adecuados para orientar y conducir a la nación por sobre la adversidad, la confusión y hasta el desastre.

Mas también suelen surgir en la existencia de los países, individuos excepcionales, que por su pensamiento, su acción y su conducta, no solamente señalan el camino para vencer los obstáculos y superar las vicisitudes circunstanciales que traban sus dinámicos procesos, sino que por la medida de su proyección intelectual, institucional y ética, conforman eterno paradigma en el rodar sin pausa de los tiempos. Como escribiera Carlyle, "las palabras de aquellos que fueron hombres en su época, son grandes, siempre fructíferas, útiles, como reproche y como estímulo, y constructivas para las obras y los propósitos viriles".

En los anales de nuestra patria, uno de esos raros hombres es Juan Bautista Alberdi, cuyas ideas —que sirvieron de piedra fundamental para la organización política de la

República— se mantienen incommovibles a través del tiempo y los avatares institucionales, conservando actualidad y vigencia, y sirven de fuente de inspiración para gobernantes y gobernados en la difícil época que vivimos.

Paradoja sublime y extraordinaria la del prócer, la mayor parte de cuya existencia transcurre en la soledad melancólica del exilio, y que por nadie es aventajado en la tarea ciclópea de señalar la ruta de la organización constitucional de la nación. Su voz no resuena en el recinto del Congreso General Constituyente del 53, pero su pensamiento inspira y guía a los congresales, cuyas claras mentes encuentran en las *Bases* y el Proyecto anexo la brújula que les marca la correcta dirección en la azarosa travesía.

Bien dijo alguna vez el famoso juspoliticista español Adolfo Posada que “no es posible explicar la formación política de la Argentina contemporánea prescindiendo del aporte doctrinal e inspirador de Alberdi”. Y el gran hombre de Estado que fuera Ramón J. Cárcano afirmaba que “la influencia intelectual de Alberdi es el hecho más intenso y duradero que registran los anales del pensamiento argentino”. Y agregaba que “en materia constitucional y económica ejerce una dictadura”. “Al considerarlo así —ha escrito Ricardo Rojas—, tan despojado del poder político, ausente siempre de su país, uno se asombra más, de la influencia que entre nosotros ejerció, y se siente más atraído por el misterio de su vida”.

El propio Alberdi explica hecho tan singular y sin precedentes en la historia política del mundo. “Como no he vivido fuera de mi país —confiesa— sino para mejor estar presente en él por mis escritos, la historia de éstos, que es la historia de mi vida, formará un libro, ocupado todo él, de la República Argentina, pudiendo titularse: *La vida de un ausente, que no ha salido de su país*”. “Mis mejores jueces —advierte— serán mis compatriotas y comprovincianos de ese país argentino flotante que se llamó *emigración*”. E intitula, significativamente, su autobiografía como *Mi vida privada, que se pasa toda en la República Argentina*. Es que el insigne autor de las *Bases* y *Padre de la Constitución*

*de Mayo* vivió siempre, sino en suelo físico argentino, en la prolongación espiritual de la patria, que únicamente puede existir en el corazón de quien sólo existió para la tierra nativa.

Por eso resulta injusta la crítica que Groussac formuló a Alberdi, de que casi no viviera en el país, y de que cuando se luchaba, cuando se sufría, cuando se triunfaba, estaba siempre en otra parte. Mal suena el reproche dirigido a quien pasó su existencia luchando y sufriendo por la patria. Dijo el ilustre argentino: "Yo he consagrado toda mi vida y mis destinos personales a la grande idea de la Revolución de Mayo de 1810, que fue la de la libertad de la patria, entendida en el sentido moderno, a saber: organización del gobierno del país por el país; en otros términos, la independencia absoluta del país; tanto de toda dominación extranjera como de toda dominación doméstica; tanto de la libertad exterior como la libertad interior".

Y como si hubiera adivinado que alguien, algún día, podría formularle tan injusto e infundado reproche, escribió también: "La emigración ha absorbido toda mi vida. Pero ¿qué ha sido para mí la emigración? A los trabajos y ocupaciones de mi vida, pasada en el extranjero, toca dar la respuesta. Ellos dicen que nunca he estado más presente en mi país que cuando he vivido fuera de él".

Cada página, cada palabra que Alberdi escribió, lo fue sin duda alguna con esa indeleble tinta azul y blanca, como él mismo decía, que fluía copiosa e incesantemente de lo más profundo de su débil y angustiada estructura física, engañosa envoltura material de un inspirado espíritu, indomable como el potro salvaje de las pampas, e indestructible como el quebracho añoso de los bosques de la patria, que nada ni nadie pudo jamás torcer ni doblegar.

Todo el pensamiento y toda la acción de Alberdi a lo largo de su existencia, giró en torno a la Constitución, en cuanto regla fundamental del orden jurídico del país, capaz de guiarlo por el camino del Derecho, de la Justicia y de la Libertad, y por ende de la grandeza espiritual y material de la Nación. Por eso, dejó escrita con caracteres imborra-

bles la que siempre fue su máxima inspiradora: "Yo no estoy para combinación alguna en que la Constitución no entre como base y punto de partida; todo, hasta el cambio o la abolición de ella, debe hacerse según ella y por ella".

Las *Bases* es la más importante obra publicada en el país en el campo de la ciencia política y constitucional, y su autor, sin duda alguna, el más grande de los escritores políticos argentinos. Su mérito, aun no igualado, descansa en la solidez y la profundidad de su doctrina —virtudes que sólo se encuentran en los clásicos de la literatura política—, que fue elaborada con aguda visión de estadista y una notable adecuación a la realidad y a las posibilidades del país. Su libro famoso admite sin desmedro comparación con las más importantes obras del género escritas en cualquier país del mundo. Autoridad tan insospechable de parcialidad para el caso, como el eminente político francés Jean Jaurés, sostuvo que las obras de Alberdi deben clasificarse al lado de las de Tocqueville y, por ciertos capítulos, al nivel de las de Montesquieu. Por su parte, Adolfo Posada colocaba a las *Bases* a pareja altura con *El Federalista* de Hamilton, Madison y Jay, libro cumbre de la literatura constitucional de los Estados Unidos.

El *Espíritu de Mayo* es la llama inspiradora de la historia de nuestro país, que a través de todas las etapas de su difícil y cruento proceso institucional, ilumina el sendero a los argentinos. Su luz, nunca extinguida, resalta aún más visible y llamativa en las épocas de oscuridad y confusión en las que gobernantes y gobernados se apartaron de la *Doctrina de Mayo*, nacida con la patria misma, que fue expuesta y desarrollada por la insigne Generación del 37, con el *Dogma* y las *Bases*, y finalmente consagrada en la Constitución de 1853-1860, verdadera *Carta de navegación de la República*, al decir de Alberdi.

La libertad, en su más amplio sentido y más dilatado ámbito, es la idea-fuerza en la filosofía política y económica alberdiana. "La libertad del hombre —escribió— es el mantamiento de toda nuestra sociabilidad. A causa de que todos los hombres son libres, es que todos son iguales; y a causa



de que todos tienen derecho a su dirección colectiva, es decir, todos tienen parte en la soberanía del pueblo. Así, libertad, igualdad, asociación, he aquí los grandes fundamentos de nuestra filosofía política”.

Pero, al mismo tiempo insistía en que “la libertad no es una mera idea, una linda abstracción más o menos adorable. Es el hecho más práctico y elemental de la vida humana. Es tan prosaico y necesario como el pan. La libertad es la primera necesidad del hombre”. Por eso, sostenía que “existe, pues, un paralelo fatal entre la libertad y la civilización”. Y en su *Fragmento Preliminar* proclama, repitiendo a Lamennais, que “la libertad es el pan que los pueblos deben ganar con el sudor de su rostro”, cita que Echeverría repetirá una vez en el *Dogma de Mayo*. Afirmaba, una y otra vez, que “declarar la libertad no es constituirla. No se trata de declarar derechos que nadie niega; sino de constituir hechos que nadie practica”.

Con palabras siempre actuales, dijo Alberdi hace casi ciento cincuenta años: “La doctrina resultante del drama es que la libertad americana comienza recién sus conquistas, que la lucha no ha concluido, sino al contrario, comenzado recién, y debe ser larga y difícil todavía, que el porvenir es una propiedad suya, a no dudarlo, pero a condición de desempeñar antes inmensas tareas que no se ven principiadas; que la revolución no es hasta aquí más que el programa de la verdadera revolución americana; que *Mayo es más bien una profecía que una conquista*”.

Claros conceptos alberdianos han sido mal interpretados. Así, por ejemplo, algunos han tomado la difundida frase *gobernar es poblar* en un crudo y literal sentido materialista, cuando el genial pensador expresaba, en cambio, un grande y profundo concepto socio-político de incalculables proyecciones institucionales. El propio *Padre de la Constitución* explicó con nitidez la esencia de su idea. “Resolver el problema de la población —escribió— es resolver el problema de la educación de Sud América en la práctica del gobierno interior de sí misma. No son dos problemas, sino uno solo. No hay dos soluciones para él; no hay más que

una sola. El medio de poblar es el medio de educar en Sud América, y no hay otro eficaz y pronto. . . Poblar el país es constituirlo políticamente, porque es educarlo, civilizarlo, además de enriquecerlo”.

Además de su gigantesca faena intelectual de profunda proyección en la organización política del país, preséntase Alberdi como el paradigma por excelencia del héroe civil y del ciudadano ejemplar, que sacrificó todo aquello que un hombre puede ofrendar —su existencia toda, bienestar personal, familia, felicidad, posiciones y riquezas materiales— a la ejecución inexorable de la trascendental misión que el destino le asignó y que asumió y cumplió hasta en sus últimas consecuencias, en exclusivo interés de la patria.

Es notorio el desapego de Alberdi por los bienes materiales, en la línea de Moreno, Belgrano, San Martín, Sarmiento y tantos otros Padres de la Patria, que se sintieron cómodos en la digna y honesta pobreza. Por eso pudo declarar alguna vez con auténtico orgullo: “Ni honores, ni fortuna, nada le debo a la Revolución, para que el amor que le tengo se parezca a gracia interesada. En la edad, y con la salud, que me dejan poca aptitud para la vida pública, nada espero de ella. ¿Citaré lo que he hecho por la Revolución en la política? ¿En la diplomacia? Las cruces brillan en el pecho por su ausencia, sin que las desdeñe por su ausencia. Mis sufrimientos por su causa en la emigración, la pobreza, el olvido, la calumnia. . . , nada me indispone con ella, y si tuviese que recomenzar mi vida, la haría del mismo modo”. Epícteto o Marco Aurelio no hubieran hablado diferente.

Señoras; Señores:

Las ideas de Alberdi no han muerto; viven y tienen hoy más fuerza que nunca. En la tierra de los argentinos, nunca podrá hablarse de Constitución, de libertad, de derecho, de justicia, ni de progreso y bienestar, sin que evoquemos, a través del tiempo y de los acontecimientos, la imagen del gran ciudadano, *Peregrino de la Libertad y Padre de la Constitución*, tal como lo veía Mitre: “vestido en negligé, con su figura volteriana, haciendo correr la pluma sobre una mesa de un pie cuadrado, a la manera de una hormiga

que se mueve ágilmente en el camino que se ha trazado”, escribiendo, con tinta azul y blanca —como él mismo se complacía en destacar— una doctrina, tan sólida como las montañas que lo vieron nacer; tan amplia como el escenario de su ininterrumpido peregrinaje por la libertad; y tan empinada como el ideal que orientó toda su existencia; estableciendo las bases pétreas de la República, de acuerdo con los principios eternos de la *Doctrina de Mayo*; mientras su inspirada mente, acicateada por la vana ilusión del ansiado regreso que nunca llegaría, le forjaba la visión de una Argentina regida por el Estado de Derecho, próspera y feliz, con ciudadanos cultos y responsables, conscientes de sus deberes y derechos, bajo el reinado de la ley, de la justicia y de la libertad, la única de las ambiciones del hombre que es bella, al decir de Estrada, porque proviene de Dios.

Por todo ello, en un nuevo aniversario de su nacimiento, con honda y argentina emoción renovamos nuestro homenaje de eterno reconocimiento y gratitud hacia el más grande héroe civil de la epopeya constitucional de la patria, glorioso e invicto vencedor de mil batallas solamente con las dos más poderosas armas con que la Divina Sabiduría ha dotado al ser humano: el pensamiento y la pluma. Como Juan Carlos Rébora dijera honrando a Carlos Pellegrini, “las raíces de la piedad, loado sea Dios, no se han petrificado en los corazones argentinos. La devoción filial, loado sea Dios, florece y vuelve a florecer, a pesar de todo, en las generaciones sucesivas. Las leyes de la vida, loado sea también el hombre, consolidan el presente en el pasado, el nieto en el abuelo, el adicto en el prócer, la obra en el creador. Las raíces de la piedad están vivas y sostienen con su savia el simbólico ciprés, cuyas hojas no caducan con las nieblas del otoño, ni se desprenden tampoco al pasar la sudestada”.



*Discurso pronunciado por el académico presidente Dr.  
Segundo V. Linares Quintana, en el acto de homenaje  
al académico Dr. Isidoro Ruiz Moreno, celebrado  
en el Salón de Actos del Club Universitario de  
Buenos Aires, el 6 de setiembre de 1985,  
con motivo del octogésimo aniversario  
de su nacimiento*



No inspira mis palabras la intención de hacer una prolija y fría enunciación de los innúmeros títulos y antecedentes que abonan la brillante personalidad intelectual y ética del Dr. Isidoro Ruiz Moreno; como tampoco ocuparme, de manera exhaustiva, de los distintos aspectos de su denso pensamiento y valiosa obra, en cuanto jurisconsulto eminente, internacionalista de fama mundial, auténtico maestro del Derecho, abogado de nota, reputado escritor jurídico y, sobre todo, ejemplar ciudadano de la República, cuya existencia traduce una permanente lección de moral cívica y de consecuencia con sus ideales. Por el contrario, mi único y simple propósito es ofrecer al ilustre y querido homenajeador, cálido testimonio de amistosa congratulación y sincero afecto, con motivo de cumplir sus *ochenta jóvenes años*.

El siempre recordado Maestro Osvaldo Loudet, que vivió noventa y cuatro fecundos años, brindando hasta sus últimos momentos los ricos frutos de su talento y laboriosidad, decía que "las edades no las fija el tiempo, sino los hombres"; y distinguía: la edad del almanaque, la edad de las arterias y la edad del espíritu, atribuyendo primacía a esta última sobre las otras. El Dr. Ruiz Moreno ha cumplido, como he dicho, *ochenta jóvenes años*, porque ha sabido mantener la lozanía y juventud de su espíritu, lo que hace esperar de él muchos más fecundos y felices años.

Días pasados, al recibir las afectuosas felicitaciones de un grupo de amigos, nos emocionaba con hermosas recordaciones y dulces remembranzas que le colmaban de alegría y dicha, compartidas por los presentes. Razón tuvo Montaigne cuando escribió que no le importaba que le arrancasen los años siempre que no le robasen los recuerdos.

Sana y constructiva costumbre republicana es señalar a la comunidad los rasgos ejemplares de las vidas de aquellos de sus integrantes que merezcan servir de paradigma a sus conciudadanos. Y ella asume mayor relevancia todavía en épocas de confusión y crisis, como la que vive la incipiente democracia de nuestro país, que tras avatares y vicisitudes sin fin, esperanzada se empeña en retomar el soleado camino de la Constitución y de la República, como lo soñaron y planearon los Padres de la Patria desde el inicio mismo de la nacionalidad.

No voy a incurrir, como ya lo dijera, en la inoportunidad y en la redundancia de recordar ahora y en detalle el notable *curriculum vitae* del Dr. Ruiz Moreno, por demás de todos conocido: abogado y doctor en jurisprudencia egresado con medalla de oro de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; distinguido con muchos e importantes premios por su labor científica; profesor titular de Derecho Internacional Público en la misma Casa de Estudios; miembro de número de las Academias Nacionales de Ciencias de Buenos Aires, de Ciencias Morales y Políticas, y de Derecho y Ciencias Sociales, de la cual fue sucesivamente Vicepresidente y Presidente; miembro también de otras muchas y calificadas instituciones científicas del país y del extranjero; juez y conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Subsecretario y Consejero Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación; representante del país ante congresos y conferencias internacionales; autor de valiosos libros sobre temas fundamentales de su especialidad, así como de innumerables artículos en revistas especializadas y expositor de cientos de conferencias y disertaciones. Debe agregarse que ejerce activamente su noble profesión y es abogado de nota y de consulta que ha intervenido en importantes controversias judiciales.

El Dr. Ruiz Moreno descende de una familia de empinado y rancio abolengo, caracterizada no sólo por ser una de las más antiguas de Buenos Aires por línea de varonía —como que es anterior en treinta y seis años a la creación del Virreinato del Río de la Plata—, a la vez que por la lu-



cida participación de sus integrantes en la historia y el desenvolvimiento del país, sino, además y primordialmente, por una brillante tradición intelectual y científica.

El Dr. Ruiz Moreno hace honor a su linaje intelectual y ético, y particularmente a su digno y sabio padre, modelo de ciudadano, de jurisconsulto, de funcionario público y de maestro del Derecho, de quien me honré en ser discípulo, recibiendo sus magistrales lecciones en las inolvidables aulas de la calle Las Heras. Por eso, hemos escuchado muchas veces de los emocionados labios de Isidoro la hermosa confesión de que es *hechura de su padre*. Porque, como aquél, es internacionalista sobresaliente, fue catedrático de la misma rama jurídica, Consejero Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación y delegado a congresos y conferencias internacionales, como asimismo es académico. Y para su legítima satisfacción y sano orgullo, su hijo, que lleva el mismo nombre del padre y del abuelo, continúa la tradición familiar, en cuanto prestigioso jurista e historiador, que ocupa también la cátedra universitaria y es autor de valiosos libros y trabajos científicos. E incurriría en gruesa e imperdonable injusticia al no mencionar aquí a su dignísima y muy apreciada señora esposa, Doña Amelia Juana Baires, compañera ejemplar y dulce y valiosa colaboradora en todos los instantes de su existencia.

Amén de las relevantes condiciones intelectuales y morales del Dr. Ruiz Moreno, mucho ha influido en su éxito, haber acertado con el camino de su vida, cumpliendo en plenitud el auténtico llamado de su vocación, decisiva circunstancia que selló su sino. Bien se ha dicho que el destino del hombre está vinculado con el cumplimiento de su vocación; por lo que el accionar de los individuos queda signado por la frustración y el fracaso cuando se traiciona esa innata inclinación con que la Voluntad Divina distingue la individualidad de cada ser humano.

Era creencia difundida en la Antigüedad que en la infinidad de estrellas que tachonan el firmamento, cada una de ellas corresponde a un individuo, al que sigue durante toda su existencia marcándole rumbo y destino. Idea semejante

inspiró el verso del Dante en su *Divina Comedia*: "Si sigues tu estrella no puedes dejar de arribar a glorioso puerto". El Dr. Ruíz Moreno supo desde temprano descubrir su estrella, con la que ha sido consecuente, y por eso ha arribado a glorioso puerto, esa encumbrada posición espiritual y ética que le ha valido respeto, prestigio y afecto.

Como hombre de ley de alma y corazón que es, a través de toda su vida el Dr. Ruíz Moreno mostró siempre su irreductible voluntad de combatir por el Derecho, cumpliendo sin claudicación alguna, el noble imperativo que sella la vida humana a través del tiempo y el espacio. Siempre ha tenido presente la idea-fuerza del ilustre von Ihering, para quien "la lucha es la faena eterna del derecho".

En su libro *El juicio del siglo*, Joaquín V. González escribió: "El núcleo de estadistas y pensadores que no vacilamos en designar por *Hombres de la Constitución*, los que la idearon, la redactaron y la explicaron al país y al mundo en libros, polémicas y discursos en las inmortales Convenciones de Santa Fe y Buenos Aires, había pulsado a fondo el pensamiento de los Fundadores y había penetrado en el porvenir para adelantarse a los tiempos y, rompiendo toda una concreción secular de prejuicios, proclamar el Código Político más liberal y prospectivo". De la conducta del Dr. Ruíz Moreno, en lo que va de su rica existencia, resalta con inequívoca claridad su permanente afán por la defensa de la Constitución, en que ha visto siempre el instrumento magnífico e insustituible de libertad, de gobierno y de progreso, a la vez que de prenda de unión y de paz interior de los argentinos. Merece, por consiguiente, el Dr. Ruíz Moreno el honroso calificativo de *Hombre de la Constitución* que, interpretando en su verdadera esencia el espíritu del concepto gonzaliano, también corresponde a los ciudadanos que no sólo estudiaron, enseñaron, cumplieron y defendieron la Ley Suprema de la Nación con sapiencia y dignidad, sino que, además, con su diaria conducta fueron leales a ella hasta el sacrificio y el renunciamiento. Precisamente, por su permanente fidelidad a la Constitución y la ley ha sido que el Dr. Ruíz Moreno resignó importantes posiciones ganadas con

su talento y esfuerzo y rehusó otras tantas por no traicionar sus acendradas convicciones republicanas. Bien puede decir, lo que el insigne Alberdi escribió con caracteres indelebles y aleccionadores: "Yo no estoy para combinación alguna en que la Constitución no entre como base y punto de partida".

Faceta esencial de la personalidad del Dr. Ruiz Moreno ha sido su dedicación a la enseñanza universitaria, sobre todo en el área de su especialidad, destacándose como un auténtico Maestro del Derecho en el exacto sentido del término.

En su significado llano y usual, se llama *maestro* al que enseña una ciencia, arte u oficio. Pero, en significado estricto y valorativo, *Maestro* es eso, pero mucho más; un verdadero forjador de almas, que guía al discípulo por el difícil camino de la verdad moral y científica; y que no se limita a ser un mero transmisor de información y conocimientos, sino que se esfuerza en formar su personalidad intelectual y ética, desarrollando los valores espirituales que hacen la dignidad del ser humano. Como dijera un Maestro de Maestros, en una de sus lecciones magistrales: "La vocación por la enseñanza es una virtud que no se encuentra en los libros de pedagogía. Los maestros de verdad nacen con el mágico designio. Enseñar es la forma más pura de amar a los hombres y no todos pueden ni saben encender la lámpara divina, y graduar y enfocar su luz, sin que ofusque, hiera o dé sombras, y elevarla luego a la altura de su corazón para que irradie más calor y más vida sobre las almas trémulas y sedientas. La única ley que gobernó la vida de Pestalozzi fue la ley del amor espiritual. Amor dadivoso, toda esperanza y sacrificio".

En la democracia republicana, la educación juega un papel decisivo en la formación ética de los ciudadanos, capacitándolos para el cabal cumplimiento de sus deberes. *Educar al soberano*, proclamaba Sarmiento como misión fundamental para el correcto funcionamiento de las instituciones libres. "*Educar al pueblo en la libertad* —decía, a su vez, Alberdi— es equivalente a devolverle su poder. La educación política, es decir, la costumbre inteligente de ejercer el poder, es la verdadera y sola libertad". De lo que resulta

que en la República, no se puede ser verdadero Maestro, cualesquiera sea la rama del saber que se enseñe, si no se contribuye a formar ciudadanos, mediante la *educación para la libertad*, que no solamente se imparte con la palabra en la cátedra, la prensa o el libro, sino y primordialmente con el ejemplo de una limpia conducta cívica. Tal es el caso del Dr. Ruiz Moreno, cuya suprema lección a sus alumnos fue el doloroso sacrificio de la cátedra, a la que había llegado por propios y bien justificados merecimientos y que ejerció con excepcional competencia y dignidad.

Rasgo notable y significativo de la personalidad moral e intelectual del Dr. Ruiz Moreno es que en su obra científica hace *ciencia del alma*, en el elevado sentido del concepto, como fluye del *Libro de los Libros*, que en sus *Proverbios* proclama: “Dichoso el hombre que ha adquirido la sabiduría y es rico en prudencia; cuya adquisición vale más que la plata, y sus frutos son más preciosos que el oro acendrado” (III, 13); como también que “Donde no hay prudencia, que es la *ciencia del alma*, no hay nada bueno”; y que “la sabiduría reside en el corazón del hombre prudente” (III, 15 y XIV, 2).

Y como el Dr. Ruiz Moreno ha hecho *ciencia del alma*, consecuentemente también ha realizado *política del espíritu*, que no es sino la política de las políticas. Magistralmente reflexionaba el Maestro Loudet, que “por encima de todas las políticas está el espíritu puro, que significa el culto fervoroso y abnegado de los valores intelectuales, estéticos y morales; es decir, el culto de la verdad, de la belleza y del bien. Realiza *política del espíritu* el hombre de ciencia que lucha sin pausa para adquirir una nueva verdad o descifrar un enigma; lucha silenciosa, en que las ideas se destilan gota a gota —como decía Sainte-Beuve—, pero que por una cristalización misteriosa, algunas de esas gotas se transforman en una perla y en un diamante. Realiza política del espíritu el educador que moldea las almas con la fruición de un escultor, con la fe de un iluminado y experimenta la profunda emoción de descubrir las bellezas de otras almas. Realiza política del espíritu el hombre a quien el destino le ha dado

los dones para crear la belleza, con la pluma, el sonido, el buril o el pincel, y despierta en sus semejantes las emociones más puras. Todo eso es política del espíritu. En la estimativa de los valores —agrega Loudet— hay una escala ascendente en cuya base se encuentran los vitales y los económicos, y en cuya cúspide resplandecen los éticos y los religiosos. La política del espíritu al cultivar los altos valores en el hombre que la profesa y en los demás, se obliga al cumplimiento de deberes consustanciales con esos valores. Esos deberes aparecen claros para los que poseen exquisita sensibilidad moral”.

El Dr. Ruiz Moreno ha sabido cumplir la auténtica misión del científico en el conflictuado mundo en que vivimos. “El sabio de hoy —escribió también Loudet— no debe olvidar la misión social de la ciencia, y al buscar la verdad en la vida, debe derramar la luz que fluye de esa verdad, sobre la inmensa caravana que siente y sueña, y también espera, porque la esperanza es el fundamento mismo de la vida. Dar todo lo que se puede dar, como una obligación de conciencia, y si no se puede ser torrente, ser la humilde gota de agua cristalina, que también tiene su valor y pasa en la dinámica del mundo”.

Me atrevo a afirmar que el Dr. Ruiz Moreno ha podido hacer *ciencia del alma y política del espíritu*, porque siempre tuvo presente el pensamiento de Pascal: “Conocemos la verdad, no solamente por la razón, sino también por el corazón”.

Como la luz, que irradia claridad, la verdad, que también esclarece, no los objetos sino la mente de los hombres, es una sola y no admite escisión alguna. Bien dijo Poincaré que “la verdad científica y la verdad moral no se las puede separar, y el que ama la una no puede dejar de amar la otra”.

Existe una moral de la ciencia, que no consiste sino en la búsqueda de la verdad científica. Compréndese, entonces, por qué solamente existe una fórmula de la verdad, sea ésta científica o moral, que consiste —como magistralmente esta-

bleció Aristóteles— en: “decir lo que es, es, y lo que no es, no es”.

Para lograr su triunfo en la vida, no le hubieran bastado al Dr. Ruiz Moreno sus brillantes condiciones morales e intelectuales, como tampoco su lealtad a la fórmula de la verdad, si no hubiera acompañado a todo ello, su ejemplar laboriosidad, profundamente compenetrado de que nada se consigue sin trabajo y esfuerzo. De poco sirve la aptitud si no se la cultiva con persistencia y con amor. Por eso Buffon pudo decir que “el genio es una gran paciencia”. También el ilustre sabio español Ramón y Cajal escribió alguna vez que “toda obra grande, en arte como en ciencia, es el resultado de una gran pasión puesta al servicio de una gran idea”.

Según la acertada reflexión de Séneca, “es preciso combatir a la celeridad del tiempo con la prontitud en utilizarlo y considerarlo como un rápido torrente cuyas aguas no correrían siempre”. Esta misma idea sugería a Chateaubriand que la vida “es demasiado corta para la acción, demasiado corta para el pensamiento, demasiado larga para la infelicidad”. Por eso es que el hombre sabio vive como si cada día hubiera de ser el último de su existencia.

El Dr. Ruiz Moreno se impuso la dimensión adecuada para la faena fecunda y sin pausa, realizada día a día, con la serena alegría del hombre justo y prudente, que inspiró siempre sus acciones públicas y privadas en el bien de la humanidad, de la patria y de la familia, sembrando respeto y afecto por doquier y a manos llenas, conquistando de esta manera el vellocino de oro de la dicha en la medida en que puede gozarla el ser humano, siguiendo el recto camino de la virtud y el honor, y que en último análisis no consiste sino en la paz y sosiego con la propia conciencia. Con razón reflexionaba Marco Aurelio: “En ninguna parte puede hallar el hombre un retiro tan apacible y tranquilo como en la intimidad de su alma; sobre todo si posee esos dones preciosos que por sí solos constituyen una calma perfecta, y entendiendo por esto, la tranquilidad de un alma en que todo está con orden y en su lugar”. Y el Dr. Ruiz Moreno

—para emplear hermosas palabras de Joaquín V. González— es uno de esos “espíritus que en la peregrinación de la vida sólo tienen reposo en los valles solitarios de la ciencia”; serenos y deseados lugares donde continúa el trabajo silencioso y la meditación profunda, sin perder por ello contacto con la realidad del país y del mundo, ni apagar su ininterrumpida pasión por la defensa del Derecho y de la Constitución.

Señoras y señores:

El Dr. Ruiz Moreno ha ejercido y continúa ejerciendo cabalmente la más difícil de todas las profesiones, la que pocos, por más títulos que posean pueden ejercer, cual es la *profesión universal de ser hombre*, como la definiera y proclamara magníficamente Guyau: “Es la única que no tiene excusa posible. Es la única que no tiene títulos oficiales. Es la única permanente que todos deben ejercer y cumplir. Es la única que no puede eludirse, que no puede abandonarse. ¿Qué significa ser hombre? Cumplir con los deberes inherentes a la naturaleza humana. No renunciar jamás a la libertad y a la justicia. Amar con pasión lo que debe ser amado y desdeñar la simulación y la mentira. Sacrificarse por la verdad y por el derecho. Ser altivo frente a los despotismos y humilde frente a los que se sacrifican por el honor y la gloria del país. Ser hombre verdadero es colocarse por encima de las leyes humanas e inclinarse ante las leyes divinas”.

Tal es, ni más ni tampoco menos, la nobilísima y tan difícil de ejercer *profesión universal de ser hombre*, que el Dr. Ruiz Moreno ha sabido cumplir en todo momento, a través del tiempo y en plenitud, y a quien, juntamente con los suyos, deseamos la mayor ventura personal por otros muchos jóvenes años, para bien de la patria y alegría de sus familiares, amigos y de todos los que lo conocen y tanto lo aprecian.





## VIII

### OTROS TRABAJOS



LAS FUENTES DEL DERECHO  
ADMINISTRATIVO ARGENTINO

*Por el académico Dr. Manuel María Díez*



### *Consideraciones generales*

La palabra fuente deriva del latín *fons, fontis* y éstas de *fundo, dare* que significa derramar; indica el lugar donde se derrama o brota el agua en la superficie de la tierra. En tal virtud, y de acuerdo con el sentido etimológico, fuente del derecho sería el origen, nacimiento o causa de las reglas jurídicas. Para otros, fuente sería la manifestación o exteriorización de la regla jurídica. Quiere decir, entonces, que unos definieron las fuentes como origen, causa, nacimiento del derecho y otros como formas de manifestación, modos de aparición, manifestaciones, etc.

Aceptaremos la segunda doctrina y por ello podríamos decir que las fuentes de nuestra disciplina son los hechos y actos de los que surgen los principios y normas del derecho administrativo. Hemos adoptado esta noción conceptual de fuente del derecho administrativo teniendo en cuenta que este derecho está constituido, a nuestro entender, por principios y normas de derecho público.

En realidad, las fuentes jurídicas del derecho administrativo son las mismas fuentes generales del derecho. Ello haría pensar que es ociosa toda explicación del problema de las fuentes jurídicas con relación al derecho administrativo, porque las fuentes jurídicas son comunes a todas las disciplinas jurídicas y no pueden ser objeto del conocimiento de una disciplina parcial como el derecho privado o el penal o el administrativo sino que deben estudiarse en la teoría general del derecho.

La teoría del derecho administrativo se apropiaría de problemas de otras disciplinas si se ocupara de fuentes jurí-

dicas cuya función normativa trasciende de los dominios de la administración. Sin embargo, se podría justificar esta actitud teniendo en cuenta que determinadas fuentes jurídicas, de carácter general, adquieren, para la administración, una significación extraordinaria y ello ocurre en lo que respecta al reglamento. Si la teoría general del derecho tuviera en cuenta la importancia especial de determinadas fuentes para un dominio especial del derecho, no habría necesidad de hacer este estudio particular, pero como la teoría general del derecho no cumple con esta exigencia, no se podrá reprochar a las disciplinas jurídicas especiales que se ocupan, por su parte, del problema de las fuentes.

Quiere decir, en resumen, que las fuentes jurídicas serán las mismas en todo ordenamiento jurídico pero que en cada rama del mismo algunas fuentes asumen más relevancia que otras. Así en el derecho privado, el penal y el procesal, la fuente principal es el respectivo código y luego las restantes leyes formales, mientras que las leyes en el sentido material tienen una aplicación de carácter de excepción. En el derecho administrativo, por el contrario, como que no existe código, prevalecen las leyes formales y las leyes en sentido material, como el reglamento, tienen una importancia y una extensión que no resultan iguales en ninguna otra rama del derecho.

La teoría jurídica suele entender por fuentes jurídicas del derecho administrativo aquellas manifestaciones jurídicas cuyo contenido es derecho administrativo. Así la ley, el reglamento o la costumbre, con contenidos jurídicos administrativos. Pero existe también otro sentido y es el de manifestaciones jurídicas que contienen derecho y pertenecen a la administración, es decir, que son actuaciones administrativas creadoras de derecho. Ambos conceptos de fuente jurídica administrativa ni coinciden ni se excluyen sino que se entrecruzan. Así la ley formal es en numerosos casos fuente para la administración, pero como no emana de la administración no es fuente de la administración. Las fuentes para la administración dan lugar a normas heterónomas desde el punto de vista administrativo, mientras que las fuentes de la adminis-

tración representan el principio de la autonomía administrativa.

Por el contrario, el reglamento es una fuente jurídica para la administración en el sentido de que contiene preferentemente derecho administrativo y rara vez derecho de otra clase, pero también es una fuente jurídica de la administración, ya que normalmente procede de la administración. En el mismo sentido la práctica administrativa y los usos administrativos son manifestaciones jurídicas creadas por la administración y contienen siempre derecho administrativo. Lo fundamental, entonces, para calificar una fuente jurídica entre las del derecho administrativo será averiguar si contiene derecho administrativo, quedando fuera de consideración si es producto o no de la administración.

Aun desde este punto de vista, la expresión fuente de derecho administrativo tiene un doble significado. Se puede entender por tal, aquella que contenga, entre otras materias, derecho administrativo o se puede limitar la significación a aquellas manifestaciones jurídicas que contienen exclusivamente derecho administrativo. Así, la ley y los tratados internacionales son fuentes posibles pero no necesarias de derecho administrativo aunque contengan frecuentemente derecho administrativo, mientras que los usos administrativos, si son fuentes, lo son exclusivamente de derecho administrativo. Hay entonces una oposición entre fuentes eventuales del derecho administrativo y fuentes específicas. La economía conceptual aconsejaría la reducción del concepto de fuente jurídico-administrativa a aquellas porciones del ordenamiento jurídico que contienen únicamente derecho administrativo, es decir, las llamadas fuentes específicas, pero la teoría administrativa maneja el concepto más amplio, incluyendo como fuente del derecho administrativo todas las manifestaciones jurídicas que, posiblemente, contienen derecho administrativo pero que también, posiblemente, contienen derecho constitucional o judicial.

## *Clasificación y jerarquía de las fuentes de derecho administrativo*

La doctrina ha adoptado distintas clasificaciones de las fuentes de derecho administrativo. Podemos dividir las en positivas y racionales. Entre las positivas cabe admitir en primer lugar la constitución política del Estado, que si bien es ley merece mención aparte por la importancia fundamental que reviste como fuente del derecho administrativo. Habrá que mencionar también entre las fuentes positivas, a la ley, el derecho-ley, el reglamento, las ordenanzas, las instrucciones y los tratados. Entre las fuentes racionales se puede comprender la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina científica, los principios generales.

La doctrina también distingue las fuentes escritas de las fuentes no escritas. Las primeras son manifestaciones de voluntad que se concretan en una fórmula escrita, mientras que las segundas son normas que surgen a través de una serie de hechos. Las fuentes escritas serían, entre otras, la Constitución, la ley, el decreto-ley, el reglamento y el tratado. Entre las fuentes no escritas podrían citarse la costumbre y los principios generales.

Se habla también de fuentes primarias y secundarias. Son fuentes primarias aquellas que regulan las materias que aún no están disciplinadas por normas de una eficacia jurídica superior. Es fuente secundaria aquella que establece nuevas normas sobre materias que encuentran en precedentes disposiciones su disciplina parcial.

Las leyes formales constituyen siempre fuentes primarias. Las leyes materiales y la costumbre pueden ser primarias o secundarias porque pueden referirse, sea a materias no reguladas por la ley, sea a materias que están ya reguladas en términos generales.

Se distinguen también las fuentes propias y las fuentes subsidiarias. Son fuentes propias aquellas dirigidas en forma inmediata y principal a regular materia de la administración pública. Son fuentes subsidiarias aquellas pertenecientes a otra rama del derecho pero que pueden ser utiliza-



das para constituir o completar la disciplina faltante o insuficiente de una determinada institución de derecho administrativo.

Las fuentes se dividen, por último, en materiales y formales. Son fuentes materiales ciertos datos o hechos de la vida social que contribuyen a determinar el contenido de las normas jurídicas. Las fuentes formales serían los actos en mérito a los cuales los referidos contenidos materiales alcanzan una concreta formulación normativa, positiva. Las fuentes materiales expresarían, por sí solas, una tendencia social hacia lo jurídico pero solamente integrarían el ordenamiento jurídico cuando asumen una forma determinada, a través de un acto o de una serie de actos que constituyen las llamadas fuentes formales. Las fuentes formales son los hechos creadores de una norma jurídica, vale decir de la forma normativa específica que deben revestir las convicciones o valoraciones vigentes para pasar a formar parte del ordenamiento jurídico con el carácter de normas jurídicas obligatorias.

Es necesario colocar en un orden jerárquico y escalonado las distintas fuentes, lo que significa establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas al caso concreto y el criterio para solucionar las contradictorias prescripciones que se encuentran en normas de distinto rango. Se puede utilizar para determinar la jerarquía de las fuentes un doble criterio: el de la primacía del derecho escrito y el de la jerarquía del órgano de que emana la regla escrita del derecho. Con el primer criterio, las fuentes no escritas van a quedar relegadas, en derecho administrativo, a la categoría de fuentes subsidiarias, lo que desde luego es evidente si se pone en contraste la ley formal con la costumbre, ya que solamente sería posible acudir a ésta en defecto de regulación legal. También tendrían el carácter subsidiario los principios generales del derecho, puesto que sólo podrían ser invocados a falta de texto jurídico escrito aplicable a la cuestión controvertida. En este sentido resuelve la cuestión el artículo 16 de nuestro código civil que, por estar ubicado en su título primero, es aplicable a todas las ramas del derecho, entre ellas a la del administrativo.

Si atendemos al segundo criterio, pondríamos a la cabeza del ordenamiento jerárquico la Constitución y en segundo término la ley. Bajo la ley y dependiente de ella por la reserva legal se encuentra una serie de normas jurídicas de carácter ejecutivo, que tienen importancia fundamental en el derecho administrativo. Así los reglamentos y las ordenanzas. A su vez el reglamento prevalece sobre el acto individual de la administración.

Dentro de las fuentes de la administración debe tenerse en cuenta que a mayor jerarquía del órgano que dicta la norma administrativa, corresponde mayor valor formal de la norma dictada.

### *La costumbre administrativa.*

#### *Consideraciones generales*

La costumbre es un hecho o un conjunto de hechos reveladores de un sentimiento jurídico.

La costumbre es una norma jurídica que no resulta de una manifestación de voluntad sino de un simple comportamiento uniforme y constante, practicado con la convicción de que éste corresponde a una obligación jurídica. Resulta, entonces, de la repetición de hechos materiales en un determinado sentido (*usus*) acompañado de aquel elemento psicológico que consiste en considerar obligatorio tal comportamiento frente al ordenamiento jurídico (*opinio juris vel necessitatis*).

La costumbre es un fenómeno social complejo y por ello sus disposiciones no precisan concretamente su contenido. Es, como dijimos, un uso implantado en la colectividad y considerado por ella como jurídicamente obligatorio.

De la noción conceptual que hemos dado de la costumbre se deduce la existencia de dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. El elemento objetivo también se llama material y consiste en una serie de hechos o actos repetidos, que establecen una práctica constante respecto a una relación perfectamente definida en la vida social. Es el *sustractum*

necesario para que pueda haber costumbre. Este elemento, si bien necesario, no es suficiente para la formación de la costumbre, porque el uso aparece en las normas convencionales o en los usos sociales que no son costumbres jurídicas. El elemento subjetivo, denominado psicológico, es esencial para la formación de la costumbre jurídica; radica en la convicción de su obligatoriedad jurídica. Quiere decir, entonces, que el uso, la repetición de actos y hechos carece de eficacia respecto a la creación del derecho.

*Los principios generales del derecho.  
Nociones generales*

La doctrina distingue los principios generales del derecho, o sea los que emanan de la ciencia del derecho, llamados también principios científicos, de los principios del derecho que se llaman principios jurídicos. Los principios científicos o generales del derecho son los principios lógicos de la ciencia, ayudan a conocer la realidad jurídica. Constituyen el fundamento de la ciencia y tienen valor instrumental y entidad lógica. Son principios que reciben una aplicación general en la jurisprudencia, la doctrina y la legislación universal. Los principios del derecho tienen valor normativo en sí y constituyen la propia realidad jurídica. Existen con independencia de su formulación y la misión del jurista no es otra que su aprehensión. Se ha sostenido que los principios generales tendrán no solamente el carácter de fuente subsidiaria del derecho para el caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre sino también el de principios informadores del ordenamiento jurídico y de toda función interpretativa del derecho. Los principios científicos se refieren a la ciencia del derecho; los jurídicos al derecho.

La doctrina francesa ha sostenido que en la elaboración de la regla del derecho administrativo el papel preponderante no corresponde al legislador sino al juez, es decir, específicamente al Consejo de Estado.

El análisis de la acción jurisdiccional revela la existen-

cia de una nueva fuente. El juez se presenta como el servidor de un cuerpo de reglas no escritas, que no deben su autoridad a los textos pero que vinculan su actividad tanto como la ley; son los principios generales del derecho público. Por tal motivo es preciso admitir como fuentes del derecho administrativo los principios generales del derecho que no se confunden ni con las reglas escritas ni con las reglas creadas libremente por el juez.

### *Fundamento de los principios jurídicos y de los principios generales del derecho*

A este respecto podemos señalar tres doctrinas:

a) La que los considera como los principios que informan el derecho escrito y que, en consecuencia, aun sin aparecer expresamente escritos, están en la base de un ordenamiento positivo determinado. Esta teoría sería aplicable a los principios del derecho o principios jurídicos.

b) Los que pretenden descubrir el fundamento de los principios en la naturaleza de las cosas. Es la concepción clásica de derecho natural.

c) Los que entienden que los principios serían el producto de un consenso general del público y, por así decir, resultarían de la emanación de la conciencia social. El profesor Duguit puede ser considerado como el iniciador de esta tendencia. Ya veremos más adelante cómo estas inclinaciones se han manifestado en derecho positivo. En las dos últimas doctrinas la regla de derecho aparece como una norma anterior y superior al Estado pero en la teoría de derecho natural se presenta como una norma ideal y permanente en la medida en que reposa en un substracto universal e inmutable, mientras que en la opinión de Duguit se la considera como una regla variable, sensible a todas las manifestaciones de los elementos de que ella procede.

La primera doctrina ha sido criticada. Se trata de reglas no escritas de derecho que responden a la lógica del sistema

y a los principios que lo informan y que, por lo tanto, son independientes respecto al derecho natural, ya que están condicionados por los propios supuestos del sistema positivo que se contempla, sistema que puede coincidir o no con las exigencias del derecho natural. Considerados los principios del derecho como las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación, serían tan sólo los que iluminan el derecho positivo. Admitir esta hipótesis supone dejar sin resolver el problema que quiso solventar el legislador, mediante la remisión a los principios generales del derecho a falta de ley aplicable. Si por vía de inducción se obtienen los principios generales del derecho positivo, principios jurídicos, éstos serán incapaces para resolver los casos que la vida en su continuo fluir puede presentar. El derecho positivo ofrece lagunas y los principios generales del derecho positivo, principios jurídicos, pueden ser insuficientes para llenarlas.

En el mismo sentido Rivero manifiesta que para el juez los principios generales del derecho tienen pleno valor de derecho positivo. Se los considera como parte integrante del orden jurídico y su violación se sanciona con la misma energía que la ley escrita. Agrega que el fundamento jurídico de los principios no está en la voluntad del legislador ni en la autoridad del juez. Los principios no reposan en la ley escrita. El juez afirma que son aplicables aun en ausencia de texto, no buscando reconducirlos, por una exégesis más o menos sutil, a una ley de la cual podría deducirse el principio. El Consejo de Estado sostiene que cada orden jurídico reposa necesariamente sobre una cierta concepción del hombre y del mundo, que no es más que una pieza de la civilización con sus ideales particulares, debiendo interpretarse en este cuadro los principios generales.

Dentro de la segunda doctrina, los principios generales del derecho como expresión de valores permanentes, responden a exigencias fundamentales en el sentido de que tienden a asegurar la dignidad de la persona humana, la libertad y la igualdad de los habitantes. Los principios generales del derecho en esta concepción responden a necesidades

permanentes ligadas, sea a la naturaleza de las cosas, sea a la naturaleza del hombre. Uno de los principios generales del derecho, el de la continuidad de los servicios públicos, aparece como una regla fundamental en la que reposa la existencia misma del Estado.

En igual sentido, el principio de la autoridad de cosa juzgada aparece como una exigencia permanente de la vida social. Estos principios que derivan de la naturaleza de las cosas, figuran juntamente con aquellos inherentes a la naturaleza del hombre, tal como el principio de la igualdad en todas sus formas, el principio de la libertad de la defensa, etc. Se puede pensar, entonces, que la concepción clásica del derecho natural, da a la teoría de los principios generales del derecho una interpretación doctrinaria, que no solamente corresponde al estado del derecho positivo sino que también da cuenta del clima ideológico en que ella se sitúa.

Esta teoría que funda los principios generales del derecho en el derecho natural, ha sido objeto también de críticas, ya que tales principios resultarían difícilmente aplicables cuando la conciencia colectiva cese de adherirse a ellos y de creer en sus virtudes.

Por otra parte, existe una cierta paradoja en hablar de un derecho natural, universal e inmutable a propósito de principios, que el juez deja de lado cuando entiende que no corresponden al sentimiento general.

En cuanto a la tercera teoría, según Duguit, el derecho no es una creación del Estado sino un producto espontáneo de las conciencias individuales, inspirándose a la vez en el sentido de una necesidad social y en el sentido de la justicia. Lo que hace la regla del derecho es la creencia, que penetra profundamente en la masa de hombres de una época y de un país determinado, de que esa regla es imperativa y que esa carga debe cumplirse. Por ello, el principio general en lugar de ser una regla ideal y absoluta, a la cual los hombres tendrán que acercarse más cada día, siguiendo la concepción corriente del derecho natural, aparece como una regla cambiante, en tal forma que la función del jurisconsulto sea la de adaptarla en cada aplicación particular a la estructura

de una sociedad determinada. Los principios no serían, entonces, inmutables y eternos y su desaparición ocurriría si se encontraran en desacuerdo con las aspiraciones de la conciencia colectiva. Es de señalar que todos los principios que se presentan como ligados a la naturaleza de las cosas y a la naturaleza de los hombres y que parecen dotados de una cierta estabilidad en el tiempo, demuestran, en definitiva, estar conformes con la exigencia de la conciencia colectiva. Ya se trate del principio de la igualdad bajo todas sus formas, del principio de la libertad de defensa, del principio de la libertad de conciencia o del principio de la autoridad de cosa juzgada, todos esos principios pueden ser considerados como productos espontáneos de la conciencia individual, inspirados a la vez en el sentimiento de la necesidad social y en el sentimiento de la justicia.

La aplicación de la concepción de Duguit permite explicar claramente la declinación del principio de la continuidad de los servicios públicos, como también una cierta movilidad de otros principios y una adaptación incesante de su contenido a las fluctuaciones de la realidad. Los que pretenden fundar los principios generales en el derecho natural, afirman que no puede ponerse en duda la permanencia de aquellos ni negar que la mayor parte de los mismos reposa sobre un substracto universal e inmutable. Esta circunstancia no impide que el contenido de ciertos principios, como el de la libertad de comercio y el de la libertad de industria, pueda modificarse. En efecto, es de observar que la idea de un derecho natural no excluye cierta movilidad de los principios, la adaptación de su contenido a la evolución de las ideas y de las costumbres.

### *Los principios jurídicos y los principios generales en el derecho positivo*

Para resolver acerca de la aplicación de los principios jurídicos o principios generales del derecho será necesario recurrir al examen del derecho positivo de cada país.

En el derecho positivo, el Código civil austríaco resuelve el problema en la siguiente forma: "Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras ni según el sentido natural de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley en los casos semejantes y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultare aún dudoso el caso, se decidirá de acuerdo con las circunstancias cuidadosamente recogidas y maduramente pesadas, según los principios jurídicos naturales" (art. 6). La redacción de este artículo fue dirigida por profesores de derecho natural, por lo que se ha de interpretar que se pretendía imponer un reenvío a las doctrinas de esta escuela.

El Código civil albertino de 20 de julio de 1837 tiene un texto parecido al código austríaco, aunque exhibe un cambio importante, por cuanto se substituye la expresión "principios jurídicos naturales" por la de "principios generales del derecho". Dice el código: "Cuando una cuestión no se puede decidir por la letra ni por el sentido natural de la ley, se tendrá en cuenta lo que decida la ley en los casos semejantes o en los fundamentos de otras leyes análogas; permaneciendo el caso dudoso, deberá decidirse según los principios generales del derecho, habida cuenta de todas las circunstancias del caso" (art. 15). Es de advertir que no se negó el derecho natural durante el debate que precedió a la adopción de la nueva expresión.

El Código civil italiano de 1865 establece que "cuando una controversia no se puede decidir con una precisa disposición legal, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulan los casos semejantes o materias análogas; cuando el caso permanezca todavía dudoso, se decidirá según los principios generales del derecho (art. 3 de las disposiciones preliminares). En el proyecto se utilizó la frase "principios de derecho natural" en lugar de la que apareció en el texto "principios generales del derecho". La doctrina que analiza este texto legal se muestra inclinada a pensar que, no obstante el cambio introducido en relación con el código austríaco, no se pensó en un concepto diferente al de principios jurídicos naturales que aquél consagra.



En el moderno código italiano se ha substituido la frase "principios generales del derecho" por la de "principios generales del ordenamiento jurídico del Estado". Con esta substitución la doctrina entiende que se ha puesto fin a una cuestión largamente debatida, en el sentido de establecer si los principios generales del derecho deben ser entendidos como de derecho natural o de derecho positivo.

En el proyecto del título preliminar del código francés se decía que en las materias civiles el juez, a falta de ley precisa, es un ministro de equidad. La equidad es la vuelta a la ley natural y a los usos aceptados en el silencio de la ley positiva (art. 11). Este pasaje fue suprimido en la redacción definitiva del Código de Napoleón.

Por último la ley de 7 de junio de 1929 de la ciudad del Vaticano establece que "cuando una controversia civil no puede decidirse con una norma precisa contenida en las fuentes a que se refieren los artículos precedentes, el juez, teniendo en cuenta los principios del derecho divino y los del derecho natural, además de los principios generales del derecho canónico, decide aplicando el criterio que seguiría si fuese legislador". En el precepto en cuestión se mezclan principios generales de diversos ordenamientos y se establece una decisión: la de que el juez actúe como lo haría el legislador.

En este sentido, también el Código civil suizo se expresa en los siguientes términos: "La ley se aplica a todas las cuestiones jurídicas a las cuales puedan referirse la letra o el sentido de una de sus disposiciones. En los casos no previstos por la ley el juez decide con arreglo a la costumbre y, en defecto de ésta, según las reglas que él estableciera si fuese legislador. Deberá inspirarse en este caso en la doctrina y la jurisprudencia más autorizada" (art. 1).

Como vemos en la exposición legislativa a que hemos aludido, aparecen referidos en algunos casos los principios generales al derecho natural, como en el código austríaco, y en otros al ordenamiento jurídico positivo. Ello resulta de que, en algunos casos, la ley ha preferido los principios jurídicos y, en otros, los principios generales del derecho a que

hemos aludido más arriba. Más adelante estudiaremos el problema en nuestro país.

### *Los principios generales del derecho y la costumbre*

Se trata de establecer la distinción entre los principios generales del derecho y la costumbre y ello porque nuestros indicios permiten reconocer en los principios generales un fenómeno de costumbre. Ciertos principios generales resultan ser el producto de aspiraciones latentes en la conciencia nacional y el juez, al elaborar el principio, no hace sino interpretar las creencias unánimes. La costumbre, como expresión inmediata y espontánea de los sentimientos colectivos, estaría desprovista de toda eficacia jurídica si el juez no la introdujera en el ordenamiento jurídico por medio del *usus fori*. De la misma manera, las distintas aspiraciones que traducen los principios generales, quedarían en un estado virtual si el juez no les confiriera el valor de una regla de derecho. Por tal razón, la función del juez aparece en las dos hipótesis actuando en forma semejante, ya que no hace sino constatar una norma preexistente. Además, muchos principios generales aparecen como fruto de la tradición, reflejo de una civilización derivada del derecho romano. Se podría ver en esa formación progresiva de los principios generales del derecho, cierta analogía con el largo uso que caracteriza a la costumbre.

Podrá decirse, entonces, que los principios generales constituyen una variante nueva de la costumbre. Si se hiciera de la costumbre una noción extensiva, englobando en esa expresión todo el derecho no escrito, el problema quedaría resuelto, ya que los principios generales constituirían una variedad de la costumbre. Pero es preciso tener una noción menos vaga de la costumbre. Como ya dijimos más arriba, la costumbre se forma con la reunión de dos elementos: el material, que es el uso, y el psicológico, que es la conciencia de su obligatoriedad. Si bien los principios generales podrían aplicarse en mérito a la conciencia de su obligatoriedad, es

decir, que tendrían el elemento psicológico, la *opinio juris* que tiene la costumbre, carecerían del uso continuo que constituye el elemento material. Es precisamente este elemento material, la práctica constante, lo que falta en los principios generales y que permite, entonces, diferenciarlos de la costumbre. Desprovistos de este aporte de orden concreto, que confiere a las reglas de la costumbre el mínimo de precisión necesario a toda regla de derecho, las creencias de las que preceden ciertos principios generales, quedan en el estado de sentimientos difusos y no pueden, en consecuencia, considerarse costumbres. En este estado interviene el juez para formular en regla clara lo que no era sino una manifestación de la subconsciencia colectiva.

### *Los principios generales del derecho y la jurisprudencia*

Si los principios generales no se pueden explicar por la costumbre, ¿podrán tal vez ser considerados como un caso particular en la construcción del derecho por el juez?

Puede decirse ciertamente que, desde el punto de vista orgánico, los principios generales se identifican con la jurisprudencia, pero, desde el punto de vista material, ¿pueden los principios generales ser asimilados a la regla jurisprudencial? Si bien los principios generales del derecho corresponden realmente a un modo específico de elaboración del derecho por el juez, la regla jurisprudencial no tiene los mismos caracteres ni el mismo contenido que el principio general. El principio general no se forma de acuerdo con el mismo proceso que las reglas jurisprudenciales. Ello es así porque el juez no dispone de la misma libertad en la elaboración de los principios generales que en la construcción de las reglas jurisprudenciales propiamente dichas. El principio general debe ser objeto de una cierta transformación antes de acceder a la vida jurídica y no se presenta al juez como una regla de derecho definitivamente elaborada al modo de la costumbre. Existe en la labor del juez una parte de constatación y una parte de creación pero en la elaboración de

los principios generales la parte de la constatación tiene mayor importancia que la de creación. Para decirlo todo, la puesta en marcha de los principios por el juez parece menos sujeta a lo arbitrario, menos marcada de subjetivismo, que la regla jurisprudencial propiamente dicha.

Los principios generales del derecho se sitúan a mitad del camino entre la costumbre y la regla jurisprudencial ordinaria, en el sentido de que si el juez interviene en la formación de los principios, mientras que no participa en la costumbre, él no dispone, en cambio, sino de una libertad relativa en la puesta en obra de aquellos principios, mientras parece gozar de una mayor libertad en la construcción de la norma jurisprudencial. De estas tres reglas de derecho es, pues, esta última la que parece afectada en el más alto grado de un coeficiente de subjetivismo. Se podrán además señalar las siguientes diferencias entre la regla jurisprudencial y el principio general:

a) La regla jurisprudencial es especial y el principio es general. Esto es evidente, ya que la regla jurisprudencial se establece en ocasión de un caso particular y sirve simplemente para éste. Ello no impide que al repetirse la misma solución para casos parecidos se forme una jurisprudencia.

b) La regla jurisprudencial es inestable, ya que puede modificarse en cualquier momento la jurisprudencia, mientras que el principio general tiene una mayor estabilidad en el tiempo.

c) La regla jurisprudencial es pragmática y concreta y el principio general es trascendente porque resulta ser la expresión de exigencias superiores que ligan moralmente al juez.

### *Los principios generales del derecho y el poder discrecional de la administración. Las lagunas del derecho*

Algunos autores rechazan la teoría de que los principios generales del derecho puedan ser fuente del derecho administrativo, sosteniendo que cuando la administración no está

vinculada a la ley aparece el poder discrecional. De allí la diferencia esencial con respecto al juez, quien siempre tiene que apoyar su sentencia en una norma, escrita o no.

La doctrina refuta esta opinión relacionando la potestad discrecional con el llamado principio de la legalidad de la administración. De esa conexión resulta la diferencia entre tres conceptos que aparecen frecuentemente confundidos y cuya separación es fundamental. Son estos conceptos: la potestad discrecional, las lagunas de la legislación administrativa y la autonomía de la voluntad.

Corresponde distinguir en primer término el principio de la legalidad de la administración y la potestad discrecional. Como ya sabemos, en el derecho privado los particulares pueden realizar todo lo que no esté prohibido por la ley, mientras que en derecho administrativo los entes públicos sólo pueden efectuar la actividad comprendida dentro de las atribuciones que la ley señala, porque la administración sólo puede realizar lo que entra dentro del campo de su competencia. Lo esencial del principio de la legalidad es que la actividad de la administración debe encontrar su fundamento o razón de ser, directa o indirectamente, en el ordenamiento jurídico.

La potestad discrecional se atribuye a los administradores por el legislador, de una manera reflexiva, constituyendo una verdadera voluntad de éste y no una improvisación. La administración hace una libre apreciación de la ley pero su actividad se desarrolla dentro del ordenamiento jurídico. La ley, en estos supuestos, no esclaviza a la administración, no desciende al detalle sino que deja la apreciación de éste a los órganos administrativos. En mérito a lo que antecede se puede distinguir la potestad discrecional del principio de autonomía de la voluntad. El principio de la autonomía de la voluntad supone libertad de actuación en lo que no está prohibido por la ley. La potestad discrecional supone libertad de actuación cuando el ordenamiento jurídico autoriza dicha libertad. Entonces se puede decir que la autonomía de la voluntad y la libertad discrecional suponen ambas el reconocimiento de un margen de libertad en el or-

denamiento jurídico. Pero mientras aquélla, la autonomía de la voluntad, se reconoce por vía general, salvo en los casos prohibidos, la potestad discrecional se va concediendo en forma dosificada para cada caso concreto.

Se puede distinguir también la potestad discrecional de las lagunas de la legislación administrativa, que ocurren en los casos en que existen cuestiones que el ordenamiento jurídico no ha regulado. En tal supuesto, tendremos órganos competentes pero no tendremos ley aplicable. No podría decirse en ese caso que, en general, el órgano competente habría de actuar en ejercicio de la potestad discrecional. Estaríamos, en este supuesto, en presencia de una laguna del derecho o, mejor, ante una imperfección de la ley. Sin embargo, toda ausencia de ley no es laguna. Ello así porque en ocasiones el legislador habrá preferido callar para autorizar así el ejercicio del poder discrecional. Por ello, frente a la ausencia de una ley administrativa cabría suponer que al callar el legislador tuvo intención de conceder una potestad discrecional o que no tuvo tal intención, en cuyo supuesto nos encontraríamos frente a una laguna de la legislación. Pero no existe antagonismo entre un concepto y otro, ya que donde existe una laguna o imperfección de la ley pueden existir también ciertas facetas de la potestad discrecional. Lo cierto es que cuando hay una laguna de derecho, el intérprete debe llenarla acudiendo, entre otras cosas, a los principios generales del derecho y serán principios los que dirán si, aun dentro de la laguna de la legislación, cabe la potestad discrecional. No existe antinomia entre la potestad discrecional y los principios generales del derecho, ya que éstos, en su función integradora, pueden consagrar la potestad discrecional en casos de lagunas de la ley. Por ello, entonces, la existencia del poder discrecional en manos de la administración no permite inferir que los principios generales del derecho no sean fuente, ya que con ellos sólo se trata de cubrir un vacío de la legislación, una laguna del derecho y, como ya dijimos, puede haber dentro de la función integradora que desempeñan estos principios, la potestad discrecional. La administración en el ejercicio de su po-

testad discrecional no puede violar los principios generales del derecho.

### *Los principios jurídicos, la ley y la Constitución*

Es necesario establecer la jerarquía entre estas tres fuentes del derecho. Si los principios jurídicos se consideran como síntesis de la legislación, estarán situados al nivel de la ley, y se habrán de imponer a la administración como una ley no escrita. El legislador podrá eliminar un principio jurídico, como puede modificar una ley y aun derogarla. Pero esa actividad del legislador no se presume.

Para justificar teóricamente el valor supralegislativo conferido a los principios jurídicos, Vedel sostiene que están formulados por el preámbulo de la Constitución francesa de 1958 o, al menos, por los textos a los cuales ella remite, como serían el preámbulo de la Constitución francesa de 1946 y la declaración de derechos del hombre de 1789, pero en cuanto a otros principios jurídicos, su valor supralegislativo se deduciría de la existencia de una costumbre constitucional.

### *Enumeración de algunos principios generales del derecho y principios jurídicos*

Uno de los principios jurídicos es la buena fe, que tiene carácter general y debe regir todas las relaciones jurídicas. Ello no significa que el principio de la buena fe tenga en derecho administrativo las mismas consecuencias que en el derecho civil o comercial. Tiene en el derecho administrativo especial importancia, particularmente en materia de contratos administrativos y de la protección de la ecuación económica financiera en la concesión de servicios públicos.

Un principio jurídico fundamental es el de igualdad frente a la ley y especialmente frente a la ley fiscal, vale decir, frente a las cargas públicas. La igualdad consiste en tratar igualmente las cosas iguales.

La igualdad rige para la admisibilidad en los cargos públicos sin otra condición que la idoneidad. Es principio general, consagrado algunas veces por el derecho positivo, el de la igualdad de los usuarios frente a los servicios públicos. Existen algunos principios jurídicos constitucionales vinculados con la garantía de la libertad. Así la de trabajar, ejercer industria lícita, navegar y comerciar, ejercer libremente su culto, enseñar y aprender.

Un principio que en ciertas ocasiones es jurídico y en otras es general, es el de la no retroactividad de los actos administrativos. Si se tratara de reglamentos, el principio de la no retroactividad podría deducirse, entre nosotros, del artículo 3 del Código civil, porque aun cuando este artículo no habla sino de la ley, es posible sostener que el reglamento administrativo, en cuanto a su contenido, es también una verdadera ley. Pero en cuanto a los actos administrativos individuales o particulares, la no retroactividad resulta ser una creación jurisprudencial.

Es un principio jurídico fundamental el de la autoridad de la cosa juzgada que se aplica en sede judicial. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha elaborado el principio general de la cosa juzgada administrativa, vale decir, la inmutabilidad de ciertos actos administrativos en sede administrativa.

El principio jurídico que se deduce de ciertas disposiciones del Código civil es el del enriquecimiento sin causa, que se invoca en derecho administrativo para justificar ciertas soluciones, sin que ello implique admitir las reglas que sobre este asunto están establecidas por el derecho civil.

La doctrina cita también el principio jurídico y general, en algunos supuestos *audi alteram partem*. De acuerdo con este principio no se puede tomar una decisión que entrañe un perjuicio grave para un funcionario o un administrado sin que éste haya sido previamente oído. Vale decir, sin que se haya observado el debido precepto legal.

Se invoca también como principio general el de la imparcialidad, en mérito del cual la administración debe ser



imparcial. Vale decir, entonces, que el órgano administrativo no debe tomar partido en los conflictos de derecho privado.

Podrán citarse también como principio general el de la intangibilidad en sede administrativa de todo acto administrativo que creare derechos subjetivos a favor de los administrados, solución que resulta de una jurisprudencia ya consagrada entre nosotros a que hemos aludido más arriba; y el principio general de presunción de legitimidad de los actos administrativos, presunción que es, naturalmente, *juris tantum*. Esta presunción ha sido consagrada también reiteradamente por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal.

También cabe mencionar el principio general de que el órgano jurisdiccional no puede invalidar de oficio los actos administrativos, aun cuando fueran de nulidad absoluta y manifiesta.

### *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo*

La doctrina sostiene que el concepto de principios generales del derecho surge más en relación con el problema de las lagunas de la ley que con el de las fuentes del derecho. Sin embargo, la cuestión de la integración de las lagunas de la ley está íntimamente ligada con la de las fuentes del derecho. En este sentido se pregunta si todos los medios con que cuenta el juez para integrar las lagunas de la ley y fallar en cada caso concreto son fuente de derecho y también se pregunta si las fuentes de derecho suponen la creación o positivación de una norma jurídica. ¿Los principios generales del derecho son norma? Dijimos oportunamente que solamente los principios jurídicos constituyen norma jurídica en el sentido técnico o derivan de ella. Como en nuestro derecho positivo el artículo 16 del Código civil establece que "si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas y si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho y en consideración

a las circunstancias del caso", cabe preguntar si todos los principios generales del derecho quedan positivados como norma en virtud de esta disposición de nuestro Código civil o si adquieren fuerza positiva en virtud del *usus fori*, es decir, por mérito de una sentencia que los acoja.

Los principios se presentan en tres estadios. En los dos primeros supuestos se tratará de principios jurídicos; en el tercero serán generales. En el primero, ofreciendo solidez y confirmación a la solución que se encuentra en la ley o en la costumbre; en el segundo, fijando las reglas aisladas que en la ley se encuentran y ampliando el círculo de su eficiencia y aplicación, deduciendo de la masa de disposiciones concretas del derecho positivo los más generales principios. Tal forma específica y técnica de aplicación de los principios jurídicos del derecho está encomendada principalmente a la analogía, bien de la ley, bien del derecho. Finalmente, una tercera fase, en la que se presenta completando el derecho positivo y creando nuevas reglas de solución, formulando un derecho nuevo y aparte del promulgado. En esta tercer función, la labor del intérprete se acerca a la del legislador. Se trata de la investigación libre del derecho.

De acuerdo con la disposición legal precitada, la interpretación que hay que dar a los principios generales del derecho ha de ser amplia y ello por dos razones: La primera porque no hay ley ni principios de leyes análogas. La segunda por la necesidad de hacer compatibles los principios generales del derecho con la obligación que éste impone al juez de fallar en todo caso. No existe cuestión jurídica que, a falta de ley o de costumbre no encuentre solución mediante los principios generales del derecho. El juez debe encontrar las reglas aplicables al caso que no resuelve la ley; su proceso es la indagación del derecho vivo, todavía no recogido en las fórmulas de la ley ni aprisionado en la práctica consuetudinaria. Podrá el juez buscarlos en la doctrina científica, suficientemente unánime y autorizada y en los resultados de su propia investigación de los ideales de justicia y de las realidades de la vida social. De allí que se dice que se debe incluir dentro de los principios generales del derecho, los del dere-

cho natural, los tradicionales y los políticos, como sostiene De Castro.

Hay que señalar, además, el carácter de fuente que en materia civil tienen los principios generales del derecho, en mérito a la posibilidad de ser invocados ante los tribunales para que con arreglo a ellos se falle el asunto. Se impone en este caso la comprobación de que el principio invocado es un principio general del derecho. Se puede afirmar, entonces, que los principios generales del derecho tienen carácter de fuente, en el sentido de que pueden ser invocados ante los tribunales. Los principios generales resultan ser el expediente arbitrado para resolver el problema de las lagunas del derecho.

En el campo del derecho administrativo, el problema de las lagunas o imperfecciones de la legislación se presenta en forma directa e inmediata, no sólo para el juez sino para los propios órganos de la administración que deben resolver el caso concreto. En cuanto a los particulares, el problema de las lagunas, que debe resolverse por medio de los principios generales, se presenta con características más interesantes que en el derecho privado, ya que para recurrir a la vía contenciosa se requiere la lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo establecido a favor del recurrente por una ley, un reglamento u otro precepto de carácter administrativo. Evidentemente no podrán invocarse estos preceptos en materias que constituyen una laguna del ordenamiento jurídico. Ahora bien, entendemos que frente a una laguna del ordenamiento jurídico, los órganos administrativos en sus funciones activa, consultiva, deliberativa y el juez de lo contencioso, pueden invocar un principio general de derecho que resuelva el caso cuestionado. Entonces se puede sostener que los principios generales del derecho han de ser reconocidos como fuente del derecho administrativo.

## *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo argentino*

Ya dijimos en el párrafo anterior que el artículo 16 del Código civil permite recurrir a los principios generales del derecho, en caso de que el juez que tuviera que fallar no pudiera recurrir a la ley en su letra o en su espíritu ni a los principios de leyes análogas. Esta disposición de nuestro codificador está situada en la parte general del Código civil y, en consecuencia, es de aplicación a las distintas ramas del derecho, con excepción del ordenamiento jurídico penal. De allí que entendamos debe aplicarse también a nuestro derecho administrativo.

La doctrina en el campo del derecho civil no es pacífica en cuanto al sentido a dar a los principios generales del derecho. Para algunos autores, si la cuestión no pudiera resolverse a través de una norma legal individualmente considerada, que contemple situaciones semejantes ni tampoco mediante la comparación de distintas leyes o preceptos singulares que tengan los mismos fundamentos y respondan a idénticos fines, el juez resolverá por los principios generales del derecho. Siguiendo a Savigny se agrega que deben entenderse por tales los principios generales del derecho positivo, vale decir, los que llamamos principios jurídicos, contemplados desde el punto de vista subjetivo. Entiende esta doctrina que nuestro código, que sigue a Savigny en su método, se ajustó constantemente a su obra fundamental: *El sistema de derecho romano actual* aparecido en el año 1840. El código sardo, promulgado en el año 1837, responde netamente a la teoría de la escuela histórica y, en consecuencia, no acepta el derecho universal e inmutable de la razón, anterior y superior a la legislación, o sea el derecho natural, sino que cree en la fuerza orgánica del derecho positivo, en su aptitud para resolver por sí solo los casos no previstos expresamente y en la necesidad imperiosa de que el juez, lejos de estar facultado para lograr en la esfera subjetiva apriorísticamente las reglas necesarias, debe utilizar siempre normas del derecho positivo para inducirlo de ellas. Por otra parte, agre-

ga esta doctrina, el Dr. Vélez Sársfield fija su posición bien clara en el artículo 22 del Código civil, que fue tomado de los *landrecht* del Gran Ducado de Baden.

La doctrina contraria afirma que en la redacción de los artículos 15 y 16 del Código civil, Vélez Sársfield tuvo en vista fuentes filosóficas contradictorias. Esto es así porque además de las ideas propugnadas por los comentaristas franceses de la escuela de exégesis, se inspira en los textos del código francés, austríaco y albertino. Es de recordar que los redactores del Código de Napoleón confeccionaron su obra a la luz de una idea *ius naturalis* y que los otros dos códigos llegaron a hacer expresa referencia a los principios del derecho natural y a los principios generales del derecho. Por ello no es de extrañar que los textos elaborados por Vélez Sársfield no se caractericen por su coherencia filosófica.

Si bien hay elementos para considerar que Vélez Sársfield estaba embanderado en la escuela francesa de exégesis, vale decir, que su posición debe clasificarse como positivista, hay otras circunstancias que impiden atribuir la etiqueta de positivista al autor de nuestro Código civil. En realidad, si siguiéramos el criterio positivista no deberíamos hablar de principios generales del derecho sino de principios del derecho, ya que éstos, como dijimos, tienen valor normativo y los constituye la propia realidad jurídica surgiendo de la legislación vigente y, según hemos dicho, la misión del jurista no es sino la de su aprehensión. Por lo contrario, aceptando la teoría de que los principios derivan del derecho natural o que emanan de la conciencia social, estaríamos dentro del campo de los principios generales del derecho.

En el campo del derecho público, la ley fundamental no tiene sus fuentes en la concepción dogmática positivista que, como vimos, algunos autores sostienen para el campo del derecho civil.

En el campo del derecho constitucional y administrativo priva el derecho natural.

La Corte Suprema de la Nación sólo excepcionalmente hace referencia a doctrinas filosóficas pero en algunas ocasiones ha mencionado expresamente el derecho natural. Así

dijo que en todos los contratos, sean hechos entre los Estados e individuos o entre individuos solamente, entran condiciones que no surgen de los términos literales del contrato, ellas vienen implícitas en virtud de la preexistente y más alta autoridad de las leyes de la naturaleza, de las naciones o de la comunidad, a la cual las partes pertenecen; ellas siempre se presumen y siempre debe presumirse que son conocidas y reconocidas por todos, obligan a todos y, por lo tanto, no necesitan estipularse expresamente, porque esto nada agregaría a su propia fuerza.

La doctrina entiende que los principios generales del derecho son juicios axiológicos de justicia, no en abstracto sino en consideración a la conciencia nacional, entendida ésta como una realidad concreta en un momento determinado de su evolución, vale decir, en relación con la cultura nacional.

EL IDEARIO POLÍTICO  
DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

*Por el académico Dr. Alberto Rodríguez Varela*





## SANTO TOMÁS

Tomás, hijo de los Condes de Aquino, nace en el casti-  
llo de Rocasecca, cerca de Nápoles, en el año 1225. Debe  
superar la resistencia de su familia, que le destinaba al mo-  
nasterio benedictino de Monte Casino, para finalmente ves-  
tir en 1244 el hábito de la Orden de los Predicadores (domi-  
nicos).

Sigue las lecciones de su maestro, Alberto Magno, en  
París y Colonia. En 1256, contemporáneamente con San  
Buenaventura, se gradúa como *magister* en la universidad  
parisina. Prosigue sus estudios, desecha el arzobispado de  
Nápoles, y se dedica a la enseñanza universitaria, desde su  
cátedra de la Universidad de París, al tiempo que ilustra al  
Rey San Luis y afronta difíciles debates con *averroístas* y  
*agustinistas*. Rechaza las tendencias panteístas y la teoría de  
las "dos verdades", sustentadas por algunos averroístas, pero  
reivindica al genuino Aristóteles frente a quienes lo consi-  
deraban incompatible con el pensamiento cristiano.

Su obra intelectual es verdaderamente impresionante.  
Sin embargo, en 1273, al final de su vida, expresó al monje  
Reginaldo que a través de la meditación y la oración "se le  
habían revelado cosas tan sublimes que todo lo que había  
escrito le parecía de paja". Al año siguiente, en momentos  
en que se dirigía hacia el Concilio de Lyon, se sintió enfer-  
mo y pidió se le condujera al monasterio de Santa María de  
Fossa-Nova. Solicitó el Santo Viático y murió tres días des-  
pués, el 7 de marzo de 1274, a los 49 años.

## OBRAS FUNDAMENTALES

Santo Tomás no fue un simple recopilador. Con un fondo marcadamente aristotélico encontramos en su pensamiento modalidades y criterios nuevos y propios. Fue, en su tiempo, un hombre de avanzada. Su pertenencia a una orden mendicante, con todo lo que ello significaba como renovación, indica claramente su predisposición a extraer nuevas consecuencias de principios de antigüedad milenaria. Pero ese criterio renovador no le impidió conocer y guardar fidelidad, en sus aspectos esenciales, a las grandes líneas del pensamiento cristiano.

Santo Tomás, sobrino nieto del Emperador Federico Barbaroja, llevaba en sus venas sangre de los hombres del Norte y de los del Mediodía, de los normandos y los lombardos. Hay en él —señala Maritain— una “complexión maravillosamente equilibrada” que le lleva a sumar, en su formación doctoral, “a la Italia de los Papas, a la Alemania de Alberto el Grande, a la Francia de San Luis y de la Universidad de París, lo mismo que reúne a la herencia de los Padres y a la sabiduría cristiana, el tesoro de los griegos y de los latinos, de los árabes y de los judíos, es decir, al aporte completo de todo el mundo conocido en su tiempo”. Un inventario de los autores que mayor influjo ejercen en su obra no podría excluir —además de Aristóteles— a Averroes, San Agustín, el pseudo-Dionisio, Boecio, Avicena, los autores de la Patrística, Platón, Proclo y Plotino.

Entre las obras de Santo Tomás que mayor significación tienen para la Historia de las Ideas Políticas debemos mencionar: *Comentarios a cuatro libros sentenciaris de Pedro Lombardo*, *Comentarios a la ética nicomaquea de Aristóteles*, *Sobre el régimen de los judíos*, *El régimen de los príncipes* —en parte escrito por su discípulo Tolomeo de Lucca—, *la Suma Teológica*, los *Comentarios a la Política de Aristóteles* —escritos en parte por Pedro de Aubernia— y *la Suma contra Gentiles*.

## EL ESTADO

Santo Tomás considera que el hombre es un *animal sociale et politicum*. Fiel a Aristóteles, afirma que la *causa eficiente* u origen filosófico del Estado deriva de la *naturaleza social, racional y libre del hombre*. Presenta así a la *sociabilidad y politicidad* como connaturales al hombre. La vida social y política es, en esta perspectiva, un *modo* de existencia propio del hombre. A su vez, la vida a-social o apolítica es signo de infrahumanidad, porque sociedad y estado constituyen dimensiones ontológicas propias del ser humano. Por todo ello, el estado no es un producto *artificial* sino *natural* que adopta una u otra conformación histórica a través de procesos regulados por la razón y la voluntad de los hombres. Como lo advierte Eustaquio Galán y Gutiérrez, marcando la distancia que existe entre los enfoques exclusivamente contractualistas y la visión tomista, para el Doctor Angélico “El Estado es conjuntamente un producto del instinto social y de la industria del hombre”.

El Estado, para Santo Tomás, no es una *substancia*, como lo pretenden las tendencias totalitarias, ni una *ficción*, como lo sostienen algunos de los que niegan su condición *natural*. El Estado es una *realidad*, una *relación*, un ser *accidental* en sentido aristotélico. El Estado, en definitiva, es para el aquinatense *unidad de orden* (*unitas ordinis*). Como lo advierte la Suma Teológica, *la unidad de orden es de algún modo (accidental), si bien no es de un modo substancial*. Esto no significa que las categorías accidentales no pertenezcan al mundo de la *realidad*. El Estado es tan real como la *familia* o la *universitas*. Por eso es posible desarrollar una verdadera *ontología* o filosofía del *ser* del Estado a través de sus causas primeras. El Estado, resultante de la sociabilidad y politicidad del hombre, que constituyen su *causa eficiente* próxima, queda conformado mediante la acción de una forma sobre una materia, es decir, de una *causa formal* (el orden) sobre una *causa material* (la población y, según los neotomistas, el territorio). El *orden* —dice el Doctor Angélico— es el que confiere identidad, unidad y conti-

nuidad al Estado por encima de los individuos que nacen, viven y mueren. La *causa final*, como veremos, es el *bien común*.

## EL HOMBRE

Para Santo Tomás el hombre es un ser en sí, un autofin sólo subordinado a Dios y supraordinado a todo lo demás, un *ser personal* definible como *substancia individual de naturaleza racional*. No es, pues, como el Estado, un ser *accidental*. El hombre es un ser *substancial*. No un mero conglomerado de átomos ni un conjunto de sensaciones, pensamientos o voliciones. La persona humana es una substancia individual, es decir, un ente constituido por el alma racional y la materia substancialmente unidas en cada hombre, con vocación de eternidad. Esta visión del hombre confiere sólido sustento filosófico a un dato teológico como el de la resurrección de la carne. Ello así porque, como lo enseña Santo Tomás, *lo natural del alma es estar unida al cuerpo y no separada de él*. Por lo demás, el hombre se encuentra en el grado más alto de los seres naturales y tiene, como persona, un fin sobrenatural, supratemporal y definitivo: la unión con Dios. El tiempo, sin embargo, reviste importancia fundamental porque en él cada hombre decide su destino eterno.

## IGLESIA Y ESTADO

Los hombres del siglo XIII —salvo los no bautizados— integraban dos sociedades: la Iglesia (*corpus mysticum*) y el Estado (Imperio, Reinos, Principados, etc.). La distinción entre ambas potestades había sido claramente sostenida por el Señor en el Evangelio de San Mateo. La aplicación histórica del principio estuvo, empero, cargada de dificultades. A lo largo de la Edad Media se había desarrollado una corriente denominada *agustinismo teocrático* que tendía a subordinar totalmente a emperadores y reyes a la potestad religiosa. Esta tendencia, también denominada *papuesarista*,

pretendía hipertrofiar la autoridad del sucesor de Pedro extrayendo consecuencias exageradas de la *teoría de las dos espadas* expuesta por el Papa Gelasio en el siglo V.

En esta materia, sin dejar de estar influido por las realidades de su época, Santo Tomás guarda especial equilibrio. El aquinatense tiene en claro que el Reino de Cristo no es de este mundo y que el Señor es Cabeza del Cuerpo Místico. El Romano Pontífice —como lo advierte en *De Regimine principum*— es Vicario de Cristo en la tierra para guiar a los hombres, en su peregrinaje terreno, hacia la bienaventuranza eterna.

Los escritos de Santo Tomás no sirven de sustento a ninguna teoría que sostenga el *poder directo* del Pontificado sobre todo el mundo político ni la necesaria derivación del poder temporal respecto del espiritual en cuanto a su origen. Hay, en cambio, elementos que sirvieron de base a la doctrina del *poder indirecto* desarrollada tres siglos después por los neoescolásticos españoles. En efecto, para el Doctor Angélico "*la potestad espiritual y la temporal derivan ambas del poder divino*". Una y otra son supremas en sus propias esferas y la Iglesia —según la doctrina tomista— sólo tiene derecho a corregir situaciones, ordenamientos o actos del poder político *en cuanto así venga reclamado por fines espirituales, esto es, desde el punto de vista de la salvación de las almas*. Un caso típico habría sido el de Gregorio VII frente a Enrique IV al relevar a los súbditos del juramento de obediencia como consecuencia de haber sido excomulgado el emperador por sus graves transgresiones públicas.

Hay en Santo Tomás textos que abonan la necesidad de preservar la libertad religiosa. Al respecto es muy firme su posición en el sentido de que no debe castigarse la infidelidad de aquellos que jamás recibieron la fe.

## ESTADO Y PERSONA

En este tema Santo Tomás se aleja de los extremos. No considera al Estado un organismo del que el hombre sería sólo una parte. Tampoco afirma un individualismo que lle-

ve a negar el rol del Estado y a sostener que éste es un limitado producto artificial. Para el aquinatense —ya lo hemos dicho— el Estado es una realidad no substancial. Importa una forma plenaria natural de vida en común en la que los hombres son partes en sentido relativo. En efecto, el hombre trasciende al Estado porque es el grado más alto en la escala de los seres naturales. Por ello, como en toda relación (familia, universitas, etc.), el hombre es *de algún modo* parte, pero no es *absolutamente* parte de la sociedad. Aun ofrendando su vida, en defensa de la Patria, durante una guerra justa, queda reservado en plenitud para Dios. Como en nuestro siglo lo ha enseñado Maritain, el hombre puede empeñarse *íntegramente* en la comunidad política, pero no con su yo íntegro que siempre queda reservado para la eternidad. Porque el hombre, en definitiva, es un microcosmos, un *todo* con fines que trascienden el tiempo y conciernen a su definitiva unión con Dios.

Con la posición expuesta, Santo Tomás se aparta del totalitarismo, que aniquila al hombre como ser personal, y de las tendencias ultraindividualistas que niegan la sociabilidad y politicidad humanas, desconociendo los fines del Estado.

## FIN DEL ESTADO

El sistema tomista es eminentemente teleológico o finalista. Todos los entes existen como consecuencia de algo (causa eficiente) y para algo (causa final). El universo no es sinónimo de caos sino de orden. En función de ese orden, todas las cosas tienen prescripto un fin. La noción de *bien* deriva de la adecuación entre el *ser* de una cosa y el *fin* al que la misma tiende. En el caso del hombre, sustancia *libre*, el fin aparece propuesto a la razón y tiene naturaleza *ética*. Hay fines que conciernen, según la enseñanza aristotélica, a la vida individual (ética monástica), a la familiar (ética económica) y a las formas plenarias de vida en común (ética política).

Para Santo Tomás el fin del Estado es, pues, un *bien*.

No particular sino *común* (*bonum commune*). En síntesis, con palabras de Juan XXIII, que se ajustan sin violencia a la posición del Doctor Angélico, el *bien común* es el conjunto de elementos y condiciones que favorecen el pleno desarrollo de la persona humana. En la misma dirección, Federico Torres Lacroze, al procurar conciliar las interpretaciones de Maritain y De Koninck, sostiene que, en la perspectiva tomista, el *bien común* es el conjunto organizado de las condiciones sociales, económicas y políticas, de acuerdo a un fin ético, gracias a las cuales la persona humana puede alcanzar su fin o destino natural. Por su parte, García Venturini, al hacer la exégesis de la Suma Teológica, procura superar las posiciones de quienes pretenden separar el bien general de los fines perseguidos por las personas que integran la sociedad. Le preocupa que una división muy tajante pueda conducir a formas de vida colectivista. A su juicio, hay una visión tomista del bien común “que lejos de estar en contra de cada uno de los bienes particulares consiste, precisamente, en la realización de los mismos, es decir, que cada uno de los individuos puede realizarse plenamente en la prosecución de la felicidad terrena”. Esta fórmula se aproxima a la de Monseñor Octavio N. Derisi: “Ni bien personal sin bien común, ni bien común sin bien personal”.

Sin perjuicio de lo expuesto, Eustaquio Galán y Gutiérrez, en su obra *La Filosofía Política de Santo Tomás de Aquino*, subraya que “entre bien común y bien privado o particular media —como Santo Tomás dice— una diferencia específica, cualitativa, no meramente cuantitativa”. No admite, por ende, que pueda concebirse al bien común como la simple suma de bienes privados. “La peculiaridad del bien común respecto del bien privado de los particulares —agrega el mismo autor— pónese de manifiesto en la concepción de la *justicia legal*, distinta de la *justicia distributiva* y de la *commutativa*.”

Como corolario de lo expuesto, advierte Galán y Gutiérrez que aun cuando para Santo Tomás el bien privado de los individuos es distinto del bien común, ambos se encuentran estrechamente vinculados hasta el extremo de que

“quien procura el bien común también procura el suyo propio”. A todo evento, en caso de plantearse entre ambos cualquier colisión, la cuestión debe resolverse acordando primacía al bien común. Por supuesto que esto es válido sólo para el plano temporal. Porque aun cuando el bien común es un fin, indirectamente se encuentra subordinado al fin supratemporal de la persona humana. En un enfoque tomista, jamás podría imponerse nada en nombre del bien común que resulte lesivo para la salvación eterna. Con este criterio —señala Galán y Gutiérrez— “queda cerrado, por igual, el paso a toda interpretación totalitaria o ultraindividualista del hombre y el Estado”.

## LA JUSTICIA

La Justicia —virtud cardinal para Santo Tomás— se encuentra íntimamente relacionada con el bien común y los bienes particulares.

Santo Tomás divide la Justicia en *general* o *legal*, por un lado, y en *particular* por el otro.

En varios pasajes de la Suma Teológica se precisa que el cometido de la *justicia legal* (*iustitia generalis seu legalis*) es ordenar las acciones de los individuos respecto del *bien común*. Conciérne a todo lo que debemos a la sociedad.

La justicia particular (*iustitia particularis*) comprende a la justicia distributiva (*iustitia distributiva*) y a la justicia conmutativa (*iustitia conmutativa*).

La justicia conmutativa es eminentemente individual y regula las relaciones entre los particulares. La justicia distributiva ordena las relaciones de la sociedad con los individuos.

Con respecto al Derecho y a su relación con la Justicia, Ambrosio Romero Carranza subraya que Santo Tomás sostiene la identidad esencial, la vinculación intrínseca, la subordinación y la dependencia del Derecho a la Justicia. En igual sentido, Manuel Río advierte que para el aquinatense, siguiendo a Isidoro de Sevilla, el Derecho es lo recto y la



realización de la Justicia: *El Derecho es la acción justa misma. La ley humana tiene razón de ley en tanto en cuanto se conforma a la recta razón (ius est ipsa iusta). El Derecho para ser tal debe ser siempre objeto de la Justicia.*

García Venturini señala que Santo Tomás insiste en que “la justicia y por ello el derecho siempre implican una relación con el otro, o sea una relación social (como ya había apuntado Aristóteles), una relación entre una persona y otra, o entre una persona y la comunidad o viceversa”. Esta visión ética de la vida política y social no significa, sin embargo, que Santo Tomás confunda los planos ni que atribuya al Estado los fines que conciernen a la Iglesia. “El Estado —apunta Galán y Gutiérrez— realiza su fin ético por medio del derecho. Pero el derecho en la concepción tomista es certeramente considerado como un *minimum etico*. Ni prescribe todos los actos de todas las virtudes, ni prohíbe todos los actos de todos los vicios, sino que manda o veda aquellos actos cuyo valor ético tiene un sentido inmediatamente social”.

## LA PRUDENCIA

La política, en la perspectiva tomista, integra la Filosofía Práctica. No constituye, por ende, un saber meramente especulativo sino que apunta al “ordenar” y al “querer”. Por ello la virtud de la *prudencia* cumple un rol esencial en materia política. Josef Pieper llega al extremo de sostener que la prudencia es presupuesto de todas las virtudes cardinales, incluida la justicia, porque está íntimamente vinculada con el conocimiento objetivo de la realidad. Quien ignora cómo son y están verdaderamente las cosas, no puede desarrollar ninguna acción política coherente. Porque la política es un *hacer* que presupone un *saber*. Y el nexo entre el saber y el hacer o, en términos tomistas, lo que *informa* el justo hacer político es la prudencia. Esta virtud es la que provee de un conocimiento no sólo especulativo sino práctico, es decir, de la realidad en que se debe actuar. Por eso es esencial para la acción política.

Santo Tomás, en un párrafo de la Suma Teológica aplicable a la política como *ciencia* y como *actividad*, señala que *el prudente precisa conocer tanto los primeros principios universales de la razón cuanto las realidades concretas sobre las que versa la acción moral* (2-2a, 47, 3). Pieper, comentando al aquinatense, señala que “la prudencia no es sólo conocimiento o saber informativo. Lo esencial para ella es que este saber de la realidad sea transformado en imperio prudente, que inmediatamente se consume en acción”. Los grados por los que pasa la conducta informada de la virtud de la prudencia son: *deliberación, juicio, imperio*.

Cuando alguno de estos grados no se cumple o se cumple en forma deficiente, también deficiente será la actividad política. Si se omite la primera parte, estaremos, en el enfoque del Doctor Angélico, ante un gobernante vehemente e irreflexivo. No promoverá el bien común porque llegará a adoptar actos de imperio sin la previa deliberación. Incurrirá en *precipitación* al prescindir de los grados intermedios que exige toda deliberación prudente. Santo Tomás, en la Suma (2-2a Q.53, a.3), los define con claridad: “la memoria de lo pasado (la Historia), la inteligencia de lo presente (percepción de la realidad), la sagacidad (solercia) en la consideración del futuro, la hábil comparación de las alternativas, la docilidad en asentir a los avisos de los más ancianos”. Son éstos los niveles por los que, según el aquinatense, debe descender ordenadamente el que emite un *juicio recto*: “cuando uno es llevado a la acción por el impulso de la voluntad o de las pasiones, saltando estos grados, tiene lugar la *precipitación*”.

Santo Tomás atribuye gran importancia a la *solercia* o *sagacidad* que, como hemos visto, es un elemento esencial de la prudencia. La define como un “hábito por el que de pronto se sabe hacer lo que conviene” (2-2 q.49, a.4). Pieper formula al respecto una observación especialmente aplicable a la actividad política: “Si en la deliberación conviene demorarse, la acción deliberada debe ser rápida. Por otra parte, la facultad de captar de una sola ojeada la situación imprevista y tomar al instante la nueva decisión constituye

uno de los ingredientes de la prudencia perfecta: la *solertia*, la visión sagaz y objetiva frente a lo inesperado".

En materia política debemos agregar dos elementos que conciernen de modo directo a la prudencia. En primer lugar, la "synesis", definida por Santo Tomás como el *buen sentido moral*, la aptitud para emitir un juicio recto no en cosas de orden especulativo, sino sobre las acciones particulares, en síntesis, lo que hoy denominamos *sensatez*. Puede darse incluso el caso de personas con abundante saber especulativo pero que no saben juzgar las acciones humanas por mala disposición del sentido común, que no juzga bien (2-2 q.51 a.3).

El segundo elemento es la *gnome* o *perspicacia*. Importa cierta *agudeza del juicio* que permite comprender y actuar frente a situaciones excepcionales que se apartan de los cánones normales (2-2 q.51 a.4).

## LA PROPIEDAD

Santo Tomás expone en la Suma Teológica su doctrina sobre la propiedad privada. La misma se encuentra influida tanto por Aristóteles como por la tradición cristiana.

Gallegos Rocafull ha sintetizado en pocas palabras las tres razones fundamentales que el aquinatense invoca para justificar la propiedad privada: "En primer lugar, la propiedad privada es un estímulo para la producción, pues cada cual es más solícito en procurar lo que le compete a él sólo, que lo que es común a todos o a muchos. En segundo lugar, es más fácil ordenar la sociedad si a cada uno se le asigna el cuidado, que si se deja a todos que indistintamente se ocupen de todo. Finalmente, la propiedad privada es una garantía de paz social, ya que se conserva más pacíficamente la convivencia humana teniendo cada uno lo suyo y contentándose con eso".

La defensa que el aquinatense hace de la propiedad privada se complementa con la afirmación de los deberes morales emergentes de su titularidad y de la necesidad de que su uso resulte conducente al bien común.

## FORMAS DE ESTADO Y DE GOBIERNO

De acuerdo con la doctrina cristiana, Santo Tomás considera que Dios es la causa eficiente primera del Poder. La titularidad del mismo corresponde a la comunidad política, que no puede ejercerlo por sí y debe determinar quién y cómo ha de ejercerse el poder. Además, para evaluar la legitimidad de cualquier poder, es menester averiguar previamente la justicia de su *adquisición* y de su *ejercicio*. El poder puede ser ilegítimo porque quien lo ejerce carece de título válido o incurre en tiranía. Los gobernantes, en toda circunstancia deben actuar como gerentes de la comunidad (gerentes *vicem totius multitudinis*). Y el criterio, precisamente, para distinguir en dos grandes sectores las *formas de estado*, se funda en los fines hacia los que se orienta la gestión de gobierno.

La terminología de Santo Tomás no es en este punto demasiado unívoca. Sin embargo, en líneas generales, divide a las formas de estado, como Aristóteles, en puras e impuras, o *rectas* y *corruptas* según tiendan o no al *bien común*.

Al gobierno de uno le denomina *monarchia*, *regnum* y *regia potestas*. Al ejercido por los hombres más virtuosos *aristocratia* y *status optimalum*. Y al gobierno popular *republica*, *democratia*, *politia* y *status popularis*. Estas tres formas puras, que corresponden a gobiernos ejercidos por uno, varios o muchos, están orientadas hacia el *bien común*.

Los gobiernos corruptos pueden ser también de uno: *tiranía*, de varios: *oligarchia* o *status paucorum*; y de muchos: *democratia* o *status plebeius*.

El vocablo tiranía es frecuentemente usado por Santo Tomás para identificar a cualquier forma corrupta. Creemos que lo más atinado es traducir los textos recurriendo a la terminología actual: monarquía, aristocracia y democracia, para las formas de gobierno en las que prevalece la búsqueda del bien común. Y tiranía, oligarquía y demagogia, para las formas corruptas en las que se persiguen objetivos particulares lesivos del bien común.

Santo Tomás se inclina por la *monarquía* cuando debe

identificar a la forma de gobierno *teóricamente* mejor. A su vez, considera de las corruptas a la *demagogia* como la menos insoportable y a la *tiranía* como la peor. Empero, desde un punto de vista práctico, considera que lo más plausible es una *forma mixta*: “la mejor forma de gobierno en cualquier ciudad o reino —escribe en la Suma Teológica— será aquella en la cual *uno* sea puesto al frente del Estado e impere según la virtud, y subordinadamente a él colaboren otros *magistrados principales* y, sin embargo, tal régimen sea de *todos*, en cuanto todos pueden ser elegidos y electores. Tal es, en verdad, todo régimen bien combinado: de *monarquía*, en cuanto que uno rige o preside sobre todos; de *aristocracia*, en cuanto un crecido número participa en el régimen, según la virtud, y de *democracia*, es decir, de gobierno popular, en cuanto los gobernantes pueden ser elegidos del seno del pueblo y al pueblo pertenece la elección”.

La preferencia de Santo Tomás por la elección, como sistema apto para seleccionar a los más virtuosos, es evidente. Hay, sin embargo, un pasaje de la Suma Teológica referido a la elección que ha suscitado diversas interpretaciones: “si un pueblo es moderado y serio, guardián diligentísimo de la utilidad común, rectamente la ley puede reconocerle el derecho de nombrar los magistrados que han de administrar la cosa pública. Pero si depravándose, poco a poco, ese pueblo convierte en venal el sufragio y confía el régimen a malvados y pervertidos, será justo despojar a tal pueblo de esas facultades y transferírselas a unos pocos” (1a 2ae, q.97, a.1).

## LA TIRANÍA

La tiranía —comenta Eustaquio Galán y Gutiérrez— es el único tema de filosofía estatal que Santo Tomás trató con alguna pasión. Las repúblicas italianas de aquella época, sumidas casi constantemente en disturbios y cambios políticos violentos, y la frecuencia con que éstos traían y llevaban tiranos, suministraron a Santo Tomás abundante material para despertar interés por la consideración del problema y ejem-

plos vivos para que en su pluma vibrase la emoción. Romero de Otazo ha comentado esta posición del aquinatense diciendo que *padece la obsesión del régimen injusto*. A su vez, el Cardenal Ceferino González ha expresado: “nada más enérgico que el horrible cuadro que el Santo Doctor traza de los males que el poder tiránico acarrea a la sociedad. Su alma generosa tenía un sentimiento tan vivo de estos males, que su pluma, tan reposada, tan grave, tan modesta y sencilla de ordinario, se hace enérgica, animada e impetuosa en presencia de la tiranía”.

La tiranía consiste para el Doctor Angélico en que el poder sea ejercido en provecho particular de quien gobierna, prescindiendo del bien común. El vocablo tiranía (*tyrannis*) —como ya lo hemos precisado— a veces está referido a la corrupción de la monarquía y otras equivale a cualquier forma corrupta de gobierno ejercida por uno, varios o muchos.

En tres libros Santo Tomás ha desarrollado su doctrina sobre el *jus resistendi* (derecho de resistencia a la opresión): *El régimen de los Príncipes*, *Comentarios a cuatro libros sentenciaros de Pedro Lombardo*, y *Suma Teológica*.

Eustaquio Galán y Gutiérrez ha sistematizado con claridad la posición del aquinatense frente a las distintas hipótesis de tiranía. En *El Régimen de los Príncipes* se proponen frente a la tiranía los siguientes remedios para evitar que surja, para desplazarla o para soportarla, según las circunstancias: 1º) acierto en la elección o designación del príncipe para que no degenera en tirano; 2º) moderación del poder mediante una organización adecuada para evitar excesos y desviaciones en su ejercicio; 3º) si la tiranía no es insoportable, deber moral de soportarla para evitar daños más graves que la tiranía misma; 4º) *si la tiranía es insoportable, existe el derecho de resistencia contra el tirano* en forma activa. Es menester, para ello, que el movimiento tenga posibilidades de éxito y que no genere males mayores; 5º) si la tiranía es insoportable pero la resistencia activa no resulta posible, el único remedio que queda es el sufrimiento y la oración; 6º) en ningún caso es admisible la muerte del tira-

no ejecutada por iniciativa privada (tiranicidio propiamente dicho). Distinta es la situación si el tirano muere al oponerse a la resistencia legítima o si la pena de muerte es impuesta por quien tiene autoridad válida.

De los *Comentarios a cuatro libros sentenciariorum de Pedro Lombardo* extraemos, con Galán y Gutiérrez, las siguientes conclusiones: 1º) se distingue entre el *tyrannus secundum regimen et titulum* (tirano invasor) y *tyrannus secundum regimen tantum* (tirano de régimen). El primero se apodera del poder violentamente, contra la voluntad de los súbditos. El segundo es el que teniendo un título válido para gobernar actúa en forma despótica vulnerando el bien común. Frente al tirano invasor aparece expresamente legitimada la resistencia activa. Aunque el tema no está tratado de modo expreso, no parece razonable sostener que Santo Tomás excluya la resistencia activa en tanto se encuentren reunidos los requisitos prudenciales señalados anteriormente.

Finalmente, siempre de acuerdo con la exégesis de Galán y Gutiérrez, el estudio de la *Suma Teológica* conduce a las siguientes conclusiones: 1º) se establece la licitud de la resistencia pasiva contra la tiranía en general. Puede constituir incluso un deber moral frente a decisiones que vulneran la ley divina. Tal fue el caso de los mártires que se negaban a adorar los dioses de Roma; 2º) se reconoce el derecho a la resistencia activa contra la tiranía, si es insoportable; 3º) si es tolerable existe el deber moral de sufrirla para evitar males mayores; 4) el tirano puede ser juzgado y condenado a muerte; 5º) en caso de tiranía insoportable no es lícita la muerte del tirano, causada con intención liberadora por alguno de los justamente rebelados contra él, acaccida como una incidencia o episodio de la rebelión misma; 6º) no puede legitimarse la muerte dada al tirano por iniciativa privada (tiranicidio propiamente dicho).

## LAS LEYES

Santo Tomás clasifica las leyes con adecuación a las enseñanzas que fluyen de la tradición cristiana, especialmente de San Agustín y San Isidoro de Sevilla. Distingue cuatro leyes: *eterna, natural, divina y humana*.

La *ley eterna* es la Razón Divina que gobierna todo el cosmos. Romero Carranza señala que se la llama *eterna* porque la Razón Divina es eterna, y porque el gobierno del mundo por parte de Dios no está sujeto al tiempo. Además, el orden admirable del Universo afirma claramente la existencia de una ley que abarca todo lo creado.

Santo Tomás define a la *ley natural* como la participación de la ley eterna en la criatura racional. El hombre, en el cosmos que ciertamente conocemos, es la única sustancia capacitada para percibir la existencia de la *ley natural*. Las demás creaciones de Dios reflejan la existencia de la ley eterna por recibir de El las inclinaciones y las fuerzas que les mueven a cumplir sus fines. El hombre, en cambio, con su inteligencia puede conocer la existencia de un ordenamiento trascendente que le propone el acceso a la verdad y el bien, y con su voluntad libre encaminarse hacia el cumplimiento de sus fines o, en ejercicio defectuoso de su libertad, optar por un bien aparente que es el mal.

La *ley divina* es la que conocemos a través de la Revelación. La encontramos expuesta en los Diez Mandamientos y en el Evangelio. "La Ley Eterna -apunta Bernardino Montejano- se precisa mejor a través de la Ley Divina positiva, de la que participa la Ley evangélica. La Verdad revelada permite al hombre conocer la Ley Eterna allí donde no alcanza su razón natural".

Finalmente, la *ley humana* es definida por Santo Tomás como *un ordenamiento de razón para el bien común hecho por aquel que cuida de la comunidad y la promulga*. La ley humana deriva de la ley natural. Ello no excluye que haya un amplio campo que depende de factores históricos y sociológicos frente a los cuales son válidas diversas alternativas. Como lo han precisado numerosos autores, los principios



generales de la ley natural no deben necesariamente aplicarse de la misma forma a la incalculable variedad de circunstancias humanas. Es, pues, legítima la diversidad de legislaciones positivas. Lo que no resulta admisible en la perspectiva tomista es que se vulneren los parámetros de justicia trascendente y objetiva contenidos en la ley natural. Por eso, para el Doctor Angélico, la ley injusta no es ley sino simple iniquidad con forma de norma que, según los casos, puede legitimar la desobediencia pasiva o activa.

### VALORACIÓN DE SANTO TOMÁS

En Santo Tomás culmina la marcha de la Edad Media hacia una síntesis entre la Fe y la Razón. Es, por ello, el aquinatense, el exponente más alto del pensamiento escolástico. En el plano de la Historia de las Ideas Políticas sus contribuciones son fundamentales. Todavía en el siglo xx el tomismo sirve de sustento a la más sólida Filosofía Política.

Hoy Santo Tomás es sinónimo de *tradición*. Pero en su tiempo fue un innovador. Por ello, la más genuina fidelidad al Doctor Angélico supone y exige no cristalizar su pensamiento. Sólo así se actuará con sujeción a la inspiración renovadora que caracteriza a su impresionante magisterio. Esto no significa que pueda tirarse por la borda lo esencial de su doctrina. Todo lo contrario. Obrando de esa forma no observaríamos la *prudencia* que resplandece como virtud rectora a lo largo de toda su obra. Empero, a su imagen y semejanza, siempre es posible extraer nuevas consecuencias de los principios sistematizados por una tradición doctrinaria que tiene más de dos mil años. Por haber observado esa actitud encontramos en Santo Tomás una inclinación por la moderación que le lleva a alejarse de todo extremismo. “De ahí —comenta Jacques Chevallier— el equilibrio de su pensamiento, la asimilación juiciosa, a la vez muy personal y en extremo fiel, que nace, no solamente de la filosofía aristotélica, de la que toma su armadura, sus cuadros, sus principios y sus nociones rectoras, sino también del plato-

nismo, del agustinismo y del pensamiento dionisiaco, cuya influencia muy profunda, aunque menos visible, viene a moderar en él el naturalismo de Aristóteles, y se completa con las opiniones neoplatónicas de los judíos y los árabes, de Maimónides y de Avicena. De ahí también la potencia constructiva y ordenadora de un pensamiento, siempre seguro de sí mismo, que abarca cada cuestión de una vez, en su totalidad como en sus detalles, que reduce y subordina siempre las consideraciones particulares a una visión de conjunto, bajo la primacía de la razón y de su acto más alto, la intelección, ordenada, como su vida entera, a Dios".

Concluimos esta breve valoración del aquinatense señalando, con García Venturini, que su noción del bien común, su idea expresa de que el rey debe estar al servicio del reino y no a la inversa, su formidable condena de la tiranía, su inclinación por un régimen moderado, sumado todo ello a su concepción trascendente del hombre, cuya significación está más allá de la sociedad y de todos los poderes de la tierra, lo colocan en la mejor tradición del Espíritu de Occidente.

Falleció en el silencio y el olvido, el 19 de octubre de 1840, en medio del terror de la mazorca. Su retrato por Henrique Pellegrini se conserva en el Museo de Bellas Artes <sup>29</sup>.

Meritorio y desconcertante es el carácter de estos filósofos que en un teatro alejado y modesto, atribulados por la violencia, la inseguridad, los riesgos de un futuro incierto, dedicaban con pasión y desinterés sus vigiliias al estudio de los valores etéreos de la escolástica, del racionalismo y de la ideología, sin desanimarse por las dificultades que debían afrontar para estudiar con serenidad problemas abstractos, entre los tiros de cañón y los escopetazos con que las facciones deseaban probar su amor a la patria.

Pero mucho se les debe agradecer, cualesquiera que hayan sido sus limitaciones técnicas, porque contribuyeron a mantener vivos los grandes principios de la Revolución de Mayo, los ideales de libertad, inteligencia y cultura, que sobrevivieron en la sangrienta noche de la tiranía y formaron las nuevas generaciones que rescataron al país después de tantos contrastes <sup>30</sup>.

La enumeración de esos sucesos forma un tragicómico carrousel. Era el resultado caótico de las corrientes encontradas y de las personas contrapuestas, entre los restos del régimen colonial de orden y opresión y un régimen republicano de desorden y libertad, en pueblos sencillos, que tardarían aún mucho en asentarse. Desde 1820 se sucedieron en el gobierno el general Juan Ramón González Balcarce, Manuel de Sarratea, Ildefonso Ramos Mejía, el general Miguel Estanislao Soler, el coronel Dorrego, el general Juan José Viamont, el general Martín Rodríguez del 6 de junio de 1821 al 9 de mayo de 1824, el general Las Heras del 9 de mayo de 1824 al 27 de marzo de 1826, el presidente Bernardino Rivadavia del 8 de febrero de 1826 al 7 de julio de 1827,

<sup>29</sup> R.O.P.B.A., 1828, 12, Decreto del gobernador Dorrego y su ministro de Guerra Juan Ramón González Balcarce, del 4 de febrero de 1828, ante la renuncia del Catedrático de Ideología Juan Manuel Fernández de Agüero, frente a dos competidores que no menciona y que habrían sido Bernardo Vélez y Luis J. de la Peña; nombra en su reemplazo a Diego Alcorta.

<sup>30</sup> EMILIO BREHIER, *Historia de la filosofía*, t. II, 1944, 331, 518.

Vicente López y Planes, nuevamente el coronel Dorrego del 13 de agosto de 1827 al 1º de mayo de 1828, el general Lavalle del 1º de diciembre de 1828 al 26 de agosto de 1829, otra vez el general Viamont del 26 de agosto al 8 de diciembre de 1829, el coronel Juan Manuel de Rosas del 8 de diciembre de 1829 al 17 de diciembre de 1832, nuevamente el general Balcarce del 17 de diciembre de 1832 al 3 de noviembre de 1833 y el general Viamont del 3 de noviembre de 1833 al 1º de octubre de 1834, Manuel Vicente Maza hasta llegar al brigadier general Juan Manuel de Rosas del 13 de noviembre de 1835 al 3 de febrero de 1852, el Restaurador de las Leyes, llamado para restablecer la paz y la armonía en los campos inquietos de la Confederación.

La anarquía era endémica e incontrolable; era evidente que la población carecía de educación cívica, no tenía respeto por la ley, ni concepto del bien público; los egoísmos, los odios, la vieja ley colonial del arcabuz como medio de fortuna, sin trabajo ni esfuerzos, atormentaban a una sociedad sencilla y bondadosa, que no sabía a qué santo encomendarse.

Uno de los personajes más interesantes de ese período fue Juan Crisóstomo Lafinur (1797-1824). Nacido en el valle de La Carolina, en la provincia de San Luis, inició sus estudios en el Colegio Montserrat y los prosiguió en la Universidad de Córdoba en 1810. Se graduó de bachiller licenciado y maestro de artes hasta que, víctima del roce de las ideas racionalistas de la Revolución Francesa con la antigua Escolástica, fue expulsado de la Universidad por hereje. Se incorporó al Ejército del Norte al mando del general Belgrano y en Tucumán ingresó a la Academia de Matemáticas del Ejército, dirigida por un antiguo oficial de Napoleón, Juan José Dauxion Lavaysse, padre del futuro constituyente de 1853. Por razones económicas se separó del ejército en 1817 y se radicó en Buenos Aires. Escribió en "El Censor", "El Curioso" y "El Americano" y fue uno de los fundadores de la Sociedad Valapcr <sup>31</sup>.

<sup>31</sup> JUAN CRISÓSTOMO LAFINUR, *Curso de filosofía dictado en el Cole-*

El director Juan Martín de Pueyrredón, previo concurso con Bernardo Vélez y el doctor Luis José de la Peña, le encomendó la cátedra de filosofía en el Colegio de la Unión del Sud. Fue el primer profesor seglar que dictó una materia reservada hasta entonces a los clérigos. Brillante y entusiasta, seducido por las nuevas doctrinas que llegaban de Europa, más aficionado que erudito, dictó las clases de los años 1819 y 1820 bajo el patrocinio de Newton y Bentham, entonces venerados maestros, pero sus principios fueron enfáticamente censurados hasta obligarlo a dejar la cátedra.

El 10 de diciembre de 1821 viajó a Mendoza, donde fue elegido vicepresidente de la Sociedad Lancasteriana y enseñó, con el presbítero Lorenzo Guiralde, en el Colegio de la Santísima Trinidad. Fue otra vez acusado de hereje y, a pesar de la defensa del gobernador Pedro Molina, debió retirarse y viajó, como último refugio, a Chile el 19 de septiembre de 1823. La filosofía en pueblos incipientes era una carrera aventurada y plagada de disgustos. En Chile se encontró con Camilo Henríquez, Gabriel Ocampo y Bernardo Vera. Amablemente recibido, comenzó a trabajar de abogado y se casó, pero el infortunio lo perseguía. Murió a los 27 años de una caída de caballo, el 13 de agosto de 1824, después de recibir el Viático y se perdió una vida que pudo ser excepcionalmente fecunda <sup>32</sup>.

Nacido el doctor Luis José de la Peña (1795-1871) 23 años después de Fernández de Agüero, dos años antes de Lafinur y cuatro años antes de Alcorta, tuvo la ventaja de sobrevivirlos por mucho tiempo, en una época en que la vida era breve, debido a la tuberculosis, la viruela y los entusiasmos cívicos.

Dictó cátedras de filosofía y matemáticas; desempeñó con prudencia difíciles negociaciones diplomáticas, pero su verdadera vocación fue la enseñanza, a la que se dedicó en forma

---

*gio de la Unión del Sud en 1819*, edición, prólogo y notas de DELFINA VARELA DOMINGUEZ DE GHIOLDI, 1938; GUTIERREZ, *Origen y desarrollo*, 70, 81, 87, 391, 527; INGENIEROS, *La Revolución*, 328; CARLOS IBARGUREN, *Las sociedades literarias y la Revolución*, 1937, 125.

<sup>32</sup> FURLONG, *Nacimiento y desarrollo de la filosofía*, 569.

ejemplar en Buenos Aires, Mercedes, Montevideo, Paraná y nuevamente en Buenos Aires hasta sus últimos días<sup>33</sup>.

Después de su paso como Prefecto de Estudios por el Colegio de la Unión del Sud, pasó a dictar en 1823 el curso de filosofía de Primer año, en el Colegio de Ciencias Morales, acompañado por Fernández de Agüero que continuó con el curso de Segundo año<sup>34</sup>.

El 21 de enero de 1825 llegó a Buenos Aires la noticia de la victoria de Ayacucho y el fin del dominio de los Borbones, con gran alboroto de la población, banquetes y música. En 1826 fue designado vicerrector del Colegio bajo el rectorado de Miguel Irigoyen y continuó en el Departamento de Ideología<sup>35</sup>.

Juan María Gutiérrez recuerda con nostalgia su figura. "En aquel tiempo era el doctor Peña uno de los hombres, de cuantos he conocido, mejor dotados para desempeñar el papel que por aplicación y amor a perfeccionarse, se había trazado. Joven, de porte siempre digno, de maneras comedidas, de palabra persuasiva, era en aquel Colegio donde se formaron tantos talentos distinguidos y tantos caracteres severos que afrontaron la tiranía, el punto atrayente hacia el cual convergía, como al seno de un filósofo antiguo, toda aquella juventud pidiendo solución a sus dudas, consejos para estudiar con mayor aprovechamiento, lectura amena, modelos de buen gusto para expresar con corrección las ideas; la aplicación de un teorema, el planteo de un problema, el valor de una incógnita, la demostración de alguna ley de la naturaleza física. El, por decirlo así, se multiplicaba por tantas unidades como eran las materias del curso preparatorio, desde los rudimentos de la aritmética hasta las ecuaciones algebraicas, desde las cuestiones de gramática hasta las de sicología. En su cuarto, que era una celda sencilla, en el claustro, en los patios durante las horas de recreo, en todas partes y a toda hora, se veía siempre al doctor Peña rodeado de discípulos

<sup>33</sup> GUTIÉRREZ, *Origen y desarrollo*, 127.

<sup>34</sup> GUTIÉRREZ, 427.

<sup>35</sup> GUTIÉRREZ, 190.

ávidos de escucharle, deteniéndose de cuando en cuando para explicar el sentido de algún orador o algún poeta, o para trazar sobre el pavimento la figura de un polígono para demostrar sus propiedades, mientras que el resto del bullicioso enjambre escolar se entregaba a pasatiempos varoniles.”<sup>36</sup>

Los cursos se desarrollaron afablemente bajo los gobiernos de los generales Martín Rodríguez y Las Heras; el afán de cultura pervivía. Recién el infortunado ciclo del Congreso de 1825 y de la presidencia de Rivadavia aniquiló el viejo partido directorial y concluyó la tranquilidad pública.

Alberdi le exponía al general Urquiza en la nota del 7 de febrero de 1858 la naturaleza del conflicto. “V.E. sabe que no es conforme a la verdad de nuestra historia el decir que las provincias hubiesen impedido la creación de un Gobierno general en 1826. Todo el mundo sabe que entonces como hoy esa institución fue resistida por Buenos Aires en el interés de manejar él las rentas y poderes del Gobierno General. Los Anchorenas y Dorrego no eran de las provincias. Rivadavia fue botado al extranjero por Buenos Aires, no por las provincias.”<sup>36a</sup>

Los atropellos del gobierno del coronel Dorrego y su fusilamiento por el general Lavalle el 1º de diciembre de 1828 le abrió las puertas del poder al habilitado de los Anchorena, Juan Manuel de Rosas, el 8 de diciembre de 1829 y el ambiente se volvió hosco y amenazador.

La reacción de una celosa burguesía de tenderos contra los gastos de los militares de la Independencia “no saben más que matar”, fue tenaz, “la contrarrevolución dijo habilidad y riquezas, entonces se dio a los godos el derecho de votar”<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Elogio del profesor de Filosofía Dr. D. Luis José de la Peña, Discurso pronunciado por el rector de la Universidad de Buenos Aires Dr. Juan María Gutiérrez con motivo de la apertura de aquel establecimiento el día 1º de marzo de 1871, 1871 (Biblioteca Mitre, 46-1-20); contra Peña, VICENTE F. LÓPEZ, *Autobiografía*, La Biblioteca, t. I, 1896, 331.

<sup>36a</sup> ALBERDI, *E.P.*, t. XIV, 617.

<sup>37</sup> Carta de Vicente López al general San Martín, 4 de enero de 1830; Correspondencia del general San Martín 1822-1850, 118; ECHEVERRÍA, *O.C.*, t. IV, 1873, Carta a Angelis, 302.

Los intereses portuarios formaron rápidamente una sólida sociedad corporativa, con el gremio de los hacendados, el gremio de los tenderos y el gremio de los artesanos y sus satélites "las fuerzas vivas" y con el decisivo apoyo de los patacones, dominaron los órganos políticos del Estado, aplastaron a los disidentes, destruyeron la molesta influencia de los círculos cultos y se apoderaron del manejo del ejército para su exclusivo servicio por más de treinta años.

Se instauró un gobierno de comerciantes, de los núcleos serios, sólo interesados en fomentar la venta de los cucros y del tasajo, adversarios resueltos de toda tentativa de industrialización y de progreso que pudiera perturbar el giro de sus negocios.

La filosofía fue una de las primeras víctimas. Para concluir con los disturbios, el verdugo quemó a las 12 del día, frente al pórtico del Cabildo, las obras de Voltaire, Diderot, Volney y Raynal. En cambio se restableció la libre introducción y venta de los esclavos "por filantropía" y "para hacer sentir a los desgraciados hijos de África los beneficios de la civilización" <sup>38</sup>.

El plan era garantizar "el goce pacífico de las propiedades rurales" y en la enseñanza "extirpar la política extravagante que intenta deslumbrar con el oropel de una falsa civilización". Volvían al régimen colonial; maestros y alumnos debían acreditar la fervorosa adhesión a la causa nacional de la Federación y execrar las ideas originales de progreso, poco redituables. Sus secuaces declararon que había que terminar con "los hombres de bufete y pastelería" y con "los ingenieros, arquitectos, jardines de aclimatación, museos traídos por Rivadavia", sobre todo "nada de educación brillante". El programa "paternal y benéfico" del régimen rosista se redujo a cambiar cueros por cacerolas con los bergantines ingleses y cobrar derechos a los frutos del interior que pasaban por el puerto <sup>39</sup>.

<sup>38</sup> "La Gaceta Mercantil", 4, 18, 28 de octubre de 1831.

<sup>39</sup> "El Diario de la Tarde", 6, 26 de marzo, 13 de julio de 1835; discurso de BALDOMERO GARCÍA del 14 de mayo de 1843, Diario de Sesiones de la



El medio influía decisivamente sobre el ambiente cultural. El Restaurador y sus partidarios pensaban que para ese comercio una educación superior era superflua y que bastaban unas pocas nociones de contabilidad para llevar las cuentas de sus operaciones. Jamás se les ocurrió pensar que era urgente mejorar las artesanías en los comienzos de la transformación industrial, la calidad de los planteles y de los pastos, que debieron ser la base de una creciente riqueza.

Rivadavia quiso gobernar con un grupo de intelectuales y planificadores, en busca de un progreso clogiable, pero que carecía de base y apoyo entre los núcleos sociales más ricos.

Rosas, en cambio, con los pies en el suelo, aplicó un programa primario y práctico, respaldado por el poderoso gremio de los hacendados. En ese ambiente, entre la pampa y el río, para esos grupos lo primero era vender cueros y lo segundo adquirir tierras y la función del gobierno debía ser proteger ese tráfico sin ilusorias ambiciones de mejoramiento y con una filosofía elemental de orden puramente pecuniario.

Representaba el ansia de orden, la paz de los bien pensantes, disgustados por las convulsiones de la Independencia. Estableció un nuevo Estado, sañado y basto, apoyado en dos pilares: en la campaña los saladeristas, vendedores de cueros y tasajos y en la ciudad los tenderos importadores de las telas y de la quincallería, con sus turbulentos clanes de matarifes, mayordomos, peones y pulperos, rápidos con el facón y ajenos a toda preocupación metafísica. Pero unidos por intereses convergentes y el mismo espíritu de privilegio y codicia. Impuso una división en castas: los elegidos serían los comerciantes federales, los réprobos los intelectuales progresistas y los unitarios y al fondo de la sociedad quedaba la plebe y el peonaje, sin más derechos que los siervos de Siberia. Las papelotas de conchavo, que debían otorgar los hacendados a su personal, implantaron la esclavitud rural <sup>39a</sup>.

---

Sala, t. XXIX, 46; INGENIEROS, *La Restauración*, 1920, 526; LUCIO V. MANSILLA, *Rosas*, 1898, 40.

<sup>39a</sup> ECHEVERRÍA, *El Dogma Socialista*, 1940, t. II, Lectura en el Salón, 273, 283.

Las ideas pedagógicas de Rosas eran características. En unas cartas de los días 4 y 19 de enero de 1870, dirigidas a Josefa Gómez, se despachaba con indignación contra "la plebe insolente y las clases bulgares", y más tarde, el 12 de mayo de 1872, agregaba con el mismo humor: "en cuanto a las clases pobres, la educación compulsoria me parece perjudicial y tiránica"<sup>40</sup>.

Esa sociedad pastoril no había llegado aún a la etapa de la agricultura. Sin espíritu creador, desdeñaba por igual al labriego y al industrial como cosas de gringos y la producción se reducía a la explotación imprevisora y burda de la fecundidad animal, de escasa calidad.

La diplomacia británica avanzaba con firmeza. El cónsul Woodbine Parish invitó amablemente a Rosas, al general Guido, a Manuel José García y al doctor Lepper, con un grupo de caciques indios, a visitar la fragata "Lightning" y ordenó disparar una salva de 21 cañonazos para mostrar el poderío de su Graciosa Majestad.

En las elecciones de los representantes a la Legislatura Provincial del 26 de julio de 1829, el doctor Luis José de la Peña formó parte de la lista unitaria con Diego Estanislao Zavaleta, Faustino Lezica, Manuel Pinto, Manuel Insiarte, Martín Rodríguez, Valentín Gómez, Francisco de la Cruz, Valentín San Martín, Mariano Sarratea, Valentín Alsina, José León Bagnas, Roque Sáenz Peña, Pedro Somellera, Manuel Rojas, Ramón Larrea, Ignacio Núñez, Mariano Fraguero, José Pérez Mendoza, Manuel de Arroyo y Pinedo, Miguel Villegas, Miguel Soler, Mariano Andrade y Manuel Belgrano que se impuso por una mayoría de 3 mil votos contra 500 a la lista federal que reunía a Juan del Pino, Matías Irigoyen, Pedro Medrano, Pedro Perdriel, Romualdo Segurola, Manuel G. Pinto, Juan José Viamont, Marcelo Gamboa, Juan Ramón Balcarce, Gregorio Tagle, Pedro Trapani, Alvaro Barros, Justo García Valdez, Juan José Paso, José Miguel Díaz Vélez, Juan Andrés Gelly, Juan José Cernadas y Mariano Lozano<sup>40a</sup>.

<sup>40</sup> ROSAS, *Cartas del exilio*, 1853-1875, 1974, 144, 166, 170.

<sup>40a</sup> "El Tiempo", 28 y 31 de julio de 1829.

Pero Rosas no era hombre de dejarse impresionar por un contraste electoral y comenzó una violenta campaña de amenazas y ponchazos. El general Juan José Viamont debió ceder a la presión, hasta reinstalar en sus cargos a los representantes del año 28, en su mayoría dorreguistas, el 1º de diciembre.

La Joven Generación contempló con honda inquietud ese espectáculo y cómo el sector de los tenderos y saladeristas se lanzaba a la conquista del gobierno, sin capacidad para desempeñar esas difíciles tareas y sin sentido de las conveniencias sociales, sólo movidos por el viejo afán colonial de hacer fortuna por cualquier medio y a cualquier costo.

Más que productores, fueron celosos intermediarios para la compra por las provincias de los artículos de extranjería que traían los bergantines ingleses y la venta a los mismos bergantines de sus frutos locales, el famoso retorno. Corredores, barraqueros, acaparadores de onzas y prestamistas se dedicaban a un giro estrictamente fenicio. A pesar de la Revolución de Mayo, Buenos Aires fue siempre, en su fondo, una factoría colonial.

Echeverría vio el peligro que se cernía sobre el futuro del país en poder de gobernantes ineptos. "¿Se creyeron muy capaces o pensaron que eso de gobernar y dictar leyes no requiere estudios ni reflexiones y es idéntico a cualquier negocio de la vida común? La silla del poder, señores, no admite medianías, porque la ignorancia y errores de un hombre pueden hacer cejar de un siglo a una nación y sumirla en un piélago de calamidades. La ciencia del estadista debe ser completa, porque la suerte de los pueblos gravita en sus hombros." <sup>40b</sup>

Oponían el nuevo concepto del gobierno como un administrador de los intereses de los pueblos, como un servicio público, a la vieja filosofía colonial de la explotación, que sólo buscaba en el gobierno el enriquecimiento del monarca y de

<sup>40b</sup> ECHEVERRÍA, *Dogma Socialista*, t. II, 269.

sus comparsas, aplicada luego con la misma decisión por el régimen del Restaurador y más tarde por sus herederos.

Ese fue el gran dilema de la vida institucional argentina: la designación señera de los grandes funcionarios por su capacidad y honradez o la selección pampa por su filiación a la tribu, y de la elección de la primera fórmula aparecieron los grandes gobiernos que promovieron la paz y el progreso, y de la elección de la segunda los gobiernos del caos y de la miseria.

En un mundo cada día más complejo y exigente, los buenos propósitos y los arranques románticos son insuficientes para resolver los problemas técnicos y están condenados al fracaso.

Las corrientes intelectuales presionadas por los hechos, las ambiciones políticas, el vendaval de las pasiones, giraron bruscamente sobre un nuevo pivote y cambiaron de rumbo, el racionalismo de los ideólogos se transformó en una política social. Los nuevos profetas, el patético Echeverría y el visionario Alberdi debieron buscar un refugio en los países vecinos para pensar, escribir y difundir el credo de Mayo. Opuestos a una restauración, querían una regeneración<sup>41</sup>.

El doctor Luis José de la Peña, como otros sacerdotes, Valentín Gómez y Julián Segundo de Agüero, tuvieron que encerrarse en sus casas o emigrar.

Más de 600 personas salieron a escape en esos días para Montevideo. Rivadavia y Agüero se embarcaron en el bergantín "Talma" el 5 de mayo de 1829, rumbo al Havre. En septiembre pidieron sus pasaportes los generales Lavalle y Enrique Martínez y los coroneles José de Olavarría, Isidoro Suárez y Pedro José Díaz. Los generales Martín Rodríguez, Álvarez Thomas y José María de la Cruz se embarcaron para Soriano, el 19 de noviembre, conocidas "las arterias de Rosas y el espíritu de persecución que lo animaba".

Se embarcaron luego hacia la Banda Oriental toda la familia Varela, Juan Cruz y su esposa Juana López Rubio, Carmen,

<sup>41</sup> ALBERDI, *E.P.*, t. XV, 603.

Jacobo, Florencio, José Evaristo, Paula y su marido Juan Nepomuceno Madero, Vicente y Rufino, los hermanos Carril y Gallardo. Bien hicieron porque para Rosas las promesas eran "trampas para cazar tigres" y los que quedaron pronto lo comprobaron <sup>42</sup>.

El más influyente de los filósofos de esos años fue Diego Alcorta. Había nacido en 1801 y había sido discípulo del malogrado Lafinur en el Colegio de la Unión. Inició en 1823 los estudios de medicina y se recibió el 15 de agosto de 1827, con una tesis sobre "La manía aguda" y al año siguiente fue nombrado médico del Hospital de Hombres <sup>43</sup>.

Formó parte de la meritoria Sociedad Valaper con Valentín Alsina, Francisco Pico, Irineo Portela, Baldomero García, Manuel Belgrano, Ruperto Godoy, José Lagos y Pedro García.

Fue designado profesor de Filosofía de la Universidad, en reemplazo de Fernández de Agüero. En 1832 fue elegido diputado a la Legislatura Provincial, por el partido de San Isidro, y en 1833 vicerrector de la Universidad.

En 1834 renunció a la diputación y se recluyó en su casa de la calle Moreno, entre Piedras y Tacuarí. Dictaba las clases por la mañana y se dedicaba a atender los enfermos por la tarde. En el Buenos Aires de esos años, no era saludable salir de noche.

Dividió el curso de Filosofía en tres partes: la primera o Metafísica, comprendía la Psicología y la Moral; la segunda o Lógica comprendía la Gramática, y la tercera era la Retórica <sup>44</sup>.

Discípulo de Tracy y Cabanis (1757-1808), de los libros y artículos que llegaban de Francia, no hay que buscar origi-

<sup>42</sup> LÓPEZ, *Historia*, t. V, 1944, 608; DE MAR(A), *Anales*, t. I, 5.

<sup>43</sup> PAUL GROUSSAC, *Noticias biográficas del Dr. Don Diego Alcorta y examen crítico de su obra*, La Biblioteca, t. II, VII; GUTIERREZ, *Origen y desarrollo*, 77, 116, 619; INGENIEROS, *La Revolución*, 429; IBARGUREN, *Las sociedades literarias*, 127, 135; el retrato hecho a pedido de sus discípulos el año 1835 en C. H. Pellegrini. *Su obra, su vida y su tiempo*, 1946, lámina N° 29.

<sup>44</sup> GUTIERREZ, *Fragmento del curso de filosofía elemental*, 116; GROUSSAC, *Alcorta*, 1.

nalidad en sus lecciones, impropia del momento y del medio, sino un sano sentido moral.

Las tinieblas caían sobre el Río de la Plata en un largo y doloroso eclipse. El ambiente de candombes y cueros secos no se prestaba a sutiles disquisiciones metafísicas. Por eso, con buen sentido y prudencia, fue un moralista más que un filósofo y mostró cómo se podía predicar el bien en tiempos de odios y sangre, sin perder la dignidad.

Enseñaba que el progreso sólo podía lograrse a través de las buenas costumbres. "Es preciso buscar y practicar los medios para que las costumbres públicas hagan progresos análogos a los de la razón y ligar al estudio de las diversas ciencias las reglas morales que deben dirigir su uso. Entonces todas ellas servirán a la humanidad sin deprecuarla. Los pueblos medirán su estima por los servicios que hubiesen recibido, y entonces también la filosofía, que jamás debió ser otra cosa que la sabiduría misma, completará la dicha del género humano."<sup>45</sup>

Vicente F. López ha dejado un bello recuerdo de Alcorta. "Se había casado con la señorita Josefa Belgrano: la virtud, la modestia, la bondad y la inocencia en persona. Su marido era un amigo y compañero para nosotros; comíamos y almorzábamos en su casa y vivíamos alrededor de su persona y de su familia; hablábamos con él de todo; no tuvo hijos y nosotros éramos para él la corona doméstica y universitaria. Al retirarse de la clase sus distinguidos, como él nos llamaba, íbamos a su lado en pos de él, acompañándolo y conversando. Era costumbre diaria y tan aceptada que él mismo lo hubiera extrañado si no lo hubiéramos hecho."<sup>46</sup>

Sus discípulos recordaron sus doctrinas y sus virtudes por largo tiempo. "Cada hombre de la generación a la que pertenecemos y que ha sido educado en la Universidad de Buenos Aires, es un compromiso vivo, palpitante, elocuente del doctor Alcorta. Somos sus ideas en acción; somos la re-

<sup>45</sup> GUTIERREZ, *Origen y desarrollo*, 77.

<sup>46</sup> VICENTE F. LOPEZ, *Autobiografía*, La Biblioteca, 1896, t. I, 333.

producción multiplicada de su virtud patricia, de su conciencia humanitaria, de su pensamiento filosófico. Desde la cátedra él ha encendido en nuestro corazón el entusiasmo por todo lo que es grande; por el bien, por la libertad, por la justicia. Nuestros amigos que están hoy con Lavalle, que han desechado el guante blanco para tomar la espada, son el doctor Alcorta. Frías es el doctor Alcorta en el ejército; Alberdi, Gutiérrez, Irigoyen son el doctor Alcorta en la prensa de Montevideo." 47

Falleció en el anochecer del 7 de enero de 1842 de un ataque al corazón, dolencia frecuente bajo el régimen del Restaurador.

Entre estos justos varones es indispensable recordar, por un imperativo deber de gratitud, a Marcos Sastre, el inolvidable huésped e inspirador de la generación de 1838, de tan fecundas simientes. Nació en Montevideo el 2 de octubre de 1808. Su familia emigró en 1817 a causa de las invasiones portuguesas a Concepción del Uruguay, el Arroyo de la China. Radicado en Buenos Aires, fundó en 1833 la "Librería Argentina" y el 22 de enero de 1835 el Gabinete de Lectura en la calle Potosí N° 72. Se mudó después a la calle Victoria 136 y el 17 de mayo de 1837 a la calle Victoria 54. Tenía 29 años cuando creó el "Salón Literario" con un grupo de estudiantes "inquietos, presumidos, holgazanes y muy aficionados a la literatura romántica", el 10 de noviembre de 1837. Patrocinó "La Moda" y en enero de 1838, ante los gruñidos de la mazorca, se vio obligado a liquidar el salón y la biblioteca. Retirado al ambiente más sedante del campo, fundó en 1842 un colegio en San Fernando; en 1850 fue nombrado Inspector General de Educación en la provincia de Entre Ríos y en 1851 director del periódico "El Federal". Después de Caseros dirigió la Escuela Normal de Buenos Aires, en 1855 fue nombrado Inspector General de Escuelas y en 1865 Director de la Escuela Normal. Escribió en 1849 la *Agnosia*, en 1858 *El Tempe Argentino* y en 1862 la *Guía del*

47 MARMOL, *Amalia*, t. I, 35.

*Preceptor*. Era miembro del Consejo Nacional de Educación al fallecer en 1887 <sup>48</sup>.

Es visible en todos estos maestros la avasallante influencia de la filosofía francesa. Sus autores, por la abundancia de libros y revistas de ese origen, la facilidad para traducir un idioma más asequible que el inglés y el alemán, la galanura y la claridad de los conceptos, su modernismo y el prestigio que los nimbaba, fueron con razón y por suerte, los guías de las nuevas generaciones del Plata <sup>49</sup>.

Esos esfuerzos, esa educación, tan loable en un medio primario y agreste, pecaba sin embargo de excesivamente literaria y verbalista, tendía con insistencia a fomentar las inclinaciones intelectuales de las nuevas generaciones, era demasiado introvertida, cuando debió volcarse al exterior, fomentar el trabajo capaz, en las nacientes industrias y en las pampas infinitas, a crear riquezas y comodidades, bienestar para las poblaciones desvalidas, que poco lograrían con recitar los armoniosos versos del Peregrino <sup>49a</sup>.

El resultado fue que se agravaron los males de la formación colonial española: la burocracia, la ambición por los

<sup>48</sup> HECTOR ADOLFO CORDERO, *Marcos Sastre, el propulsor de la educación y de las letras desde Rivadavia a Sarmiento*, 1968, 29; MARCOS SASTRE, "Guía del Preceptor", contiene varios informes sobre el estado de la educación primaria y las mejoras que reclama; el reglamento reformado de las aulas; modelo de los registros; el nuevo horario para la distribución del tiempo y las materias de la enseñanza; la dirección sobre el modo de hacer los exámenes; la aplicación del método ecléctico de caligrafía y una instrucción a los preceptores, por el Inspector General de Escuelas D. Marcos Sastre, precedido de una circular del Sr. Domingo F. Sarmiento, Jefe del Departamento de Escuelas, 1862; FÉLIX WEINBERG, *El Salón Literario de 1837*, 1977, 37, 44, 80, Universidad Nacional de La Plata; ESTEBAN ECHEVERRÍA, *Dogma Socialista*, edición crítica y documentada, prólogo de ALBERTO PALCOS, 1940, t. II, 229.

<sup>49</sup> ALBERDI, *Fragmento Preliminar*, O.C., t. I, 1886, 131. "El día que dejamos de ser colonos acabó nuestro parentesco con la España; desde la República, somos hijos de la Francia. Cambiamos la autoridad española por la autoridad francesa el día que cambiamos la esclavitud por la libertad. A la España le debemos cadenas, a la Francia libertad. Para los que están en los íntimos orígenes de nuestra regeneración, nuestras instituciones democráticas no son sino una parte de las ideas francesas. El pensamiento francés envuelve y penetra toda nuestra vida republicana"; también E.P., t. III, 361.

<sup>49a</sup> ECHEVERRÍA, O.C., t. IV, carta a Angelis, 359.



puestos honoríficos, el formulismo, el gusto de hablar antes de hacer, una literatura que no alcanzaba a menudo a captar el ambiente y el viejo virreinato privado de los grandes resortes de las iniciativas económicas, del afán de progreso material, que también era moral, se enclaustró, se dividió en sectas y capillas bizantinas, desdeñó el límite sagrado de las fronteras, la suerte de sus lejanos compatriotas "los trece miserables ranchos" y el país se contrajo y se empequeñeció cada vez más <sup>50</sup>.

<sup>50</sup> GREGORIO F. RODRIGUEZ, *Contribución histórica y documental*, vol. I, 486, disertación de Alcorza en la sociedad Valaper sobre "La decadencia de las ciencias"; GREGORIO ARAOZ ALFARO, en su libro *Educación y política*, 1929, denuncia el exceso de doctores, 17, 123. El desdén por los trabajos manuales ya señalado por Alberdi y Magnasco, como causa del atraso argentino; los Colegios Nacionales que impartían una enseñanza frívola y superficial habían degenerado en incubadoras de doctores sin empleo y debían ser substituidos por escuelas técnicas. Para educar a los pueblos a hacer cosas en vez de discursos, era indispensable eliminar la simulación de los títulos y la mistificación de los graduados, 89, que sólo ambicionaban cargos parasitarios y algunas de sus consecuencias eran el alcoholismo y la tuberculosis. En los mismos términos JOSÉ MANUEL ESTRADA, *Obras Completas*, vol. 9, 1903: "La educación común en la Provincia de Buenos Aires" denuncia el "doctorismo" como un vicio social, 332; ALFREDO L. PALACIOS, *Espíritu y técnica en la Universidad*, 1943, 32; ENRIQUE DE GANDÍA, *Las ideas políticas de Ramiro de Maeztu*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, t. XI, 1982, 75.



Se ha planteado a veces con sigilo, para no ofender a los espectros, el problema de esclarecer si la Revolución Americana fue una gesta heroica o un tremendo error, que abrió una Caja de Pandora y costó cataratas de sangre y millares de ruinas.

Algunos funcionarios de la monarquía han proclamado que el orden y la paz imperaban bajo su mando y, en contraposición, bajo los gobiernos criollos cundieron la anarquía, los asaltos y el saqueo de los pueblos. Es indiscutible que los virreyes y gobernadores de Indias fueron casi siempre hombres moderados y discretos administradores, a menudo mejores que la ristra de caudillos que tiranizaron y devastaron, en un clima demencial, a los vecinos por tantos años. Es decir que la Revolución Americana habría sido un factor de atraso en vez de un impulso de progreso y que hubiera sido preferible que el tiempo corrigiera paulatinamente las fallas del régimen colonial, dentro de un marco de convivencia y buenas maneras.

Pero si ese estudio hecho objetivamente puede suscitar curiosos interrogantes, es superfluo, porque esa clase de sucesos se producen, fatalmente, cuando las corrientes sociales, como la erupción de los volcanes, estallan y arrasan todo a su paso, sin que baste para contenerlos las reflexiones sobre el bienestar general y la sensatez. La América estaba madura para la independencia y los Borbones no fueron capaces de aplicar las medidas necesarias para evitar la catástrofe.

El ambiente intelectual de la ciudad indiana era tedioso. El ingenuo rey Carlos III, engatusado por las lisonjas de su enemigo, el marqués de Pombal, expulsó a los jesuitas en la noche del 2 de julio de 1767. Fue una catástrofe militar y cultural: se perdieron los territorios de las Misiones y se apagó el principal foco de ilustración en el Río de la Plata.

Sólo el uno por ciento de los pueblos sabía leer y escribir; las autoridades contemplaban con recelo la educación de los vecinos destinados a ser cajas de tributos. Las ideas superfluas en ese ambiente, sólo podían ser un germen de

inquietudes y desórdenes. Las ciencias eran un atentado contra la religión y el prestigio de los reyes<sup>7</sup>.

Apenas se admitía que aprendieran a escribir y contar los hijos de los más altos niveles para que pudieran iniciar su carrera de cadetes de tienda, pero jamás debía educarse a la plebe ni a la gente de color; se imponía "una sistemática ignorancia".

Las primeras enseñanzas, reducidas a la lectura, la escritura, las cuatro reglas aritméticas y la doctrina cristiana, se impartían en las pocas escuelas del Cabildo, en los conventos de San Francisco, Recoletos, Mercedarios, Dominicos y Bethlemitas y en las sacristías de las iglesias.

La Corona había prohibido la introducción de escritos de imaginación, los romances, los Amadís y especialmente los papeles espantosamente heréticos procedentes de Francia. Pero aun en ese medio claustral aparecían rayos que agitaban el ambiente, iluminaban a los personajes y maduraban los grandes cambios<sup>8</sup>.

Las Luces de la Razón, los Enciclopedistas, cruzaron los Pirineos y pronto viajaron a América, escondidos entre paquetes de té y el fondo de los sombreros. Llegaron en tres olas sucesivas: en la primera aparecieron los matemáticos y astrónomos Gassendi (1592-1655), Descartes (1596-1650) y su *Tratado del Método* publicado en 1647, Locke (1642-1727), Montesquieu (1689-1755) y el *Espíritu de las Leyes* de 1748 y Voltaire (1694-1778), "una infernal serpiente".

En la segunda ola llegaron Franklin (1706-1790), Rousseau (1712-1778) y el bullicioso *Contrato Social* de 1762, Diderot (1713-1784), Raynal (1713-1796) y la estremecedora *Historia Filosófica y Política de los Establecimientos Euro-*

<sup>7</sup> GARCIA, *La ciudad indiana*, 226; JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *El juicio del siglo*, 1913, 129, 169; INGENIEROS, *La Revolución*, 1918, 45; *El General San Martín en la Proclama del 13 de noviembre de 1818*, Biblioteca Mayo, t. XVIII, 14.921, acusaba a la metrópoli de "hallarse reducida al último grado de imbecilidad".

<sup>8</sup> JOSÉ TORRE REVELLO, *El libro, la imprenta y el periodismo en América*, 1940, 33, 115; FURLONG, *Historia social y cultural*, t. II, 28.

*peos en las dos Indias* de 1770, Condillac (1715-1780) el gran maestro de la filosofía y D'Alambert (1717-1783).

La tercera ola de los ideólogos llegó después de la Revolución, cuando había caído el régimen virreinal. Allí estaban Condorcet (1743-1794), Bentham (1748-1832), Destut de Tracy (1754-1836) y James Mill (1773-1836)<sup>9</sup>.

Las nuevas doctrinas, con su cortejo de cañones y clarines, traían un aliento de libertad y progreso. Su hechizo se difundía en todos los ámbitos, entre los miembros del clero, los funcionarios y los vecinos. En las largas siestas coloniales o en las vigilias a la luz de los quinqués de aceite, eran cuidadosamente leídas y comentadas. Al "Boltaire" lo echaban al horno en los momentos de peligro. Salvador de Alberdi enseñaba los principios del Contrato Social en el lejano Tucumán y hasta lo invocaban los indios.

El movimiento de las ideas era constante: los hechos generaban nuevas ideas y las ideas nuevos hechos para hacerlas más trascendentes.

El monopolio de las casas multinacionales de Cádiz inspiró al general Belgrano la doctrina de la libertad de comercio. Las discriminaciones de una monarquía decrepita generaron los grandes dogmas de la igualdad y del Contrato Social; la prepotencia de los funcionarios virreinales, las doctrinas republicanas, con una fuerza irrefrenable.

Estas ideas dieron luz a su vez a una sociedad anárquica y levantisca que impuso las ideas del constitucionalismo y del Poder Ejecutivo fuerte para encauzarlas. Más tarde las falencias de algunos gobiernos constitucionales inspiraron las doctrinas lugonianas y así aparecieron una después de la otra, en busca de un ilusorio gobierno perfecto para ciudadanos imperfectos.

Todo ese agitado movimiento de causas a efectos y de efectos a causas, se debe a que, en último grado, el único título valedero de los gobiernos que legitima su poder es el acierto

<sup>9</sup> GUILLERMO FURLONG, *Nacimiento y desarrollo de la filosofía en el Río de la Plata*, 1952, 525, el veneno francés; INGENIEROS, *La Revolución*, 172.

de su administración, la paz y el bienestar de los ciudadanos. Todo lo demás, las bayonetas o los votos, son insuficientes y, en el caso de error, pronto se desvanecen como las nubes en un día de verano.

Entre los beneméritos apóstoles que marcan los primeros jalones en la vida cultural del Plata, figura Juan Baltasar Maciel o Maziel (1727-1788). Nacido en Santa Fe, estudió en el Convento de San Francisco, en el Colegio de los Jesuitas y cursó las clases de filosofía y teología en la Universidad de Córdoba. Se doctoró en la Universidad de San Felipe, en Santiago de Chile, el 9 de diciembre de 1754. Fue nombrado Examinador Sinodal y más tarde Provisor y Vicario General de la Catedral de Buenos Aires; luego Carcelario y Regente en los Reales Estudios del Colegio de San Carlos. Tenía la casa a espaldas de la Catedral y su lujo llegaba hasta emplear una tina de madera de cedro para bañarse. En su biblioteca se encontraban las obras de Malebranche (1638-1715), Hobbes (1588-1679), Bayle (1647-1706), Gassendi, Montesquieu, Rousseau y Beccaria (1738-1794)<sup>10</sup>.

Otro prelado de apreciable influencia fue el obispo Manuel Azamor y Ramírez (1733-1796). Había nacido en Villa Blanca, se doctoró en ambos derechos en la Universidad de Osuna y fue consagrado obispo el 15 de octubre de 1786. Gobernó la Diócesis de Buenos Aires de 1788 a 1796. En su biblioteca se podían leer las obras de Bayle, Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Filangieri (1752-1788), William Robertson (1721-1793). Apoyó la fundación de la Casa de Ejercicios y fue autor de un *Miserère* que publicó la Imprenta de Niños Expósitos en 1797<sup>11</sup>.

El clima mejoró bajo la administración del virrey Juan José de Vértiz y Salcedo (1718-1799), un mejicano que gobernó a Buenos Aires del 4 de septiembre de 1770 al 22 de abril de 1777 y luego del 26 de junio de 1778 hasta marzo de 1784.

<sup>10</sup> JUAN PROBST, *Maziel*, 170; INGENIEROS, *La Revolución*, 116; LUISA BUEREN DE SANGUINETTI, *La instrucción primaria durante la dominación española*, 1940, 325.

<sup>11</sup> DAISY RIPODAS ARDANAZ, *El Obispo Azamor y Ramírez*, 1982.

Como nativo comprendió mejor las necesidades del país y quiso fomentar el bienestar de los pueblos. Fundó la Casa de Niños Expósitos, la Imprenta, el Protomedicato, el Asilo de Mendigos, la Casa de Corrección para Mujeres y la Casa de Comedias <sup>12</sup>.

Pronto las nuevas ideas germinaron en todos los círculos y conquistaron adeptos en tierras ansiosas de aire y libertad. Una filosofía laxa y alejada de la realidad fenecía. El estudio de las ciencias físicas, la crítica irrespetuosa de los valores consabidos y las revelaciones de los experimentos transformaban el ambiente.

Asomaban impertinentes y prestigiosos Gassendi, Descartes y Newton, otras tendencias y otras escuelas; se abrían las ventanas inmensas y seductoras de las ciencias naturales.

La Escolástica "enclenque e inerme", se hallaba estatizada y tardaría muchos años en renovarse. En un mundo cerrado que no admitía disidencias, no había aprendido a defenderse de las nuevas corrientes. El aristotelismo más envejecido aun se resquebrajaba, se confundían sin precauciones la Filosofía con la Teología y la Física o se perdía en sutilezas baladíes y discusiones abstractas <sup>13</sup>.

La crítica se oponía a un dogmatismo alicaído; los experimentos, al juego artificial de los silogismos; la vieja filosofía, impuesta por los monarcas, rígida y marchita, había perdido todo prestigio.

La revolución intelectual avanzaba a fines del siglo XVIII, había contaminado los espíritus y preparado el movimiento de 1810 que sólo fue un efecto y no una causa.

Muchos de los nuevos filósofos, que tanto impresionaban a sus ingenuos lectores americanos, no eran sujetos recomendables. Hinchidos de vanidad, venales o neuróticos, se hallaban dispuestos a publicar cualquier esperpento para lo-

<sup>12</sup> TORRE REVELLO, *Juan José de Vértiz y Salcedo, Gobernador y Virrey de Buenos Aires*, 1932.

<sup>13</sup> FURLONG, *Nacimiento y desarrollo*, 42, 315, 523; *INGENIEROS, La Revolución*, 64.

grar la notoriedad de los salones y cargos en las grandes casas de la nobleza. Su vida privada era a menudo escandalosa, porque entendían que era una placentera forma de difundir el culto a la libertad. El Palais Royal con sus salas de juego y prostíbulos, los cafés de la Regencia y el Procopio, eran focos de corrupción y embustes. Si algunos pocos, de vida irreprochable, lanzaron ideas justas y sabias que propendieron decisivamente al adelanto de los pueblos sometidos a una estúpida servidumbre, otros empeñados en destruir un mundo que despreciaban, sin prudencia ni conocimiento de la realidad, causaron irreparables trastornos y desembocaron en ríos de sangre con las carretas de la guillotina y los cañones de Napoleón.

Tomás Manuel de Anchorena, desconfiado y terco, advertía que "el pacto de Rousseau sólo puede servir para formar grandes contingentes de locos furiosos y bribones", y en un mundo de pueblos simples y sin educación cívica, los hechos parecieron darle la razón, en varias oportunidades.

El padre Francisco Suárez (1548-1617), profesor de Filosofía en Alcalá y Salamanca, de meritoria autoridad, estaba completamente olvidado. El tratado *De Legibus* sólo pudo inspirar las piadosas meditaciones de algún canónigo erudito y contemplativo, lo cual no significa negar que estuviera mucho más cerca de la verdad y fuera sujeto más apreciable que el vagabundo ginebrino; pero las revoluciones no se hacen con abstracciones metafísicas y formidables volúmenes de 1.200 páginas en latín, sino con aventureros y sofismas simplistas. El folleto publicado en 1959 por la Fundación Vitoria y Suárez, bajo el título de "Presencia y sugestión del filósofo Francisco Suárez, su influencia en la Revolución de Mayo", apenas roza superficialmente el tema en uno de sus artículos; no aporta un dato concreto y desconoce el clima en que se mueve una revolución.

Los sermones del presbítero doctor Victorio de Aréchaga del 25 de mayo de 1813, del deán Gregorio Funes del 25 de mayo de 1814 y del doctor Pedro Ignacio Castro Barros del



mismo día, son claramente roussonianos y fray Pantaleón García llegaba al extremo de invocar a Montesquieu<sup>14</sup>.

No se podían detener las corrientes intelectuales y los reclamos de los vecinos por una mejor educación. El Colegio de San Carlos o Real Consistorio Carolino, designado así en homenaje al rey Carlos III, se inició precariamente en el año 1771 en la casa confiscada a los jesuitas<sup>15</sup>.

A cargo del clero secular, dependía de las autoridades de la corona y fue formalmente establecido por el virrey Vértiz el 3 de noviembre de 1783. Los reglamentos fueron copiados del Colegio de Montserrat y fue administrado en distintos años por Juan Baltasar Maciel, Vicente Atanasio Juanzaraz hasta su fallecimiento en 1786 y Luis José Chorroarín, prácticamente hasta 1803.

Era un pensionado reservado para los hijos de la alta burguesía, pero brindaba cuatro becas para hijos de pobres honrados y dos para hijos de empleados militares. En 1803 contaba con 57 colegiales. Los cursos se iniciaban el miércoles de Cenizas y continuaban hasta el 6 de noviembre; comenzaban a las 5 de la mañana para oír misa y proseguían hasta el anochecer.

Los estudios de filosofía duraban tres años y los de teología cuatro. Los libros indispensables para los cursos se pedían prestados a los conventos; la enseñanza estaba controlada por los censores regios y era el paso obligado para ingresar a las Universidades de Córdoba, Charcas o San Felipe.

La enseñanza estaba basada en el "dixit" de los autores arcaicos y de algunos escolásticos abandonados en Europa hacía 50 años. Las principales materias eran la Teología, la Filosofía, la Metafísica, la Sintaxis, la Latinidad y la Retórica, superfluas en un país destinado a la explotación de los campos y de las artesanías. El estudio de las Matemáticas sólo

<sup>14</sup> *Archivum*, junio-diciembre, 1960, 721, 729, 751, 764.

<sup>15</sup> JUAN MARÍA GUTIERREZ, *Origen y desarrollo de la enseñanza pública superior en Buenos Aires*, 1915, 45, 453; INGENIEROS, *La Revolución*, 120; ABEL CHANETON, *La instrucción primaria en la época colonial*, 1942, 165; BUEREN DE SANGUINETTI, *La instrucción primaria*, 240.

se refería a la navegación y a la milicia. La Geometría, las disciplinas Físico-Matemáticas, tan necesarias, sólo aparecieron al fundarse la universidad en 1824.

Las restricciones a la enseñanza eran severas. La Corte, indignada, censuró al virrey del Pino por haber permitido que el Consulado costeara una cátedra de Náutica y el 26 de noviembre de 1799 mandó clausurarla por ser un establecimiento de lujo. Prohibió además, con prudencia, que se enviaran jóvenes a París para estudiar Química, a fin de evitar peligrosos contagios. La Academia de Matemáticas sólo se estableció después de 1810.

El Colegio Carolino perdió poco a poco su prestigio y su importancia. Otras ideas avanzaban, las aulas se despoblaron y el edificio fue destinado a cuartel de soldados, según la Gaceta del 13 de diciembre de 1810<sup>16</sup>.

Una de las figuras más originales y, probablemente, la más trascendente del mundo intelectual de esos años, fue Saturnino Rodríguez Peña (1765-1819), hermano de Nicolás y casado con María Gertrudis Amores. Había cursado los estudios de Teología en el Real Colegio de San Carlos y luego en el Colegio de Montserrat y en la Universidad de San Francisco Xavier de Charcas. Contaba con vastas relaciones y en 1794 fundó una escuela en la casa de Agustín de Erézcano, a espaldas de la Catedral. El horario de verano era de 7 a 10 de la mañana y de 3 a 6 de la tarde y en invierno de 8 a 11 y de 2 a 5. Funcionaban tres clases: en la primera se enseñaba a leer, la doctrina cristiana y algunos principios de educación; en la segunda a escribir y a contar y el compendio del Catecismo de Fleury; en la tercera, Latinidad, Gramática castellana, Ortografía, principios de Geografía, Historia antigua, Romana y de España por el Compendio del padre Isla y el Catecismo Real. El precio de la primera clase era de dos pesos mensuales y de cuatro pesos las otras dos. Advertía que había suprimido los castigos corporales que ofendían al pudor y a la humanidad y los substituía por consejos salu-

<sup>16</sup> GUTIERREZ, *Origen y desarrollo*, 48.

dables y aquellas mortificaciones propias al rango de los alumnos<sup>17</sup>.

Según ciertas versiones, se había encontrado en las Antillas con el general Miranda. Fue capitán del Cuerpo de Patriotas de la Unión, se afilió a la Logia Estrella del Sud y fue secretario del virrey Liniers, hasta que facilitó la fuga del general Beresford de Luján, para apoyar los planes de la independencia.

Las realidades económicas, las discriminaciones practicadas por los funcionarios virreinales contra los criollos, la nueva bandera del Contrato Social que había enarbolado Rousseau y los agravios contra el régimen colonial que había expuesto con tanta severidad Raynal, trastocaron las corrientes políticas y militares. Cambiaba implacablemente el panorama, como un fenómeno de la naturaleza. Otro era el espíritu de los jóvenes vecinos del Plata. Entre los cabecillas, Moreno y Castelli fueron los más destacados roussonianos y jacobinos y así lo mostraron en sus actos de gobierno<sup>18</sup>.

La declaración de la Independencia de los Estados Americanos el 4 de julio de 1776, señaló a los colonos del Plata que ellos también podían romper el yugo de los Borbones. La Revolución Francesa de 1789 resonó como un trueno en Buenos Aires y demostró que la figura sacrosanta y empolvada del monarca era sólo un mito y podía ser removido si no cumplía con sus elementales deberes de gobernante. Los escándalos de la corte madrileña concluyeron por despojarlo de todo respeto.

Por los decretos del virrey del 17 de septiembre y del 1º de octubre de 1789 se ordenó, inútilmente, que las aduanas retuvieran los papeles impresos que hicieran alusión a los impíos sucesos de Francia, pero los barcos y los comerciantes

<sup>17</sup> JUAN MARTÍN BIEDMA, *Los Rodríguez Peña y la emancipación argentina*, 1959, 16; JORGE M. MAYER, *Parotssien y la Logia Lautaro*, Anales de la Academia Nacional de Derecho, N° 20, 1983, 469; CHANETON, *La instrucción primaria*, 193; BUEREN DE SANGUINETTI, *La instrucción primaria*, 92.

<sup>18</sup> GARCÍA, *La ciudad indiana*, 76, 137.

ingleses se encargaron de mantener a la población al corriente del drama que tanto convenía a sus negocios.

Así, bajo la doble influencia de las ideas y de los accidentes políticos, se llegó a la crisis que hizo eclosión en la Revolución de 1810 y a la decisión de algunos grupos ilustrados de tomar en sus manos el destino de los alejados pueblos del Plata.

La Revolución de Mayo trazó una línea divisoria con el régimen anterior, cambió el clima y surgieron nuevas esperanzas de igualdad y prosperidad. Los funcionarios coloniales fueron substituidos por los criollos, se abrió el comercio y las comunicaciones con Europa, se suprimió la censura, los libros de los enciclopedistas pudieron exhibirse en las librerías. Pero la enseñanza continuó aprisionada en gran parte por los antiguos moldes; las disciplinas doctrinarias dominaban el ambiente y las técnicas y prácticas, que tanto necesitaba el país, quedaron relegadas para las gentes menudas, continuaba el desprecio por el trabajo.

Se transformó el panorama, se abrió el nuevo ciclo revolucionario, con un revuelo de ideas inciertas, de luces y sombras, de ilusiones y temores. El doctor Luis José de la Peña, como correspondía a un joven de su estado, aparece matriculado en las aulas de Teología del Colegio de San Carlos en 1813 y 1814 y se doctoró en la Universidad de Córdoba en 1818. Filósofo y teólogo erudito, podía recitar de memoria las Institutas de Justiniano<sup>19</sup>.

Una profunda emoción debieron sentir los jóvenes de esa generación al presenciar cómo se derrumbaban los pilares de un régimen que hasta entonces se había supuesto sagrado, para ser substituido por los dogmas entusiastas y discolos de la libertad y de la igualdad, en un mundo naciente.

Las carreras para los jóvenes de buena familia, que no tenían la suerte de tener padres tenderos o hacendados, en la parsimonia de una aldea donde estaban desacreditadas las artesanías y el trabajo manual, eran pocas y se reducían al

<sup>19</sup> GUTIERREZ, *Origen y desarrollo*, 127.

ejército y a la Iglesia: "caballero o prelado". Muchos, sin una vocación íntima, se inclinaban por la Iglesia, porque les aseguraba una quieta vida de estudio y el prestigio de los cargos litúrgicos.

Entre los dos siglos aparece un sacerdote de simpáticas dotes y de ilustres méritos, el padre Luis José Chorroarín. Nació en Buenos Aires el 27 de agosto de 1757, hizo sus primeros estudios con el doctor Carlos José Montero, en el Colegio de San Carlos, los años 1773 a 1776. Se ordenó de sacerdote en 1779 y vuelto al Colegio dictó el curso de Filosofía los años 1783 a 1785, con 44 alumnos y pronunció en la Catedral las oraciones fúnebres del rector Vicente Atanasio Juanzaraz y del obispo Manuel Azamor y Ramírez. El 22 de mayo de 1810 marcó el sesgo fundamental de su vida y votó, sin vacilaciones, para que cesara el gobierno del virrey Cisneros y reasumiera la autoridad el Cabildo<sup>20</sup>.

El 30 de enero de 1811 fue nombrado director de la Biblioteca, en 1812 fue miembro de la Junta Conservadora de la libertad de Imprenta y elegido para preparar un proyecto de Constitución. En 1813 fue ascendido a Canónigo de Gracia de la Catedral y Carcelario del Colegio San Carlos y en 1815 Vicario Capitular y Gobernador Eclesiástico de la Diócesis. En una reunión celebrada el año 1816, en el templo de San Ignacio, fue elegido, con el deán Funes y el doctor Manuel Antonio Castro, para reformar el Estatuto Provisorio; poco después, diputado al Congreso de Tucumán; y en 1818, su presidente. Enfermo y casi ciego, se retiró de su cargo y falleció el 23 de septiembre de 1826.

El cierre del Colegio San Carlos, aún con su sabor colonial, dejó un vacío y el director Juan Martín de Pueyrredón, por decreto del 2 de junio de 1817, resolvió instalar sobre sus cenizas el Colegio de la Unión del Sud. Este abrió sus puertas, con gran solemnidad, el 16 de julio de 1818. Lindaba con la iglesia de San Ignacio, sobre la calle de la Uni-

<sup>20</sup> GUTIERREZ, *Origen y desarrollo*, 75, 499; JUAN CHIABRA, *La enseñanza de la filosofía en la época colonial*, 191; *Chorroarín y las "Instituciones filosóficas"*, XV, 3.

versidad, y subsistió hasta el mes de mayo de 1823. Miguel Belgrano fue su director y al fallecer lo reemplazó Manuel Irigoyen, acompañado por el presbítero Martín Boneo.

El doctor Luis José de la Peña, que había concluido sus estudios en la Universidad de Córdoba, regresó a Buenos Aires ya formado a los 23 años y fue designado Prefecto de Estudios <sup>21</sup>.

Gracias a la Independencia se acentuaba el afán de cultura en la joven ciudad. Las mejoras se hicieron sentir pronto. Por el decreto del 9 de agosto de 1821, el gobernador Martín Rodríguez y su ministro Bernardino Rivadavia, fundaron la Universidad de Buenos Aires, que la colocaba intelectualmente en el mismo rango que la de Lima <sup>22</sup>.

El general Rodríguez y Rivadavia, acompañados por los principales funcionarios y vecinos, concurren, con toda pompa, al acto de la inauguración, en el templo de San Ignacio, el 12 de agosto de 1821, a las 4 y media de la tarde.

La oronda burguesía porteña se apiñó en una ccermonia teatral, con reverencias y besamanos, entre volutas, candelabros y fasistoles dorados. Los ideólogos Cabanis (1757-1808), Tracy (1767-1830) y Bentham (1748-1832) llegaban triunfalmente al Río de la Plata y reemplazaban a los envejecidos enciclopedistas. Los profesores vestían golilla y toga de raso negro abotonada sobre el cuello, en los hombros una esclavina bordada con los colores de cada facultad, un birrete cuadrangular con flecos a los costados. Los colores eran rojo y verde para los juristas, amarillo y negro para los médicos, todos de guante blanco y un anillo de piedras preciosas.

La Universidad se componía de seis departamentos; el de Primeras Letras comprendía las escuelas Central, San Telmo, Montserrat, Concepción, Piedad, Hospicio, San Nicolás y Socorro en la capital y doce en la campaña según el sistema

<sup>21</sup> GUTIÉRREZ, *Origen y desarrollo*, 174; JUAN GARCÍA MEROU, *Le-yes, decretos y resoluciones sobre la instrucción superior*, vol. I, 1900, 14, 25.

<sup>22</sup> Decreto del General Rodríguez y de Rivadavia del 9 de agosto de 1821 y del 3 de febrero de 1822, R.O.P.B.A., 1821, 11, 1822, 28; Mensaje de Chorroarín del 21 de septiembre de 1821, R.O.P.B.A., 1821, 39; ROBERTO LEVILLIER, *Historia Argentina*, t. V, 1968, 3833.

lancasteriano. El Departamento de Estudios Preparatorios abarcaba dos cátedras de Latín, una de Francés, una de Inglés, una de Lógica, una de Físico-Matemáticas y otra de Economía Política. El Departamento de Ciencias Exactas reunía una cátedra de Dibujo, una de Química, una de Geometría Descriptiva, una de Cálculo Mecánico y otra de Física Experimental y Astronomía. El Departamento de Medicina incluía cinco cátedras: Instituciones Médicas, Instituciones Quirúrgicas, Clínica Médica, Clínica Quirúrgica y Farmacia. El de Jurisprudencia estaba formado por tres cátedras: de Derecho Natural y de Gentes, Derecho Civil y Magistratura. El de Ciencias Sagradas una cátedra de Escritura, una de Dogma y otra de Cánones.

Una diferencia fundamental separaba a los escritores de la Enciclopedia de sus sucesores los ideólogos: los primeros fueron esencialmente destructivos, atacaban con fanatismo el régimen monárquico, la organización social, la Iglesia, los conventos, los principios religiosos. Los ideólogos fueron en cambio reformadores sociales, constructivos y dirigistas, los primeros planificadores, que personifica tan bien Rivadavia, iluminados con la esperanza de mejorar la sociedad y el mundo, por medio de leyes sabiamente estudiadas, aunque no tuvieron relación con la idiosincrasia de los pueblos.

El plan de estudios de la Universidad marcaba un enorme adelanto sobre las aulas sometidas al yugo borbónico. Se disipaba el admirado arte de los silogismos y se destacaba por primera vez el mérito de las ciencias y del método experimental.

El sistema lancasteriano o de enseñanza mutua, fue introducido en Buenos Aires por Diego Thompson en 1819. Lo difundieron la Sociedad Escolar Inglesa, la Sociedad Bíblica Inglesa y ocho escuelas.

La enseñanza femenina se impartía en el monasterio de Santa Catalina y en el Colegio de Huérfanas, al lado de la capilla de San Miguel. En 1824 las escuelas privadas eran 72, con 1.300 niños y 1.130 niñas; las escuelas de la Universidad contaban con 1.139 y la Sociedad de Beneficencia 528.

En el mes de mayo de 1823, el gobierno del general Martín Rodríguez reformó el Colegio de la Unión del Sud, modernizó su organización y sus fines pedagógicos y lo convirtió en el Colegio de Ciencias Morales<sup>23</sup>.

La dirección del colegio se confió al doctor Miguel Belgrano, asociado al presbítero Martín Bonco como vicerrector y al doctor Luis José de la Peña, siempre Prefecto de Estudios. En sus aulas se educó un número considerable de jóvenes venidos de las provincias, "se uniformaron las ideas y los sentimientos y adquirieron ese temple moral que contribuyó eficazmente a salvar la civilización de la República durante la reacción del despotismo".

Estaba dotado de 12 becas civiles para los hijos de los ciudadanos beneméritos que se hubieran distinguido por los servicios prestados a la Revolución; de 20 becas militares para los hijos de los oficiales de las guerras de la Independencia, y de 2 para los hijos de cada provincia. Vestían un uniforme negro, con cuello celeste; se levantaban a las cinco de la mañana, media hora antes de la salida del sol; debían barrer y ordenar sus habitaciones y componer su ropa. Los provincianos eran llevados de pasco los domingos por el vicerrector o el prefecto a parajes aireados.

La educación moral estaba a cargo del Colegio y la científica a cargo de la Universidad. Los alumnos asistían a las clases de la Universidad y practicaban por las noches ejercicios literarios en el Colegio. Estudiaban el francés y el inglés en los periódicos, cuando faltaban los textos. Además, el Colegio costeaba un maestro de música coral y piano y otro de baile.

<sup>23</sup> GUTIÉRREZ, *Origen y desarrollo*, 188; Nota de mayo de 1823, R.O.P. B.A., 1823, 44; Alberdi en *Las Bases* crítica la orientación literaria del Colegio: "Los ensayos de Rivadavia y la instrucción secundaria tenían el defecto de que las ciencias morales y filosóficas eran preferidas a las ciencias prácticas y de aplicación que son las que deben ponernos en aptitud de vencer esta naturaleza selvática que nos domina. El primer establecimiento se llamó Colegio de Ciencias Morales; habría sido mejor que se titulara y fuese Colegio de Ciencias Exactas y de Artes aplicadas a la industria", *O.C.*, t. II, 269, y t. III, 418; en mayo de 1823 Rivadavia fundó una escuela de agricultura, R.O.P.B.A., 1823, 66; prosiguió hasta 1830 cuando un decreto de Tomás Manuel de Anchorena la clausuró por las erogaciones que causaba.



Por un decreto del general Rodríguez y Rivadavia del 6 de diciembre de 1822, los alumnos de las escuelas que se encontraban en las horas de clase por las calles, quintas o cafés, debían ser arrestados por la policía, la primera vez, por 4 horas para contener sus "estrabios"<sup>24</sup>.

El reglamento era severo, las comodidades pocas y la higiene nula. El proverbio español enseñaba que la letra con la sangre entra; las penitencias eran repugnantes o brutales.

Las ideas, buenas y malas, volaban en plena libertad. El empuje de las corrientes revolucionarias desatadas en el París de 1789, llegaban al Plata y entre triunfos y quebrantos, influyeron profundamente en la vida intelectual y en las contiendas políticas locales.

Entre los rectores del pensamiento filosófico de esos años figura un sacerdote, Juan Manuel Fernández de Agüero (1772-1840). Había nacido en Sobre Lapeña, en el obispado de Santander, y llegó a Buenos Aires traído por sus padres en 1790<sup>25</sup>.

Ingresó en el Colegio de San Carlos en 1794, como estudiante de filosofía en 1798 y concluyó sus estudios en diciembre de 1800. Joven "de costumbres puras y ejemplares", viajó a Chile e ingresó en la Facultad de Teología de la Universidad de San Felipe, se recibió de Doctor en Derecho y en Teología en 1801 y se ordenó en 1802. A su regreso se presentó a oposiciones para la cátedra de Filosofía del Colegio de San Carlos en 1803, y bajo el virreinato de Sobremonte fue designado en 1805 Profesor, hasta 1807<sup>26</sup>.

Fue luego Presbítero Domicionario y Capellán del Tercio de Cantabros. Desempeñó el Curato de Nuestra Señora de La Piedad en 1807 y el Curato de la Cañada de Morón en 1808, donde permaneció cinco años. Allí, en ese retiro campestre, la lectura detenida de las obras de los enciclopedistas y par-

<sup>24</sup> R.O.P.B.A., 1822, 155.

<sup>25</sup> JORGE R. ZAMUDIO SILVA, *Juan Manuel Fernández de Agüero, primer profesor de Filosofía en la Universidad de Buenos Aires*, 1940; también JUAN MANUEL FERNÁNDEZ DE AGÜERO, *Principios de ideología elemental abstractiva y oratoria*, edición y prólogo de JORGE R. ZAMUDIO SILVA, 3 vol., 1940; FURLONG, *Nacimiento y desarrollo*, 572; INGENIEROS, *La Revolución*, 413.

<sup>26</sup> FURLONG, 573.

ticularmente de Condillac, autor de un célebre *Tratado de las Sensaciones*, aparecido en 1754, donde enseñaba que el ego era la suma de las sensaciones que experimenta el ser humano; del conde Destut de Tracy, autor a su vez de *Los Elementos de Ideología*, aparecidos en 1804, y de Pierre Laromiguiere (1756-1837), que había escrito en 1793 un *Proyecto de Elementos de Metafísica*, minaron sus antiguas creencias, lo transformaron en un discípulo de Las Luces y se afilió a la logia de la Estrella del Sud <sup>27</sup>.

Solicitó sin éxito a la Asamblea de 1813 que le concediera la ciudadanía y recién en 1820 obtuvo la ciudadanía provincial y el puesto de pasante del Colegio Conciliar.

Un decreto del 8 de febrero de 1822, del ministro Rivadavia, lo designó Prefecto del Departamento de Primeras Letras y Catedrático de Lógica, Metafísica y Retórica, y al año siguiente fue designado Profesor de Ideología Abstracta y de Ideología Oratoria. Formó parte del grupo rivadaviano y de la Sociedad Literaria y fue elegido diputado a la Sala Provincial por el distrito de Morón, San Fernando y Conchas en 1823.

La enseñanza del doctor Fernández de Agüero "sacudió fuertemente los espíritus, cautivó la atención de sus discípulos con el calor de sus palabras y con el poder de sus convicciones y conquistó el cariño de toda la juventud dada a las letras". Pero concitó serias resistencias. El Vicario Capitular Diego Estanislao Zavaleta lo tachó de hereje y filantropista. El doctor Antonio Sáenz calificó sus doctrinas de impías y se le clausuró el aula, pero el gobernador Las Heras y el ministro Manuel José García ordenaron el 2 de agosto de 1824 que se lo repusiera en su cargo <sup>28</sup>.

El 12 de noviembre renunció a una enseñanza que se volvía cada vez más urticante y se le confió la inofensiva cátedra de Economía Política, que dictó bajo la inspiración de Adam Smith (1723-1790) y Juan B. Say (1767-1832).

<sup>27</sup> FURLONG, 577.

<sup>28</sup> GUTIÉRREZ, *Origen y desarrollo*, 75, 113, 395.

Falleció en el silencio y el olvido, el 19 de octubre de 1840, en medio del terror de la mazorca. Su retrato por Henricque Pellegrini se conserva en el Museo de Bellas Artes <sup>29</sup>.

Meritorio y desconcertante es el carácter de estos filósofos que en un teatro alejado y modesto, atribulados por la violencia, la inseguridad, los riesgos de un futuro incierto, dedicaban con pasión y desinterés sus vigiliias al estudio de los valores etéreos de la escolástica, del racionalismo y de la ideología, sin desanimarse por las dificultades que debían afrontar para estudiar con serenidad problemas abstractos, entre los tiros de cañón y los escopetazos con que las facciones deseaban probar su amor a la patria.

Pero mucho se les debe agradecer, cualesquiera que hayan sido sus limitaciones técnicas, porque contribuyeron a mantener vivos los grandes principios de la Revolución de Mayo, los ideales de libertad, inteligencia y cultura, que sobrevivieron en la sangrienta noche de la tiranía y formaron las nuevas generaciones que rescataron al país después de tantos contrastes <sup>30</sup>.

La enumeración de esos sucesos forma un tragicómico carrousel. Era el resultado caótico de las corrientes encontradas y de las personas contrapuestas, entre los restos del régimen colonial de orden y opresión y un régimen republicano de desorden y libertad, en pueblos sencillos, que tardarían aún mucho en asentarse. Desde 1820 se sucedieron en el gobierno el general Juan Ramón González Balcarce, Manuel de Sarratca, Ildelfonso Ramos Mejía, el general Miguel Estanislao Soler, el coronel Dorrego, el general Juan José Viamont, el general Martín Rodríguez del 6 de junio de 1821 al 9 de mayo de 1824, el general Las Heras del 9 de mayo de 1824 al 27 de marzo de 1826, el presidente Bernardino Rivadavia del 8 de febrero de 1826 al 7 de julio de 1827,

<sup>29</sup> R.O.P.B.A., 1828, 12. Decreto del gobernador Dorrego y su ministro de Guerra Juan Ramón González Balcarce, del 4 de febrero de 1828, ante la renuncia del Catedrático de Ideología Juan Manuel Fernández de Agüero, frente a dos competidores que no menciona y que habrían sido Bernardo Vélez y Luis J. de la Peña; nombra en su reemplazo a Diego Alcorta.

<sup>30</sup> EMILIO BREHIER, *Historia de la filosofía*, t. II, 1944, 331, 518.

Vicente López y Planes, nuevamente el coronel Dorrego del 13 de agosto de 1827 al 1º de mayo de 1828, el general Lavalle del 1º de diciembre de 1828 al 26 de agosto de 1829, otra vez el general Viamont del 26 de agosto al 8 de diciembre de 1829, el coronel Juan Manuel de Rosas del 8 de diciembre de 1829 al 17 de diciembre de 1832, nuevamente el general Balcarce del 17 de diciembre de 1832 al 3 de noviembre de 1833 y el general Viamont del 3 de noviembre de 1833 al 1º de octubre de 1834, Manuel Vicente Maza hasta llegar al brigadier general Juan Manuel de Rosas del 13 de noviembre de 1835 al 3 de febrero de 1852, el Restaurador de las Leyes, llamado para restablecer la paz y la armonía en los campos inquietos de la Confederación.

La anarquía era endémica e incontrolable; era evidente que la población carecía de educación cívica, no tenía respeto por la ley, ni concepto del bien público; los egoísmos, los odios, la vieja ley colonial del arcabuz como medio de fortuna, sin trabajo ni esfuerzos, atormentaban a una sociedad sencilla y bondadosa, que no sabía a qué santo encomendarse.

Uno de los personajes más interesantes de ese período fue Juan Crisóstomo Lafinur (1797-1824). Nacido en el valle de La Carolina, en la provincia de San Luis, inició sus estudios en el Colegio Montserrat y los prosiguió en la Universidad de Córdoba en 1810. Se graduó de bachiller licenciado y maestro de artes hasta que, víctima del roce de las ideas racionalistas de la Revolución Francesa con la antigua Escolástica, fue expulsado de la Universidad por hereje. Se incorporó al Ejército del Norte al mando del general Belgrano y en Tucumán ingresó a la Academia de Matemáticas del Ejército, dirigida por un antiguo oficial de Napoleón, Juan José Dauxion Lavaysse, padre del futuro constituyente de 1853. Por razones económicas se separó del ejército en 1817 y se radicó en Buenos Aires. Escribió en "El Censor", "El Curioso" y "El Americano" y fue uno de los fundadores de la Sociedad Valaper<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> JUAN CRISÓSTOMO LAFINUR, *Curso de filosofía dictado en el Cole-*

El director Juan Martín de Pueyrredón, previo concurso con Bernardo Vélez y el doctor Luis José de la Peña, le encomendó la cátedra de filosofía en el Colegio de la Unión del Sud. Fue el primer profesor seglar que dictó una materia reservada hasta entonces a los clérigos. Brillante y entusiasta, seducido por las nuevas doctrinas que llegaban de Europa, más aficionado que erudito, dictó las clases de los años 1819 y 1820 bajo el patrocinio de Newton y Bentham, entonces venerados maestros, pero sus principios fueron enfáticamente censurados hasta obligarlo a dejar la cátedra.

El 10 de diciembre de 1821 viajó a Mendoza, donde fue elegido vicepresidente de la Sociedad Lancasteriana y enseñó, con el presbítero Lorenzo Guiralde, en el Colegio de la Santísima Trinidad. Fue otra vez acusado de hereje y, a pesar de la defensa del gobernador Pedro Molina, debió retirarse y viajó, como último refugio, a Chile el 19 de septiembre de 1823. La filosofía en pueblos incipientes era una carrera aventurada y plagada de disgustos. En Chile se encontró con Camilo Henríquez, Gabriel Ocampo y Bernardo Vera. Amablemente recibido, comenzó a trabajar de abogado y se casó, pero el infortunio lo perseguía. Murió a los 27 años de una caída de caballo, el 13 de agosto de 1824, después de recibir el Viático y se perdió una vida que pudo ser excepcionalmente fecunda <sup>32</sup>.

Nacido el doctor Luis José de la Peña (1795-1871) 23 años después de Fernández de Agüero, dos años antes de Lafinur y cuatro años antes de Alcorta, tuvo la ventaja de sobrevivirlos por mucho tiempo, en una época en que la vida era breve, debido a la tuberculosis, la viruela y los entusiasmos cívicos.

Dictó cátedras de filosofía y matemáticas; desempeñó con prudencia difíciles negociaciones diplomáticas, pero su verdadera vocación fue la enseñanza, a la que se dedicó en forma

---

*gio de la Unión del Sud en 1819*, edición, prólogo y notas de DELFINA VARELA DOMÍNGUEZ DE GHIOLDI, 1938; GUTIÉRREZ, *Origen y desarrollo*, 70, 81, 87, 391, 527; INGENIEROS, *La Revolución*, 328; CARLOS IBARGÜREN, *Las sociedades literarias y la Revolución*, 1937, 125.

<sup>32</sup> FURLONG, *Nacimiento y desarrollo de la filosofía*, 569.

ejemplar en Buenos Aires, Mercedes, Montevideo, Paraná y nuevamente en Buenos Aires hasta sus últimos días<sup>33</sup>.

Después de su paso como Prefecto de Estudios por el Colegio de la Unión del Sud, pasó a dictar en 1823 el curso de filosofía de Primer año, en el Colegio de Ciencias Morales, acompañado por Fernández de Agüero que continuó con el curso de Segundo año<sup>34</sup>.

El 21 de enero de 1825 llegó a Buenos Aires la noticia de la victoria de Ayacucho y el fin del dominio de los Borbones, con gran alboroto de la población, banquetes y música. En 1826 fue designado vicerrector del Colegio bajo el rectorado de Miguel Irigoyen y continuó en el Departamento de Ideología<sup>35</sup>.

Juan María Gutiérrez recuerda con nostalgia su figura. "En aquel tiempo era el doctor Peña uno de los hombres, de cuantos he conocido, mejor dotados para desempeñar el papel que por aplicación y amor a perfeccionarse, se había trazado. Joven, de porte siempre digno, de maneras comedidas, de palabra persuasiva, era en aquel Colegio donde se formaron tantos talentos distinguidos y tantos caracteres severos que afrontaron la tiranía, el punto atrayente hacia el cual convergía, como al seno de un filósofo antiguo, toda aquella juventud pidiendo solución a sus dudas, consejos para estudiar con mayor aprovechamiento, lectura amena, modelos de buen gusto para expresar con corrección las ideas; la aplicación de un teorema, el planteo de un problema, el valor de una incógnita, la demostración de alguna ley de la naturaleza física. El, por decirlo así, se multiplicaba por tantas unidades como eran las materias del curso preparatorio, desde los rudimentos de la aritmética hasta las ecuaciones algebraicas, desde las cuestiones de gramática hasta las de psicología. En su cuarto, que era una celda sencilla, en el claustro, en los patios durante las horas de recreo, en todas partes y a toda hora, se veía siempre al doctor Peña rodeado de discípulos

<sup>33</sup> GUTIERREZ, *Origen y desarrollo*, 127.

<sup>34</sup> GUTIERREZ, 427.

<sup>35</sup> GUTIERREZ, 190.

ávidos de escucharle, deteniéndose de cuando en cuando para explicar el sentido de algún orador o algún poeta, o para trazar sobre el pavimento la figura de un polígono para demostrar sus propiedades, mientras que el resto del bullicioso enjambre escolar se entregaba a pasatiempos varoniles." <sup>36</sup>

Los cursos se desarrollaron afablemente bajo los gobiernos de los generales Martín Rodríguez y Las Heras; el afán de cultura pervivía. Recién el infortunado ciclo del Congreso de 1825 y de la presidencia de Rivadavia aniquiló el viejo partido directorial y concluyó la tranquilidad pública.

Alberdi le exponía al general Urquiza en la nota del 7 de febrero de 1858 la naturaleza del conflicto. "V.E. sabe que no es conforme a la verdad de nuestra historia el decir que las provincias hubiesen impedido la creación de un Gobierno general en 1826. Todo el mundo sabe que entonces como hoy esa institución fue resistida por Buenos Aires en el interés de manejar él las rentas y poderes del Gobierno General. Los Anchorenas y Dorrego no eran de las provincias. Rivadavia fue botado al extranjero por Buenos Aires, no por las provincias." <sup>36a</sup>

Los atropellos del gobierno del coronel Dorrego y su fusilamiento por el general Lavalle el 1º de diciembre de 1828 le abrió las puertas del poder al habilitado de los Anchorena, Juan Manuel de Rosas, el 8 de diciembre de 1829 y el ambiente se volvió hosco y amenazador.

La reacción de una celosa burguesía de tenderos contra los gastos de los militares de la Independencia "no saben más que matar", fue tenaz, "la contrarrevolución dijo habilidad y riquezas, entonces se dio a los godos el derecho de votar" <sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Elogio del profesor de Filosofía Dr. D. Luis José de la Peña, Discurso pronunciado por el rector de la Universidad de Buenos Aires Dr. Juan María Gutiérrez con motivo de la apertura de aquel establecimiento el día 1º de marzo de 1871, 1871 (Biblioteca Mitre, 46-1-20); contra Peña, VICENTE F. LÓPEZ, *Autobiografía*, La Biblioteca, t. I, 1896, 331.

<sup>36a</sup> ALBERDI, *E.P.*, t. XIV, 617.

<sup>37</sup> Carta de Vicente López al general San Martín, 4 de enero de 1830; Correspondencia del general San Martín 1822-1850, 118; ECHEVERRÍA, *O.C.*, t. IV, 1873, Carta a Angelis, 302.

Los intereses portuarios formaron rápidamente una sólida sociedad corporativa, con el gremio de los hacendados, el gremio de los tenderos y el gremio de los artesanos y sus satélites "las fuerzas vivas" y con el decisivo apoyo de los patacones, dominaron los órganos políticos del Estado, aplastaron a los disidentes, destruyeron la molesta influencia de los círculos cultos y se apoderaron del manejo del ejército para su exclusivo servicio por más de treinta años.

Se instauró un gobierno de comerciantes, de los núcleos serios, sólo interesados en fomentar la venta de los cueros y del tasajo, adversarios resueltos de toda tentativa de industrialización y de progreso que pudiera perturbar el giro de sus negocios.

La filosofía fue una de las primeras víctimas. Para concluir con los disturbios, el verdugo quemó a las 12 del día, frente al pórtico del Cabildo, las obras de Voltaire, Diderot, Volney y Raynal. En cambio se restableció la libre introducción y venta de los esclavos "por filantropía" y "para hacer sentir a los desgraciados hijos de Africa los beneficios de la civilización"<sup>38</sup>.

El plan era garantizar "el goce pacífico de las propiedades rurales" y en la enseñanza "extirpar la política extravagante que intenta deslumbrar con el oropel de una falsa civilización". Volvían al régimen colonial; maestros y alumnos debían acreditar la fervorosa adhesión a la causa nacional de la Federación y excorar las ideas originales de progreso, poco redituables. Sus secuaces declararon que había que terminar con "los hombres de bufete y pastelería" y con "los ingenieros, arquitectos, jardines de aclimatación, museos traídos por Rivadavia", sobre todo "nada de educación brillante". El programa "paternal y benéfico" del régimen rosista se redujo a cambiar cueros por cacerolas con los bergantines ingleses y cobrar derechos a los frutos del interior que pasaban por el puerto<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> "La Gaceta Mercantil", 4, 18, 28 de octubre de 1831.

<sup>39</sup> "El Diario de la Tarde", 6, 26 de marzo, 13 de julio de 1835; discurso de BALDOMERO GARCÍA del 14 de mayo de 1843, Diario de Sesiones de la



El medio influía decisivamente sobre el ambiente cultural. El Restaurador y sus partidarios pensaban que para ese comercio una educación superior era superflua y que bastaban unas pocas nociones de contabilidad para llevar las cuentas de sus operaciones. Jamás se les ocurrió pensar que era urgente mejorar las artesanías en los comienzos de la transformación industrial, la calidad de los planteles y de los pastos, que debieron ser la base de una creciente riqueza.

Rivadavia quiso gobernar con un grupo de intelectuales y planificadores, en busca de un progreso elogiable, pero que carecía de base y apoyo entre los núcleos sociales más ricos.

Rosas, en cambio, con los pies en el suelo, aplicó un programa primario y práctico, respaldado por el poderoso gremio de los hacendados. En ese ambiente, entre la pampa y el río, para esos grupos lo primero era vender cueros y lo segundo adquirir tierras y la función del gobierno debía ser proteger ese tráfico sin ilusorias ambiciones de mejoramiento y con una filosofía elemental de orden puramente pecuniario.

Representaba el ansia de orden, la paz de los bien pensantes, disgustados por las convulsiones de la Independencia. Estableció un nuevo Estado, sañudo y basto, apoyado en dos pilares: en la campaña los saladeristas, vendedores de cueros y tasajos y en la ciudad los tenderos importadores de las telas y de la quincallería, con sus turbulentos clanes de matarifes, mayordomos, peones y pulperos, rápidos con el facón y ajenos a toda preocupación metafísica. Pero unidos por intereses convergentes y el mismo espíritu de privilegio y codicia. Impuso una división en castas: los elegidos serían los comerciantes federales, los réprobos los intelectuales progresistas y los unitarios y al fondo de la sociedad quedaba la plebe y el peonaje, sin más derechos que los siervos de Siberia. Las papeletas de conchavo, que debían otorgar los hacendados a su personal, implantaron la esclavitud rural <sup>39a</sup>.

---

Sala, t. XXIX, 46; INGENIEROS, *La Restauración*, 1920, 526; LUCIO V. MANSILLA, *Rosas*, 1898, 40.

<sup>39a</sup> ECHEVERRÍA, *El Dogma Socialista*, 1940, t. II, Lectura en el Salón, 273, 283.

Las ideas pedagógicas de Rosas eran características. En unas cartas de los días 4 y 19 de enero de 1870, dirigidas a Josefa Gómez, se despachaba con indignación contra "la plebe insolente y las clases bulgares", y más tarde, el 12 de mayo de 1872, agregaba con el mismo humor: "en cuanto a las clases pobres, la educación compulsoria me parece perjudicial y tiránica"<sup>40</sup>.

Esa sociedad pastoril no había llegado aún a la etapa de la agricultura. Sin espíritu creador, desdeñaba por igual al labriego y al industrial como cosas de gringos y la producción se reducía a la explotación imprevisora y burda de la fecundidad animal, de escasa calidad.

La diplomacia británica avanzaba con firmeza. El cónsul Woodbine Parish invitó amablemente a Rosas, al general Guido, a Manuel José García y al doctor Lepper, con un grupo de caciques indios, a visitar la fragata "Lightning" y ordenó disparar una salva de 21 cañonazos para mostrar el poderío de su Graciosa Majestad.

En las elecciones de los representantes a la Legislatura Provincial del 26 de julio de 1829, el doctor Luis José de la Peña formó parte de la lista unitaria con Diego Estanislao Zavaleta, Faustino Lezica, Manuel Pinto, Manuel Insiarte, Martín Rodríguez, Valentín Gómez, Francisco de la Cruz, Valentín San Martín, Mariano Sarratea, Valentín Alsina, José León Bagnas, Roque Sáenz Peña, Pedro Somellera, Manuel Rojas, Ramón Larrea, Ignacio Núñez, Mariano Fraguero, José Pérez Mendoza, Manuel de Arroyo y Pinedo, Miguel Villegas, Miguel Soler, Mariano Andrade y Manuel Belgrano que se impuso por una mayoría de 3 mil votos contra 500 a la lista federal que reunía a Juan del Pino, Matías Irigoyen, Pedro Medrano, Pedro Perdriel, Romualdo Segurola, Manuel G. Pinto, Juan José Viamont, Marcelo Gamboa, Juan Ramón Balcarce, Gregorio Tagle, Pedro Trapani, Alvaro Barros, Justo García Valdez, Juan José Paso, José Miguel Díaz Vélez, Juan Andrés Gelly, Juan José Cernadas y Mariano Lozano<sup>40a</sup>.

<sup>40</sup> ROSAS, *Cartas del exilio*, 1853-1875, 1974, 144, 166, 170.

<sup>40a</sup> "El Tiempo", 28 y 31 de julio de 1829.

Pero Rosas no era hombre de dejarse impresionar por un contraste electoral y comenzó una violenta campaña de amenazas y ponchazos. El general Juan José Viamont debió ceder a la presión, hasta reinstalar en sus cargos a los representantes del año 28, en su mayoría dorreguistas, el 1º de diciembre.

La Joven Generación contempló con honda inquietud ese espectáculo y cómo el sector de los tenderos y saladeristas se lanzaba a la conquista del gobierno, sin capacidad para desempeñar esas difíciles tareas y sin sentido de las conveniencias sociales, sólo movidos por el viejo afán colonial de hacer fortuna por cualquier medio y a cualquier costo.

Más que productores, fueron celosos intermediarios para la compra por las provincias de los artículos de extranjería que traían los bergantines ingleses y la venta a los mismos bergantines de sus frutos locales, el famoso retorno. Corredores, barraqueros, acaparadores de onzas y prestamistas se dedicaban a un giro estrictamente fenicio. A pesar de la Revolución de Mayo, Buenos Aires fue siempre, en su fondo, una factoría colonial.

Echeverría vio el peligro que se cernía sobre el futuro del país en poder de gobernantes ineptos. "¿Se creyeron muy capaces o pensaron que eso de gobernar y dictar leyes no requiere estudios ni reflexiones y es idéntico a cualquier negocio de la vida común? La silla del poder, señores, no admite medianías, porque la ignorancia y errores de un hombre pueden hacer cejar de un siglo a una nación y sumirla en un piélago de calamidades. La ciencia del estadista debe ser completa, porque la suerte de los pueblos gravita en sus hombros." 405

Oponían el nuevo concepto del gobierno como un administrador de los intereses de los pueblos, como un servicio público, a la vieja filosofía colonial de la explotación, que sólo buscaba en el gobierno el enriquecimiento del monarca y de

405 ECHEVERRÍA, *Dogma Socialista*, t. II, 269.

sus comparsas, aplicada luego con la misma decisión por el régimen del Restaurador y más tarde por sus herederos.

Ese fue el gran dilema de la vida institucional argentina: la designación señera de los grandes funcionarios por su capacidad y honradez o la selección pampa por su filiación a la tribu, y de la elección de la primera fórmula aparecieron los grandes gobiernos que promovieron la paz y el progreso, y de la elección de la segunda los gobiernos del caos y de la miseria.

En un mundo cada día más complejo y exigente, los buenos propósitos y los arranques románticos son insuficientes para resolver los problemas técnicos y están condenados al fracaso.

Las corrientes intelectuales presionadas por los hechos, las ambiciones políticas, el vendaval de las pasiones, giraron bruscamente sobre un nuevo pivote y cambiaron de rumbo, el racionalismo de los ideólogos se transformó en una política social. Los nuevos profetas, el patético Echeverría y el visionario Alberdi debieron buscar un refugio en los países vecinos para pensar, escribir y difundir el credo de Mayo. Opuestos a una restauración, querían una regeneración <sup>41</sup>.

El doctor Luis José de la Peña, como otros sacerdotes, Valentín Gómez y Julián Segundo de Agüero, tuvieron que encerrarse en sus casas o emigrar.

Más de 600 personas salieron a escape en esos días para Montevideo. Rivadavia y Agüero se embarcaron en el bergantín "Talma" el 5 de mayo de 1829, rumbo al Havre. En septiembre pidieron sus pasaportes los generales Lavalle y Enrique Martínez y los coroneles José de Olavarría, Isidoro Suárez y Pedro José Díaz. Los generales Martín Rodríguez, Alvarez Thomas y José María de la Cruz se embarcaron para Soriano, el 19 de noviembre, conocidas "las arterias de Rosas y el espíritu de persecución que lo animaba".

Se embarcaron luego hacia la Banda Oriental toda la familia Varela, Juan Cruz y su esposa Juana López Rubio, Carmen,

<sup>41</sup> ALBERDI, *E.P.*, t. XV, 603.

Jacobo, Florencio, José Evaristo, Paula y su marido Juan Nepomuceno Madero, Vicente y Rufino, los hermanos Carril y Gallardo. Bien hicieron porque para Rosas las promesas eran "trampas para cazar tigres" y los que quedaron pronto lo comprobaron <sup>42</sup>.

El más influyente de los filósofos de esos años fue Diego Alcorta. Había nacido en 1801 y había sido discípulo del malogrado Lafinur en el Colegio de la Unión. Inició en 1823 los estudios de medicina y se recibió el 15 de agosto de 1827, con una tesis sobre "La manía aguda" y al año siguiente fue nombrado médico del Hospital de Hombres <sup>43</sup>.

Formó parte de la meritoria Sociedad Valaper con Valentín Alsina, Francisco Pico, Irineo Portela, Baldomero García, Manuel Belgrano, Ruperto Godoy, José Lagos y Pedro García.

Fue designado profesor de Filosofía de la Universidad, en reemplazo de Fernández de Agüero. En 1832 fue elegido diputado a la Legislatura Provincial, por el partido de San Isidro, y en 1833 vicerrector de la Universidad.

En 1834 renunció a la diputación y se recluyó en su casa de la calle Moreno, entre Piedras y Tacuarí. Dictaba las clases por la mañana y se dedicaba a atender los enfermos por la tarde. En el Buenos Aires de esos años, no era saludable salir de noche.

Dividió el curso de Filosofía en tres partes: la primera o Metafísica, comprendía la Psicología y la Moral; la segunda o Lógica comprendía la Gramática, y la tercera era la Retórica <sup>44</sup>.

Discípulo de Tracy y Cabanis (1757-1808), de los libros y artículos que llegaban de Francia, no hay que buscar origi-

<sup>42</sup> LÓPEZ, *Historia*, t. V, 1944, 608; DE MARÍA, *Anales*, t. I, 5.

<sup>43</sup> PAUL GROUSSAC, *Noticias biográficas del Dr. Don Diego Alcorta y examen crítico de su obra*, La Biblioteca, t. II, VII; GUTIERREZ, *Origen y desarrollo*, 77, 116, 619; INGENIEROS, *La Revolución*, 429; IBARGUREN, *Las sociedades literarias*, 127, 135; el retrato hecho a pedido de sus discípulos el año 1835 en C. H. Pellegrini. *Su obra, su vida y su tiempo*, 1946, lámina N° 29.

<sup>44</sup> GUTIERREZ, *Fragmento del curso de filosofía elemental*, 116; GROUSSAC, *Alcorta*, 1.

nalidad en sus lecciones, impropia del momento y del medio, sino un sano sentido moral.

Las tinieblas caían sobre el Río de la Plata en un largo y doloroso eclipse. El ambiente de candombes y cueros secos no se prestaba a sutiles disquisiciones metafísicas. Por eso, con buen sentido y prudencia, fue un moralista más que un filósofo y mostró cómo se podía predicar el bien en tiempos de odios y sangre, sin perder la dignidad.

Enseñaba que el progreso sólo podía lograrse a través de las buenas costumbres. "Es preciso buscar y practicar los medios para que las costumbres públicas hagan progresos análogos a los de la razón y ligar al estudio de las diversas ciencias las reglas morales que deben dirigir su uso. Entonces todas ellas servirán a la humanidad sin depravarla. Los pueblos medirán su estima por los servicios que hubiesen recibido, y entonces también la filosofía, que jamás debió ser otra cosa que la sabiduría misma, completará la dicha del género humano."<sup>45</sup>

Vicente F. López ha dejado un bello recuerdo de Alcorta. "Se había casado con la señorita Josefa Belgrano: la virtud, la modestia, la bondad y la inocencia en persona. Su marido era un amigo y compañero para nosotros; comíamos y almorzábamos en su casa y vivíamos alrededor de su persona y de su familia; hablábamos con él de todo; no tuvo hijos y nosotros éramos para él la corona doméstica y universitaria. Al retirarse de la clase sus distinguidos, como él nos llamaba, íbamos a su lado en pos de él, acompañándolo y conversando. Era costumbre diaria y tan aceptada que él mismo lo hubiera extrañado si no lo hubiéramos hecho."<sup>46</sup>

Sus discípulos recordaron sus doctrinas y sus virtudes por largo tiempo. "Cada hombre de la generación a la que pertenecemos y que ha sido educado en la Universidad de Buenos Aires, es un compromiso vivo, palpitante, elocuente del doctor Alcorta. Somos sus ideas en acción; somos la re-

<sup>45</sup> GUTIÉRREZ, *Origen y desarrollo*, 77.

<sup>46</sup> VICENTE F. LOPEZ, *Autobiografía*, La Biblioteca, 1896, t. I, 333.

producción multiplicada de su virtud patricia, de su conciencia humanitaria, de su pensamiento filosófico. Desde la cátedra él ha encendido en nuestro corazón el entusiasmo por todo lo que es grande; por el bien, por la libertad, por la justicia. Nuestros amigos que están hoy con Lavalle, que han desechado el guante blanco para tomar la espada, son el doctor Alcorta. Frías es el doctor Alcorta en el ejército; Alberdi, Gutiérrez, Irigoyen son el doctor Alcorta en la prensa de Montevideo." <sup>47</sup>

Falleció en el anochecer del 7 de enero de 1842 de un ataque al corazón, dolencia frecuente bajo el régimen del Restaurador.

Entre estos justos varones es indispensable recordar, por un imperativo deber de gratitud, a Marcos Sastre, el inolvidable huésped e inspirador de la generación de 1838, de tan fecundas simientes. Nació en Montevideo el 2 de octubre de 1808. Su familia emigró en 1817 a causa de las invasiones portuguesas a Concepción del Uruguay, el Arroyo de la China. Radicado en Buenos Aires, fundó en 1833 la "Librería Argentina" y el 22 de enero de 1835 el Gabinete de Lectura en la calle Potosí N° 72. Se mudó después a la calle Victoria 136 y el 17 de mayo de 1837 a la calle Victoria 54. Tenía 29 años cuando creó el "Salón Literario" con un grupo de estudiantes "inquietos, presumidos, holgazanes y muy aficionados a la literatura romántica", el 10 de noviembre de 1837. Patrocínó "La Moda" y en enero de 1838, ante los gruñidos de la mazorca, se vio obligado a liquidar el salón y la biblioteca. Retirado al ambiente más sedante del campo, fundó en 1842 un colegio en San Fernando; en 1850 fue nombrado Inspector General de Educación en la provincia de Entre Ríos y en 1851 director del periódico "El Federal". Después de Caseros dirigió la Escuela Normal de Buenos Aires, en 1855 fue nombrado Inspector General de Escuelas y en 1865 Director de la Escuela Normal. Escribió en 1849 la *Agnosia*, en 1858 *El Tempe Argentino* y en 1862 la *Guía del*

<sup>47</sup> MÁRMOL, *Analia*, t. I, 35.

*Preceptor*. Era miembro del Consejo Nacional de Educación al fallecer en 1887 <sup>48</sup>.

Es visible en todos estos maestros la avasallante influencia de la filosofía francesa. Sus autores, por la abundancia de libros y revistas de ese origen, la facilidad para traducir un idioma más asequible que el inglés y el alemán, la galanura y la claridad de los conceptos, su modernismo y el prestigio que los nimbaba, fueron con razón y por suerte, los guías de las nuevas generaciones del Plata <sup>49</sup>.

Esos esfuerzos, esa educación, tan loable en un medio primario y agreste, pecaba sin embargo de excesivamente literaria y verbalista, tendía con insistencia a fomentar las inclinaciones intelectuales de las nuevas generaciones, era demasiado introvertida, cuando debió volcarse al exterior, fomentar el trabajo cañaz, en las nacientes industrias y en las pampas infinitas, a crear riquezas y comodidades, bienestar para las poblaciones desvalidas, que poco lograrían con recitar los armoniosos versos del Peregrino <sup>49a</sup>.

El resultado fue que se agravaron los males de la formación colonial española: la burocracia, la ambición por los

<sup>48</sup> HÉCTOR ADOLFO CORDERO, *Marcos Sastre, el propulsor de la educación y de las letras desde Rivadavia a Sarmiento*, 1968, 29; MARCOS SASTRE, "Guía del Preceptor"; contiene varios informes sobre el estado de la educación primaria y las mejoras que reclama; el reglamento reformado de las aulas; modelo de los registros; el nuevo horario para la distribución del tiempo y las materias de la enseñanza; la dirección sobre el modo de hacer los exámenes; la aplicación del método ecléctico de caligrafía y una instrucción a los preceptores, por el Inspector General de Escuelas D. Marcos Sastre, precedido de una circular del Sr. Domingo F. Sarmiento, Jefe del Departamento de Escuelas, 1862; FÉLIX WEINBERG, *El Salón Literario de 1837*, 1977, 37, 44, 80, Universidad Nacional de La Plata; ESTEBAN ECHEVERRÍA, *Dogma Socialista*, edición crítica y documentada, prólogo de ALBERTO PALCOS, 1940, t. II, 229.

<sup>49</sup> ALBERDI, *Fragmento Preliminar*, O.C., t. I, 1886, 131. "El día que dejamos de ser colonos acabó nuestro parentesco con la España; desde la República, somos hijos de la Francia. Cambiamos la autoridad española por la autoridad francesa el día que cambiamos la esclavitud por la libertad. A la España le debemos cadenas, a la Francia libertad. Para los que están en los íntimos orígenes de nuestra regeneración, nuestras instituciones democráticas no son sino una parte de las ideas francesas. El pensamiento francés envuelve y penetra toda nuestra vida republicana"; también E.P., t. III, 361.

<sup>49a</sup> ECHEVERRÍA, O.C., t. IV, carta a Angelis, 359.



puestos honoríficos, el formulismo, el gusto de hablar antes de hacer, una literatura que no alcanzaba a menudo a captar el ambiente y el viejo virreinato privado de los grandes resortes de las iniciativas económicas, del afán de progreso material, que también era moral, se enclaustró, se dividió en sectas y capillas bizantinas, desdeñó el límite sagrado de las fronteras, la suerte de sus lejanos compatriotas "los trece miserables ranchos" y el país se contrajo y se empequeñeció cada vez más <sup>50</sup>.

<sup>50</sup> GREGORIO F. RODRÍGUEZ, *Contribución histórica y documental*, vol. I, 486, disertación de Alcorita en la sociedad Valaper sobre "La decadencia de las ciencias"; GREGORIO ARAOZ ALFARO, en su libro *Educación y política*, 1929, denuncia el exceso de doctores, 17, 123. El desdén por los trabajos manuales va señalado por Alberdi y Magnasco, como causa del atraso argentino; los Colegios Nacionales que impartían una enseñanza frívola y superficial habían degenerado en incubadoras de doctores sin empleo y debían ser substituidos por escuelas técnicas. Para educar a los pueblos a hacer cosas en vez de discursos, era indispensable eliminar la simulación de los títulos y la mistificación de los graduados, 89, que sólo ambicionaban cargos parasitarios y algunas de sus consecuencias eran el alcoholismo y la tuberculosis. En los mismos términos JOSÉ MANUEL ESTRADA, *Obras Completas*, vol. 9, 1903: "La educación común en la Provincia de Buenos Aires" denuncia el "doctorismo" como un vicio social, 332; ALFREDO L. PALACIOS, *Espíritu y técnica en la Universidad*, 1943, 32; ENRIQUE DE GANDÍA, *Las ideas políticas de Ramiro de Maeztu*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, t. XI, 1982, 75.



## CAPÍTULO II

### LA BANDA ORIENTAL

El doctor Luis J. de la Peña siguió los pasos del grupo rivadaviano y, como sus partidarios, buscó refugio en la Banda Oriental. La frontera fue a menudo la más eficaz protección institucional contra los gobiernos descarriados.

Tampoco era muy apacible el clima de las playas orientales. La Convención Preliminar de Paz, entre la Confederación y el Imperio de los Braganza, del 27 de agosto de 1828, confirmó su independencia y el 10 de diciembre se dictó la Constitución <sup>1</sup>.

El país se hallaba dividido por los partidos que acaudillaban el general José Antonio Lavalleja y el general Frutos Rivera. Por una transacción, el general José Rondeau fue llevado a la presidencia, pero sin fuerzas propias, presentó poco después su renuncia. El general Rivera, Comandante General de Campaña, se sublevó y fue nombrado presidente de la República el 24 de octubre de 1830 por cuatro años. Nombró ministros a Santiago Vázquez y a Joaquín Suárez y gobernó asediado por las intermitentes incursiones de Lavalleja.

Al finalizar el período presidencial del general Rivera, el general Oribe fue designado, con su anuencia, presidente el 1.º de marzo de 1835. Pero el general Rivera desde el cargo

<sup>1</sup> ACEVEDO, *Anales históricos del Uruguay*, t. I, 1933, 462.

de Comandante General de Campaña, conservaba las fuerzas y la popularidad. Un decreto del gobernador de la provincia de Buenos Aires, Juan Manuel de Rosas, del 4 de marzo de 1836 recargó con un 25 % los derechos sobre las mercaderías de ultramar, que hubieran sido trasbordadas en el Río de la Plata, para anular la competencia del puerto de Montevideo y fortalecer el monopolio de Buenos Aires, signo definitorio de su política y anuncio de los futuros conflictos <sup>2</sup>.

El general Oribe, molesto por las interferencias del general Rivera, buscó el apoyo del general Lavalleja, impugnó las cuentas de la administración y lo relevó de la Comandancia. El general Rivera se sublevó el 18 de julio de 1836 y el general Oribe en busca de un apoyo, se alió a Rosas. Así se inició una sangrienta campaña puramente personal por el poder, digna de condotieros, que devastó atrozmente al país por veinte años.

Los generales Rivera y Lavalle fueron vencidos por el general Oribe, en el combate de las Puntas del Arroyo Carpintería, el 19 de septiembre de 1836 y se refugiaron en el Río Grande. El 15 de junio de 1838 el general Rivera derrotó a su vez al general Ignacio Oribe en la batalla clave del Palmar y todo cambió en el Río de la Plata. El 21 de octubre de 1838 se firmó una Convención de Paz, el general Manuel Oribe renunció a la presidencia y se embarcó para Buenos Aires. Allí, alentado por Rosas, complacido de contar con este aliado, retiró su renuncia y trató de recobrar el gobierno <sup>3</sup>.

Vivían entonces 14 mil argentinos refugiados en la Banda Oriental. Montevideo, con 30 mil habitantes, se transformó en un centro de comercio y de conspiraciones; contaba con 11.344 orientales, 2.553 argentinos, 6.324 franceses, 4.205 italianos, 3.406 ingleses, 1.209 portugueses y brasileños y 1.344 africanos <sup>4</sup>.

<sup>2</sup> ANTONIO DÍAZ, *Historia política y militar de las Repúblicas del Plata*, t. III, 1877, 123.

<sup>3</sup> DÍAZ, *Historia*, t. III, 249 y t. IV, 30.

<sup>4</sup> ACEVEDO, *Anales históricos*, t. I, 473; ISIDRO DE MARÍA, *Anales de la defensa de Montevideo*, t. 1, 61.

La ciudad, edificada en el extremo de una península, disfrutaba de un excelente privilegio geográfico que le brindaba provechosas ventajas mercantiles y una reconfortante seguridad militar. Las iglesias con aire de mezquita, los aljibes y los zaguanes, las palmeras y los soldados negros le daban un aspecto levantino. Los miradores platerescos, vigías de tantas turbulencias, permitían avistar con tiempo a indios, piratas y montoneros.

La calle del Portón, su principal arteria, cruzaba la península y dividía un damero de callejuelas pobremente empedradas, que se reclinaban con sus blancas casas de adobe y cal hasta el mar. La antigua muralla española había sido derribada por imposición del Tratado de 1828 y la población rebasaba sobre la campiña.

La paz intermitente de que había disfrutado, la comodidad de su puerto más profundo y mejor abrigado que el de Buenos Aires y el tráfico marítimo le habían granjeado una extraordinaria prosperidad. Cada día surgían nuevas casas y hasta edificios de dos pisos, aumentaba la exportación de las lanas y de los cueros y la importación de telas.

Los paquetes, fragatas y bergantines ingleses, franceses y sardos, y las balandras, goletas y queches del cabotaje traían botijas de aceite de oliva y de almendras, aceitunas, algodón, aguardiente, ajeno, azúcar, agua de colonia, alpargatas, anchoas, arpilleras, bacalao, baldosas, bateas, café, caña, bramantes, carbón, cigarros, sidras, cognac, espejos, fideos, garbanzos, hilos de coser, jabón, jamones, ladrillos, lienzos, lonas, maíz, mostaza, pasas de uva, papas, piedras de afilar, porotos, quesos, sal fina, recados, muebles, pianos, ropa, botines, sombreros de pelo, suelas, tabaco, tocino y vidrio<sup>5</sup>.

Treinta saladeros trabajaban y las rentas de la Aduana seguían el mismo ritmo. Parecía Tetuán o Gibraltar; el movimiento de los barcos en la rada, el desfile de las carretas, los mayoristas genoveses y británicos, los vascos con sus boinas, los changadores indios y pardos, denotaban un emporio de pujante desarrollo.

<sup>5</sup> "El Comercio del Plata", 29 de diciembre de 1845.

En el Teatro del Comercio, la Compañía de Fernando Quijano representaba los pomposos dramas románticos y en la Iglesia Matriz las gentes de color adoraban una Virgen negra. En las tertulias los jóvenes recitaban versos melancólicos junto al piano y jugaban a la lotería de cartones. En la Fonda del Vapor se daban baños fríos, calientes y de agua-cero.

El doctor Luis J. de la Peña se radicó en el pueblo de Mercedes, situado sobre la margen izquierda del río Negro a 60 kilómetros de su desembocadura en el río Uruguay y a 320 kilómetros al norte de Montevideo y abrió una escuela. Por su ilustración fue pronto designado Cura Rector de la Iglesia. Dedicado a la enseñanza, que era su gran vocación, frecuentó menos a los rivadavianos reunidos en la capital.

Las autoridades de la Banda Oriental tenían una clara y meritoria visión del valor de la instrucción. Consideraban que las escuelas eran tan importantes como los cañones para establecer un gobierno regular. Su afán de ilustración, a través de las tormentas, contrasta con la política cerril del Restaurador, merece los mayores elogios y fueron las ideas que triunfaron al fin.

El 11 de junio de 1833 se abrió en Montevideo la "Casa de Estudios Generales" sobre la cual se fundó más tarde la Universidad. En todo el territorio, además del Colegio de los Padres Escolapios, existían 33 escuelas de varones y 12 de niñas, pero faltaban útiles, la asistencia era irregular y los maestros rara vez recibían su sueldo y carecían de seguridad. El maestro Mateo Gurruchaga fue degollado por una partida de montoneros ante la consternación de sus alumnos<sup>6</sup>.

El Restaurador, ya firmemente aliado al general Oribe, envió a la Banda Oriental al coronel Juan Correa Morales para exigirle la aplicación "de medidas vigorosas" contra "la banda feroz de conspiradores alevosos" que "pagaban el asilo con una negra ingratitude".

Pronto resolvieron extirpar a los emigrados argentinos,

<sup>6</sup> ACEVEDO, t. I, 526; VICENTE OSVALDO CUTOLO, *El aporte jurídico argentino en la cultura uruguaya (1821-1852)*, 1957, 18.

que por su parte, ante esa persecución, se aliaron al general Rivera. Al parecer se había formado una logia dirigida por el general Ignacio Álvarez que contaba entre sus afiliados al general Lavalle, los Varela, Valentín Alsina, Julián Segundo de Agüero, el doctor Luis José de la Peña, los Carril, Manuel B. Gallardo, Daniel Torres, los coroneles Olazábal, Espinoza y Álvarez Thomas en relación con las autoridades de la provincia de Corrientes y el general Santa Cruz<sup>7</sup>.

El general Oribe despachó una partida de 200 hombres para capturarlos y revisar sus casas y sus papeles, en busca de las pruebas de la conspiración. Los inculcados fueron detenidos en el mes de septiembre de 1836, llevados a la Isla de los Patos y embarcados sumariamente para Santa Catalina.

Su permanencia en tierras tropicales fue ingrata. Agüero le escribía a Florencio Varela, desde Santa Catalina, el 30 de noviembre de 1836: "Se vive a poca costa porque hay poco en que gastar. Se conocen pocas necesidades, porque siendo general la pobreza, no hay quien las procure"; y en otra carta también a Varela, del 3 de enero de 1837, le agregaba: "Si estuviéramos en la Luna, no nos encontraríamos más separados de este mundo, que lo que estamos en realidad. Que abundancia se entiende de todo género de bichos, empezando por los mosquitos y acabando por las víboras"<sup>8</sup>.

Después de dos años el general Rivera fletó una barca para repatriarlos. La "Gaceta Mercantil" del 1.º de diciembre de 1838 se lanzaba furiosa contra "la Logia de Rivadavia, Rivera, Vázquez y Agüero, pérfidos logistas unitarios, infames afrancesados" y los amenazaba con "la ira de los pueblos".

La leyenda de Rosas como un campesino sano y robusto es infundada. Enfermizo y débil, la explicación del carácter vesánico del Restaurador se encuentra en los atroces dolores que le provocaba el mal de la piedra. Le apareció en 1820 bajo la forma de una hematuria total y otras afecciones uri-

<sup>7</sup> PICCIRILLI, *Rivadavia y su tiempo*, t. II, 1943, 526; "Gaceta Mercantil", 13 de enero de 1836, 3 de noviembre de 1837.

<sup>8</sup> PICCIRILLI, *Rivadavia*, t. II, 522; GREGORIO F. RODRÍGUEZ, *Contribución histórica y documental*, t. II, 1921, 164, 165.

narias que se pronunciaron a partir de 1840, con una hinchazón de los pies, descomposturas de vientre, flojedad de la orina y abotagamiento del rostro hasta despedir unas pequeñas piedras. En 1844 el doctor Lepper le extrajo varias piedras del tamaño de un garbanzo, que se le habían incrustado en la uretra, causándole intensos dolores, una inflamación y una ligera uremia.

El doctor Lepper le recomendó, además, dividir el día en tres partes: desde las 8 de la noche hasta las 8 de la mañana para descansar, desde las 8 de la mañana hasta las 4 de la tarde para recreo y desde las 4 hasta la noche para trabajar, comer y beber grandes cantidades de agua mineral. En 1849 sufrió ataques de gota, que le afectaron las extremidades y un ojo, alarmante "en una familia aquejada por la insania" hasta que fue operado por el doctor Teodoro Álvarez entre 1848 y 1851 mediante la talla bilateral de Dupouytren, extrayéndole 5 piedras de ácido úrico, la mayor de 4,5 cm. de radio<sup>9</sup>.

En 1832 ya funcionaba la Escuela Mercantil del Tribunal del Consulado, donde se enseñaba gramática, geografía, aritmética, cambios y teneduría de libros. Bajo el gobierno del general Manuel Oribe se crearon en 1835 las cátedras de Derecho Civil, Matemáticas —que comprendía la Aritmética, Álgebra y Trigonometría—, y otra de Filosofía que abarcaba la Lógica, Metafísica, Física General y Retórica, y revelaban un espíritu más ilustrado. En 1838 el general Oribe propuso crear la Universidad Mayor de la República, que se abrió unos años después y debía comprender los departamentos de Ciencias Filosóficas, Ciencias Médicas, Jurídicas y Sagradas. Por su parte el ingeniero Monondo propuso establecer una Academia de Matemáticas, Mecánica y Construcciones que hubiera sido más útil<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> ALEJANDRO ASTRALDI, *Cálculo vesical del brigadier Juan Manuel de Rosas*, "La Semana Médica", 23 de marzo de 1964, 611; JOSE MARIA RAMOS MEJIA, *Las neurosis de los hombres célebres en la historia argentina*, 1915, lo llama "neurópata perverso", posiblemente epiléptico, 161, 208, inventó el suplicio del degüello con su refinamiento de la ejecución con serrucho o cuchillo mellado; MANSILLA, *Rozas*, 123, 133, 225.

<sup>10</sup> ACEVEDO, *Anales*, t. I, 528.



El general Rivera asumió nuevamente el gobierno en el mes de noviembre y fue elegido presidente el 1º de marzo de 1839. Derrotó al general Echagüe, gobernador de la provincia de Entre Ríos, el 29 de diciembre de 1839, en la batalla de Cagancha y se afirmó en el poder.

Las ideas también envejecían; las corrientes filosóficas, en un mundo que se transformaba, con el advenimiento de la burguesía, cambiaban; concluía la tercera ola, la dictadura de los ideólogos, y aparecían nuevos profetas más preocupados por los problemas económicos y la organización social que planteaban los hechos; el naciente maquinismo, el talentoso Saint Simon (1760-1825), Jouffroy (1796-1842), el noveloso Leroux (1797-1871) y Lerminier (1803-1857) con otro tono y otros planes.

En el año 1837 Esteban Echeverría definió en Buenos Aires la postura intelectual, el historicismo social de la nueva generación, fiel a la tradición de Mayo. Separados nítidamente del grupo unitario exponía enfáticamente una doctrina americana de libertad, progreso y democracia, querían una regeneración y no una restauración. Fue una revolución intelectual que transformó los proyectos y las metas para lanzar la juventud por nuevos cauces <sup>11</sup>.

Alberdi puntualizó en varios artículos que publicó en "El Nacional" del mes de noviembre de 1838, cuál debía ser la filosofía concreta de los hijos del Plata, los deberes del hombre americano hacia el pueblo y hacia la humanidad y que su tarea fundamental, más constructiva que teórica, era levantar una república civilizada en los desiertos bravíos por medio del injerto de las poblaciones europeas y de la libertad <sup>12</sup>.

La escuela del doctor Luis José de la Peña en la ciudad de Mercedes contaba con 55 alumnos. Su programa com-

<sup>11</sup> ECHEVERRÍA, *Obras Completas*, 1873, t. IV; *Ojeada retrospectiva*, 1; *Dogma Socialista*, 109; *Mayo y la enseñanza popular en el Río de la Plata*, 205; ECHEVERRÍA, *Dogma Socialista*, edición 1940 de la Universidad Nacional de La Plata; ALBERDI, *Certamen Poético*, O.C., t. II, 59.

<sup>12</sup> ALBERDI, E.P., t. I, 520, t. XIII, 117, 124, 130; t. XV, 603, 611; INGENIEROS, *La Restauración*, 628, 675, "la metafísica del pueblo".

prendía en la primera sección la lectura, escritura, aritmética, gramática castellana, religión y moral, y en la segunda sección geografía histórica, política, dibujo, francés, aritmética aplicada al comercio, el álgebra, la geometría necesaria a los agrimensores, la trigonometría y física de uso general <sup>13</sup>.

Entre las escuelas particulares de Montevideo se destacaban las que dirigían Juana Manso para las niñas y Juan Manuel Bonifaz para varones. En el Colegio de los Padres Escolapios se enseñaba desde las primeras letras hasta el cálculo mercantil, la gramática castellana, la teneduría de libros, las matemáticas, el latín, la retórica, la filosofía, el francés, el inglés, el italiano, el griego, el dibujo, la geografía, la música y la taquigrafía y en el Colegio de Humanidades, dirigido por Antonio R. Vargas, la filosofía, la física, la economía política, las matemáticas, la geografía universal, la gramática castellana, el latín, el dibujo, el francés, el piano y la esgrima.

El mismo año se inauguró la Academia de Jurisprudencia Teórica y Práctica. El reglamento declaraba socios a todos los abogados recibidos y prescribía que nadie podía ejercer la abogacía sin tener título y tres años de práctica. Gabriel Ocampo ocupaba la presidencia, Francisco Solano de Antuña era vicepresidente, Miguel Cané censor, Cándido Juanicó secretario y Florentino Castellanos fiscal. Angel Medina desempeñaba la dirección y eran profesores de Teología José Benito Lamas y de Filosofía Alejo Villegas.

Por un decreto se resolvió que serían admitidos como alumnos todos aquellos postulantes que hubieran obtenido el título de abogado en las repúblicas sudamericanas y que serían matriculados sin otra formalidad que la exhibición de sus títulos, para fortalecer la unidad continental y eliminar toda clase de restricciones en el ejercicio de la inteligencia. En 1843 trabajaban, en medio de la natural escasez, 17 abogados con estudio abierto y 28 médicos diplomados <sup>14</sup>.

Las ideas perseguidas en Buenos Aires florecían lozanas en Montevideo. El Certamen Poético del 25 de mayo de 1841,

<sup>13</sup> ACEVEDO, *Anales*, t. II, 54, 55.

<sup>14</sup> ACEVEDO, *Anales*, t. II, 163.

con sus vates de largas capas y corbatines negros, fue otro pivote en la cultura del Río de la Plata y con Juan María Gutiérrez, Rivera Indarte y José Mármol, puntualizaron el triunfo del romanticismo en sus dos márgenes, otro espíritu y otra sensibilidad.

Aniquilada la resistencia de las provincias del interior en las batallas de Quebracho Herrado el 28 de noviembre de 1840 y Famaillá el 19 de septiembre de 1841, el Restaurador se preparó para exterminar los últimos focos de disidencia, destruir la competencia que hacía el puerto de Montevideo al puerto de Buenos Aires e imponer definitivamente el monopolio de la Aduana porteña en todo el Plata <sup>15</sup>.

Pero el 15 de julio de 1842 se había firmado en Montevideo un Tratado de Comercio entre Inglaterra y la Banda Oriental, negociado por el ministro John N. Mandeville y Francisco Antonio Vidal, que desbarató ese proyecto. La política inglesa en el Río de la Plata era simple y constante: apoyaba al servicial gobierno de Rosas en Buenos Aires y defendía enfrente la independencia de Montevideo, para comerciar con el puerto que le ofreciera mayores ventajas.

Esa diplomacia se desenvolvía con su habitual flexibilidad. Rosas era "un hombre admirable" en Buenos Aires y "un caníbal" en Montevideo. En los templos protestantes de Buenos Aires se rogaba por la salud de la reina Victoria y del gran Rosas con la misma devoción. El Restaurador, impávido, hacía cargar luto a los vecinos cada vez que fallecía un príncipe británico.

El ejército de Oribe chocó con el ejército del general Rivera en las Puntas del Arroyo Grande, el 6 de diciembre de 1842 y después de un combate bastante reñido lo dispersó. La noticia llegó a Montevideo el 11 de diciembre, la impresión fue de pavor, la ciudad desguarnecida parecía indefensa. Muchos se precipitaron a la rada en busca de embarcaciones para el Brasil <sup>15a</sup>.

<sup>15</sup> ACEVEDO, *Anales*, t. I, 467.

<sup>15a</sup> PABLO SANTOS MUÑOZ, *Años de lucha (1841-1845)*, Urquiza y la política del Litoral rioplatense, 1973, 97.

Pero la suposición de que Inglaterra y Francia permitirían que el general Oribe pasara a degüello a 6.000 colonos franceses y 3.000 comerciantes ingleses y arrasara las empresas y almacenes de Samuel Lafone, Mac Farlane, Drable, Nicholson, Duguid, Gowland, Black, Hughes y Nixon era absurda. Los agentes ingleses y franceses convencieron a las autoridades que resistieran. Melchor Pacheco y Obes fue nombrado ministro de Guerra, Santiago Vázquez de Gobierno y Andrés Lamas jefe político.

Providencialmente el general Paz había llegado unos días antes y el gobierno y el pueblo lo aclamaron jefe de la plaza, con el título de General del Ejército de Reserva <sup>16</sup>.

La ciudad se convirtió en un vasto campamento militar. El general Paz, con la ayuda del general Tomás Iriarte y Juan María Gutiérrez, dispuso que se levantaran los parapetos de la antigua muralla española, desde la playa de la Aguada hasta el Cementerio Central. Se arrancaron los viejos cañones que servían de postes, se artillaron los torreones y se acumularon pertrechos. Se liberaron los esclavos para formar los batallones de Infantería, destinados al servicio de la patria. Se organizó una Legión Francesa, mandada por el coronel Thiebaut, y otra italiana mandada por Garibaldi, que flameaba una bandera negra, con el Vesubio pintado en el medio.

Los ministros de Inglaterra y Francia enviaron una nota, el 16 de diciembre, a Rosas y le intimaron que cesara su campaña de exterminio en bien de la humanidad y de los súbditos británicos y franceses residentes en el país.

El general Oribe avanzó a media rienda, el 16 de febrero llegó al Cerrito de la Victoria y a las 2 de la tarde saludó a la ciudad con 21 cañonazos; esperaba un triunfal recibo. Se topó en cambio con los bastiones sólidamente artillados; el general Rivera había sublevado a la campaña y los barcos ingleses y franceses apostaron la marinería para reforzar las tropas locales <sup>17</sup>.

<sup>16</sup> SANTOS MUÑOZ, *Años de lucha*, 131; DÍAZ, *Historia*, t. V, 328.

<sup>17</sup> DÍAZ, *Historia*, t. VI, 115.

El comodoro J. B. Purvis, "de lenguaje grosero", afirmaba en los salones que no dejaría entrar al general Oribe. Prohibió a las tropas del Restaurador que bombardearan la ciudad, colocó dos fragatas al costado de los bergantines del almirante Brown y lo amenazó con colgarlo de un mástil por pirata, si molestaba el paso de los barcos.

Por su parte, Rosas prohibió a su vez al general Oribe que tentara el asalto de la ciudad: temía que si fracasaba se desmoronase su frente oriental y si tenía éxito que se agrandara demasiado <sup>18</sup>.

Al tercer día de iniciado el sitio, el ambiente estaba tan tranquilo que para festejar el aniversario de la batalla de Ituzaingó se iluminaron las calles. Las fuerzas del mal habían alcanzado su pleamar, los límites que ya no pasarían; la civilización estaba salvada.

Los ingleses apostaron en la rada 10 barcos mayores con 1.600 tripulantes y 38 bocas de fuego y los franceses 16 barcos con 2.230 hombres y 282 piezas de artillería. Las fragatas, bergantines y cañoneras Vernon, Rattler, Firebrand, Raleigh, Cormorant, Spyder, Rifleman, Devastation, Dauphin, Fulton, Seagull, Grondeur, Griffon, Pandour, Entreprenant, Triomphant, Alouette, Tactique, Mutine, Expeditive y Erigone protegían el puerto con las escotillas abiertas y los cañones cargados.

En las troneras de la muralla se alineaban 8 mil soldados, tantos como los que mandaba el general Oribe en el Cerrito; 160 cañones protegían la línea interna y el general Rivera en la campaña hostigaba el difícil aprovisionamiento del ejército federal. Hubo meses en que el general Oribe pasó de sitiador a sitiado.

En ese conflicto no se trataba de dilucidar las virtudes de uno y otro bando, sino de impedir que media población fuera pasada a cuchillo y la otra mitad saqueada, los derechos ani-

<sup>18</sup> DIAZ, *Historia*, t. VI, 3; carta de Rosas a Oribe del 18 de febrero de 1843, se oponía al asalto porque podía alentar a los extranjeros "con patrañas".

quilados y el comercio de los ingleses, franceses y sardos destruido, "la gente de copete degollada".

La nueva Troya de los miradores, de las rumorosas y tristes campanas, de los faroles de aceite y de los versos románticos fue por nueve años el refugio de las ilusiones de los exiliados y de la cultura en el Río de la Plata.

La Sociedad Filantrópica de las Damas Orientales se hizo cargo del hospital y del cuidado de los heridos; por primera vez se usó el éter para las amputaciones. Aparecieron el cloroformo, los daguerrotipos, los folletines de Alejandro Dumas, el sulfato de quinina, la zarzaparrilla de Bristol y la moda del magnetismo. Los dentistas Pedro Bourse, Feliciano Capafons y Leoncio Majen prometían extraer dientes sin dolor y colocar en su lugar otros transparentes.

Se reunían por las tardes en largas veladas nostálgicas en las casas de Andrés Lamas, Santiago Vázquez, Melchor Pacheco y Obes y Julián Segundo de Agüero, trazaban planes militares y diplomáticos, buscaban descubrir los caudillos capaces de levantarse en las provincias en busca de orden y paz. Los coloquios se prolongaban en las tardes grises y monótonas, comentaban las noticias incompletas y tardías, se animaban con nuevas ilusiones pronto desvanecidas, los contrastes y las zozobras.

El gran ejemplo de los viejos rivadavianos y de los afiliados de la Joven Argentina fue haber conservado una fe inquebrantable en la justicia de su causa y en el triunfo final de sus ideas, a pesar de las sobrecogedoras amenazas de los puñales y de las sórdidas tentaciones del Restaurador.

No cedieron ni siquiera cuando las derrotas parecían aventar todas las esperanzas, cuando el cielo se cerraba, se teñía de rojo y ninguna luz brillaba en el horizonte. Afrontaron el exilio, la pobreza, la separación de sus familias, sin vacilar, porque estaban seguros de las virtudes de su bandera y que sólo sus principios, el Dogma de Mayo, podía encauzar la Confederación en el camino de la paz y del progreso.

Los hechos probaron en el devenir de los años que las buenas doctrinas tienen siempre una alta probabilidad de

triunfar y triunfan sobre los ensoberbecidos acólitos de Moloch. En la historia, como en los cuentos de hadas, generalmente los buenos terminan por vencer.

Inglaterra proseguía su política mercantil y los marinos franceses se indignaban porque nada podían hacer contra el Buenos Aires del Restaurador y de Mandeville. Renacía la calma y el gusto por el estudio, por la filosofía, entre el lejano estampido de los cañones; vivanderos y rondines ofrecían pasteles y paseaban por la muralla a la vista del invasor.

El 24 de febrero de 1843 Joaquín Suárez, presidente del Senado en ejercicio del Poder Ejecutivo, en ausencia del general Rivera, abrió las sesiones de la Asamblea. Luego de dar cuenta del panorama militar, anunció que Rivera "ese hombre extraordinario, ese varón fuerte cuyo genio se eleva con nuevo vigor en medio de los reveses", dejaría a los pocos días la presidencia por fenecer el plazo constitucional, pero que conservaría el mando del ejército, "porque nadie como él contaba con la confianza del soldado y la esperanza del ciudadano".

La Cámara de Diputados, en una minuta redactada por el doctor Luis José de la Peña y Manuel Herrera y Obes, expresaba que no había podido oír sin emoción "el próximo descenso del ilustre y benemérito Brigadier General Don Fructuoso Rivera de la Presidencia de la República. Los relevantes y envidiables servicios prestados a su patria en treinta años de fatigosa e incesante lucha y las distinguidas cualidades que lo caracterizan, harían que la Cámara mirase aquel acontecimiento como una calamidad pública, si a la cabeza de ese valiente y virtuoso ejército que con tanta bizarría mantiene incólumes los derechos y prerrogativas de la Nación, el General Rivera no fuera siempre el hombre de sus esperanzas".

El 1º de marzo la Asamblea resolvió suspender la elección del presidente de la República, hasta que el ejército invasor fuera expulsado del territorio patrio y mantener al frente del Poder Ejecutivo a Joaquín Suárez y éste designó ministros a Santiago Vázquez, Andrés Lamas y Melchor Pacheco y Obes.

Se creó una escuela, dirigida por Fulgencio José Muñoz,

para los hijos de los exiliados que llegó a contar con 360 alumnos, dado que era indispensable educar a la juventud a fin de que no reaparecieran las calamidades de la colonia, imputadas a la falta de ilustración. El coronel Pacheco se proponía fundar otra escuela para los hijos de los militares que enseñaría primeras letras, educación moral, gramática castellana, francés, dibujo y matemáticas. "Es ante nuestras lanzas que caerá el yugo del extranjero, es ante el brillo de la ilustración y del poder de la educación popular que caerán las aspiraciones individuales, que esconderán su frente los caudillos y se alzarán sólo poderosa la ley, para asegurar a la patria prosperidad, libertad y gloria."<sup>19</sup>

Por iniciativa de Andrés Bamas se fundó en el mes de mayo de 1843 el Instituto Histórico y Geográfico para el Estudio de la Historia, de la Geografía y de la Estadística en el Río de la Plata, que se inauguró oficialmente un año después.

Bamas justificaba lúcidamente la creación del Instituto. "Estas regiones no han sido estudiadas en ningún sentido: todo está por explorar y la Europa poco más sabe de ella que merezca apreciarse que lo que han dicho Azara y D'Orbigny. El misterio que envuelve nuestra naturaleza es común a nuestra historia, generalmente desconocida hasta de gran parte de los hijos de estas regiones. Promover el gusto por estos estudios; conocer y valorar las condiciones geográficas de nuestros países, los destinos a que ellas lo llaman; organizar su estadística, sin cuyo pleno conocimiento es imposible establecer bases sólidas de ningún sistema de administración y de renta: son los primordiales objetos del Instituto. Formar un depósito de manuscritos, libros, mapas pertenecientes a la historia antigua y moderna de estas regiones, es otro de sus encargos. Si el establecimiento echa raíces, podrá más adelante abrir alguna cátedra, donde la historia y los principios de la administración puedan ser aplicados sobre bases y datos nacionales", y agregaba: "la reunión de todos los hombres de letras que tenga el país, llamados a despojarse

<sup>19</sup> ACEVEDO, *Anales*, t. II, 54, 231.



en las puertas del Instituto de sus prevenciones y colores políticos para entrar a él a ocuparse tranquilamente en objetos de interés común y permanente, empezará por aproximarlos y acabará también por nivelar las opiniones y reunir las en el centro de la utilidad y la gloria de esta patria, en que tanto noble, bello y útil puede ejecutarse. La creación del Instituto será para todos una prueba de las miras civilizadoras del gobierno, que se empeña en echar los fundamentos de grandes edificios sociales, cuando todo conspira a minar los elementos de la sociedad”<sup>20</sup>.

También a principios de 1844 el doctor Martín de Moussy, cirujano mayor de la Legión Francesa, instaló un Observatorio Meteorológico con el propósito de recoger y publicar datos sobre el aspecto del cielo, los vientos reinantes, la cantidad de agua caída en los días de lluvia y sobre la máxima y mínima de la temperatura.

Echeverría debió pronunciar un discurso en el teatro, para la festividad del 25 de mayo de 1844, bajo el título de “Mayo y la enseñanza popular en el Plata”, en los días en que se oían “silbar las balas de los apóstatas”, pero impedido de hablar por su salud envió el texto al ministro de Hacienda Andrés Lamas.

Señalaba que la Revolución de Mayo era la fuente prístina de la historia revolucionaria del Plata y encerraba el principio de moralidad que nacía de la colisión inevitable entre las ideas de Mayo progresistas y democráticas y las ideas coloniales retrógradas y contrarrevolucionarias. El principio o la nueva fuerza motriz de Mayo debía tener por base la educación, las costumbres y la inteligencia de todos, sin las cuales no podía triunfar. Era la única forma de lograr la regeneración social de los pueblos, en nombre de la fraternidad, la igualdad y la libertad de cada uno de los miembros de la asociación política. Si algunos hombres habían visto la Revolución como una verdadera rebelión, otros habían tratado de explotarla en su provecho y en manos del Restaurador

<sup>20</sup> ACEVEDO, *Anales*, t. II, 237.

representaba la infame contrarrevolución de los intereses. Era pues necesario luchar para hacer desaparecer la tiranía, el caudillaje y el predominio de las fuerzas brutales y que los más capaces pudieran recuperar la iniciativa social e imponer el orden, la ley y la libertad<sup>21</sup>.

Los partidarios de Mayo no debían afligirse ni desesperar por el destino de la patria, porque aun cuando sucumbieran una o dos generaciones, ése era el precio que habría que pagar para lograr una catarsis social. La obra sería lenta y exigiría una inflexible constancia, pero no faltaban razones nobles, para cumplirlas bajo la protección de Dios. No habría salud, porvenir feliz ni progreso verdadero en estos países, sin la educación del pueblo, para encaminarlo hacia la democracia que debía ser la bandera, el símbolo, la religión social de los hombres de inteligencia en las orillas del Plata.

El 27 de marzo de 1845 el general Urquiza derrotó definitivamente al general Rivera en la batalla de India Muerta y éste se refugió en Río de Janeiro. Su influencia concluyó; volvió a Montevideo en 1847, provocó nuevos disturbios, hasta que el gobierno lo desterró otra vez a Río de Janeiro y desapareció como factor personalista de intranquilidad<sup>22</sup>.

En 1845 el doctor Luis José de la Peña actuaba como diputado en la Asamblea General. Formó parte de la Comisión Militar con Juan Zufriategui, Gregorio Conde y Matías Tort y el 25 de mayo aconsejaron otorgar distintos premios "a los heroicos defensores de la Independencia"<sup>23</sup>.

En Buenos Aires, bajo la férula de la reacción, decaía cada vez más el nivel de la enseñanza. "El personal docente era elegido por el gobierno, como sus empleados de oficina y sin capacidad profesional, jamás ejercida antes, ni justificada con libros escritos sobre la materia, le era conferida al candidato por colación canónica del gobernante, dispensador de las gracias y dones del Espíritu Santo. La ciencia estaba paralizada,

<sup>21</sup> ECHEVERRÍA, *O.C.*, t. IV, 204 y con ligeras variantes 412.

<sup>22</sup> DÍAZ, *Historia*, t. VII, 272; t. VIII, 137.

<sup>23</sup> DE MARIA, *Anales*, t. II, 220, 286; SEPTEMBRINO E. PEREDA, *Los extranjeros en la guerra grande*, 1904, 242.

dogmatizada y personificada en una sola persona sin competencia intelectual, la enseñanza era memorista y el saber inflado de retórica tropical, sin frutos ni aromas científicos de pensamiento propio o creación intelectual. No había un solo libro sobre principios cardinales del orden social y político, ni sobre sociología argentina, reveladora de los males y sus remedios, ni sobre la ciencia del estado, su misión, derechos y obligaciones del gobernante y gobernado.”<sup>24</sup>

La posición de las clases bajas era lastimosa. “El pobre pueblo ha sufrido todas las fatigas y trabajos de la revolución, todos los desastres y miserias de la guerra civil y nada, absolutamente nada, han hecho nuestros gobiernos y nuestros sabios por su bienestar y educación. Pero, ¿cuándo nuestros gobiernos, nuestros legisladores se han acordado del pueblo, de los pobres? ¿Cuándo han echado una mirada compasiva a su miseria, a sus necesidades, a su ignorancia, a sus industrias? Nada, absolutamente nada han hecho por él y antes al contrario, parecen haberse propuesto tratarlo como un enjambre de siervos. Los habitantes de nuestra campaña han sido robados, saqueados, se les ha hecho matar por millares en la guerra civil.”<sup>25</sup>

La política interprovincial cambiaba, los tratados de Alcaraz, pasados entre el general Urquiza y el gobernador de Corrientes, Joaquín Madariaga, el 18 de agosto de 1846, alentó esperanzados rumores.

La nueva generación, los románticos, consagraban el valor de las personas y del pensamiento como factores del progreso cultural y económico, protestaban contra los excesos del régimen del Restaurador, los pueblos no debían ser enrolados en un carnaval sangriento por los caudillos y los grandes hacendados, ni tratados como carne de cañón para satisfacer sus afanes de prepotencia y cupidez.

El 19 de septiembre Echeverría le escribía al general Urquiza. “Nos asiste el convencimiento que nadie en la Repù-

<sup>24</sup> JOSÉ F. LÓPEZ, *Memorias*, 14, 23.

<sup>25</sup> *Dogma Socialista*, 163, 202, 273, 283.

blica Argentina está en situación más ventajosa que V.E. para ponerse al frente de ese partido nacional y para promover con suceso la fraternidad de todos los argentinos y la pacificación de nuestras tierras.”<sup>26</sup>

Echeverría preparó además un *Manual de Enseñanza Moral para las escuelas primarias del Estado Oriental* que publicó ese año. Sostenía que era indispensable examinar cuál era el método más apropiado para la enseñanza, porque el sistema mutuo o Lancaster, era incipiente y originaba gastos y fatigas inútiles, de tal manera que era necesario reemplazarlo por otro más científico. En la misma forma debía reformarse la enseñanza moral porque era particularmente delicada para la vida y la felicidad de la patria<sup>27</sup>.

Acusaba a los planes de la Universidad de Buenos Aires de haber dado preferencia a cursos que iban a colmar de médicos y abogados al país, con graves inconvenientes. Era en cambio indispensable dignificar las profesiones industriales y estimular el trabajo que era el secreto del prestigio y de la riqueza de las grandes naciones europeas.

Era también urgente rehabilitar la tradición de Mayo escarnecida por el Restaurador, porque engendraba los principios básicos del credo social, del progreso y de la democracia. La causa inicial de los desórdenes era que el pueblo ignoraba el significado y el valor de las palabras patria, libertad, igualdad, fraternidad, sufragio y no tenía noción de los deberes del hombre y del ciudadano.

Había que relegar las normas especulativas y exóticas y concentrarse en el conocimiento concreto y vivo de las necesidades del país, para lo cual era necesaria la formación de un plantel de maestros capaces que propendieran a la rege-

<sup>26</sup> DE MARIA, *Anales*, t. IV, 222; MAYER, *Alberdi*, t. I, 1973, 439; carta de Manuel Tomás de Anchorena a Rosas del 28 de septiembre de 1846 previniéndole contra el general Urquiza, Archivo Nacional, Sala X, 27-8-3; carta de Rosas a Vicente González del 19 de enero de 1847, calificaba al general Urquiza de “atrevido, insubordinado, infatuado, pérfido, traidor”, Archivo Nacional, Sala X, Secretaría de Rosas, 22-10-6.

<sup>27</sup> ECHEVERRÍA, *O.C.*, t. IV, 328, “El Comercio del Plata” del 5 de octubre de 1846 anunciaba que se podía obtener en la librería del señor Hernández junto con el *Dogma Socialista*.

neración de los pueblos y a la transformación saludable de las costumbres; había que formar buenas madres, para tener buenos hijos, buenos ciudadanos y tener así patria.

El *Manual* se hallaba dividido en una Introducción y seis capítulos. La Introducción comprendía los títulos de Dios, las leyes divinas y morales. El capítulo primero comprendía los deberes del ciudadano para consigo mismo, el cuidado del cuerpo, el alma como principio de la vida intelectual y moral, las pasiones, el trabajo, el valor de la perseverancia y del honor. El capítulo segundo señalaba los deberes para el prójimo, el amor y la caridad hacia los semejantes. El capítulo tercero los deberes para con la familia. El capítulo cuarto los deberes para con la patria, su culto, el significado de Mayo y la independencia, la trinidad democrática que encerraba la libertad, la igualdad y la fraternidad, y después del resumen del capítulo quinto, el capítulo sexto se refería a la moral política. "No habrá moralidad en el hombre público, si ha traicionado la causa de la Patria, o sacrificado sus intereses a sus pasiones egoístas. No habrá moralidad si desertare de su bandera para alistarse en la de sus enemigos. No habrá moralidad si ha servido indistintamente en las filas de todos los partidos. No habrá moralidad si ha abusado del poder para tiranizar y concusionar. No habrá moralidad si sólo se ha preocupado de su glorificación y provecho personal. No habrá moralidad si en vez de dar justicia a todos, ha vendido sus favores prodigándolos a sus favoritos y lacayos." <sup>28</sup>

Otro capítulo comprendía los deberes hacia la humanidad. "Jesucristo, revclador de la ley divina de la fraternidad de los hombres, proclamó la identidad y la unidad de la familia humana, cuyos vínculos se han ido estrechando de siglo en siglo, cuyo progreso incesante está entrañando el santo principio de la fraternidad." <sup>29</sup>

Finalmente otro capítulo sobre la perfección moral cerraba el *Manual*, destinado a orientar las nuevas generaciones, a

<sup>28</sup> ECHEVERRÍA, O.C., t. IV, 403.

<sup>29</sup> ECHEVERRÍA, O.C., t. IV, 406.

modernizar la política de las Repúblicas del Plata y a difundir los principios y ventajas de la virtud, el trabajo y la paz.

Juan Manuel de la Sota, director de la Escuela del Cordón, publicó un *Catecismo de geografía e historia de la República Oriental*. Al rendir los exámenes de 1846, todo el ejército formó en traje de parada, entre la línea interior y exterior, como un homenaje a la juventud que se hallaba destinada a regir la suerte de la República, después de su liberación.

Francisco Acuña de Figueroa compuso cuatro cantos religiosos, destinados a las escuelas públicas, que fueron enviados con otras composiciones similares al papa Pío IX y éste les contestó en forma muy expresiva, con votos para el restablecimiento de la paz en la Banda Oriental<sup>30</sup>.

El Colegio Oriental de José Manuel Bonifaz enseñaba letras, escritura, gramática, aritmética, doctrina cristiana, teneduría de libros, matemáticas, los idiomas francés, inglés, italiano y latín, baile, música y caligrafía, en la calle de las Cámaras N° 36 y se comprometía a enseñar a escribir en 20 lecciones.

Camilo Rance y Eulalia M. de Rance establecieron un colegio español para señoritas, en la calle 25 de Mayo 239. También abrieron sus aulas el Colegio Francés de Puyfourcat y el Colegio de Humanidades de los padres jesuitas Vargas, Mendoza y Cabré que enseñaban lectura, escritura, aritmética, doctrina cristiana, teneduría de libros, filosofía, matemáticas y latín.

La vida era en esos meses más difícil a causa del bloqueo y la reducción de las entradas de la Aduana y así se establecieron los estancos del pan, el carbón y la sal.

Un nuevo conflicto exhibió la naturaleza y los fines de la política del Restaurador: un convoy de 95 barcos que navegaban hacia la provincia de Corrientes para llevar algunas mercaderías depositadas en el puerto de Montevideo y traer de retorno las cosechas de tabaco, algodón, cueros y yerba que se podrían en las barracas de esa provincia, fueron inter-

<sup>30</sup> ACEVEDO, *Anales*, t. II, 240.

ceptados por las fuerzas aduaneras del Restaurador en la Vuelta de Obligado, el 20 de noviembre de 1845.

El convoy logró forzar el paso y el edecán Manuel Corvalán dirigió desde Santos Lugares una furiosa nota al Comandante del Departamento del Norte, general Lucio Mansilla, el 26 de noviembre, trasmitiéndole la orden de Rosas para que capturara los dispersos del Batallón 1º de Patricios por "asquerosos, biles e inmundos desertores" y fusilase a los oficiales, sargentos y cabos y uno de cada siete soldados "por su negra y escandalosa cobardía". El general Mansilla le informó a Corvalán, desde el Tonclero el 9 de diciembre, que había fusilado 68 individuos "que han pagado con su inmunda sangre la infame desertión que cometieron"<sup>31</sup>.

Esa fue la recompensa que recibieron los "héroes de Obligado" de manos del Restaurador, el cual se cuidó muy bien de asomarse a menos de 400 kilómetros de la línea de fuego.

La política del Plata había llegado, por obra de fuerzas contrapuestas que se anulaban recíprocamente, a un estado de casi inmovilidad. Las fragatas inglesas y francesas ancladas en el río imponían una tregua naval y sus oficiales eran festejados con banquetes y bailes.

El Restaurador continuaba con la mano del general Oribe su guerra fiscal, bloqueaba el puerto de Montevideo y reforzaba el monopolio de la Aduana porteña. Francia sostenía la plaza e impedía que sus paisanos fueran degollados. Inglaterra defendía en la ribera oriental a Montevideo y a los comerciantes ingleses y en la ribera occidental amparaba a Rosas, para conservar las dos puertas de su tráfico abiertas.

Ni Rosas podía apoderarse de Montevideo, custodiada por la marinería francesa, ni Francia podía proceder eficazmente contra Rosas protegido por Inglaterra. Las misiones del ministro Mandeville y del conde Alejandro de Lurde, del caballero William Gore Oussley y del barón Antoine Louis Defaudis y del conde Walesky, de Robert Gore y del barón Juan

<sup>31</sup> Archivo Nacional, Sala X, 22-10-6, Secretaría de Rosas 1844-1849.

Bautista Gros se sucedían y se perdían en un fárrago de mensajes y roncerías <sup>31a</sup>.

Felipe Arana, marrullero y confiado en la protección inglesa, se deleitaba en redactar notas interminables, "il tue comme un condottiere et il argote comme une procureur". Los franceses invocaban las garantías convenidas en el tratado Mackau y exigían al Restaurador que cesara una guerra "de tribus salvajes"; las atrocidades que perpetraban sus sicarios "sublevaban el alma". Los ingleses con su doble juego impedían a los franceses que bloquearan definitivamente las costas de la provincia de Buenos Aires. La protección inglesa hacia Rosas se ejercía sin recato, "el gobierno de Inglaterra fue su padrino y amparo para baldón de una política mercantil, basada en el egoísmo de las jarras de loza".

Los comerciantes ingleses radicados en Buenos Aires presentaron un memorial a lord Aberdeen, donde atestiguaban que Rosas les otorgaba "la más amplia, generosa y eficaz protección". "Ser inglés, qué pichincha era entonces", observaba con asombro un sobrino del Restaurador <sup>32</sup>.

Rosas entregó a Inglaterra, su mejor cliente, el dominio de la economía y de los resortes de la producción en el Río de la Plata; ni con el general Beresford, en el caso de haber triunfado, hubiera logrado tanto.

Cautivo de un determinismo económico y local, en su cabeza no podía nacer otro pensamiento que vender cueros a buen precio y su educación colonial no le mostraba horizontes más elevados. Era pues natural que esperara más del apoyo inglés que del desenvolvimiento de las corrientes de trabajo y cultura de los pueblos de la Confederación y la idea de progreso le era totalmente ajena. Fue el autor de la deformación económica del país, de la codiciosa política del embudo, en detrimento de las provincias y del futuro adelanto.

Echeverría publicó en 1846 la nueva edición del Dogma Socialista de la Asociación de Mayo, precedido por una *Ojeada*

<sup>31a</sup> SANTOS MUNOZ, *Años de lucha*, 167, 174, 182, 281.

<sup>32</sup> MAYER, *Alberdi y su tiempo*, t. I, 462; MANSILLA, *Mis Memorias*, 1904, 83.



*Retrospectiva del Movimiento Intelectual en el Río de la Plata desde el año 1837.*

Fijaba definitivamente y con claridad la postura y los proyectos de la nueva generación, frente a la reacción de "especuladores y egoístas" que encabezaba el Restaurador y reivindicaba como lo había hecho Alberdi en la *Memoria descriptiva sobre Tucumán* en el año 1834, los principios fundamentales de la Revolución de Mayo, raíz y guía de los exiliados. "Queríamos echar en nuestra sociedad dilacerada y fraccionada en bandos enemigos, un principio nuevo de concordia, de unidad y de regeneración. Queríamos, en suma, levantar la tradición de Mayo a la altura de una tradición viva, grandiosa, imperecedera que, a través de los tiempos y de las revoluciones, brillase siempre como la estrella de esperanza y de salvación de la Patria. Eso mismo queremos hoy; y por ese interés, más grande que cualquier otro, volveremos a mortificar vuestras nimias susceptibilidades." <sup>32a</sup>

La nueva filosofía de los jóvenes de 1837 "señalados por el dedo de Dios" se arraigaba en el Plata y sería el hilo conductor de las grandes reformas que se emprendieron a partir del año 1852, para sacar al país del estado selvático y colonial y transformarlo en un Estado culto y moderno.

La validez de los regímenes políticos, cualquiera que sea su naturaleza, sólo es confirmada, por su capacidad, para fomentar el bienestar de los pueblos. El acierto es su único título consistente. El carácter de su origen es incidental y precario; los ejemplos son elocuentes. El 3 de agosto de 1821 el general San Martín asumió el gobierno militar del Perú con el título de Protector y su administración fue excelente. Rosas obtuvo la casi unanimidad de los votos en el célebre plebiscito del 26 de marzo de 1835 y el resultado fue horrible.

La administración del presidente Suárez creó en el mes de septiembre de 1847, un Instituto de Instrucción Pública, con amplias atribuciones, que comprendía tanto la instruc-

<sup>32a</sup> ECHEVERRÍA, O.C., t. IV, 1, 95, 206.

ción primaria como la superior. En el mismo decreto nombró a Mariano Castellanos, Andrés Lamas, Cándido Juanicó, Fermín Ferreira, al doctor Luis José de la Peña y Esteban Echeverría miembros del Instituto. Manuel Herrera y Obes, ministro de Gobierno, fue designado presidente, vice el doctor Luis José de la Peña y José G. Palomeque, secretario <sup>33</sup>.

El doctor Luis José de la Peña presentó al Instituto un folleto titulado *Elementos de Lectura*, destinado a la enseñanza primaria. Su primera parte comprendía un silabario dividido en una serie progresiva de 20 lecciones. Observaba que si los niños aprendían rápidamente a repetir el nombre de las letras, pasaba mucho tiempo antes de que llegaran a conocer su significado y para ayudarlos elegía el nombre de algunas aves o cuadrúpedos, cuyas figuras colocadas antes de las letras, fijaban la atención del niño y las grababan en su memoria <sup>34</sup>.

La segunda parte comprendía 25 lecciones que eran otros tantos ejercicios de lectura. Estaban calculadas para que el niño recibiera las primeras nociones de instrucción moral y religiosa, puesto que en la educación escolar lo esencial era fomentar el desarrollo del sentimiento de lo Divino, de lo Justo, de lo Bueno, o sea las nociones de Dios, la Justicia y el Deber, y si la educación moral y religiosa comenzaba en el hogar, era indispensable fortalecerla en la escuela <sup>35</sup>.

El Instituto de Instrucción Pública consultó a Echeverría sobre el valor de la obra. Éste, en el informe del 27 de noviembre de 1847, declaró que el método del doctor Luis José de la Peña había pasado por una larga prueba y aplicado con inteligente perseverancia había producido muy buenos resultados. Además como libro de lectura reunía los mejores materiales que se conocían en el país, como eran los extractos del *Catecismo* de Pouget, de la *Imitación de Cristo* y de los *Deberes* de Silvo Pellico para la instrucción moral y religiosa

<sup>33</sup> ECHEVERRÍA, *O.C.*, t. V, XCII; ACEVEDO, *Anales*, t. II, 235.

<sup>34</sup> ECHEVERRÍA, *O.C.*, t. V, 388.

<sup>35</sup> ECHEVERRÍA, *O.C.*, t. V, 290.

de los niños y aun de los adultos y de sus familias, por lo que aconsejaba su aprobación<sup>36</sup>.

"El Comercio del Plata", del 12 de febrero de 1848, anunció que el Instituto de Instrucción Pública había adoptado en las escuelas del Estado el libro de enseñanza primaria presentado por el doctor Luis José de la Peña, director del Gimnasio Nacional, para el desarrollo progresivo de la inteligencia en la primera época de la vida y le daba las gracias por el servicio que había hecho al país.

Echeverría coincidía con el doctor Luis José de la Peña en otro estudio titulado *Objeto y fines de la instrucción pública*, donde recalca la importancia del problema. Denunciaba que se había incurrido hasta entonces en un grave error al entender que bastaba abrir escuelas y universidades para cubrir las necesidades del pueblo, porque la instrucción propagada sin un fin social, sin una mira de moralidad y sociabilidad, lejos de ser útil podía ser perniciosa, hasta extraviar los ánimos, relajar las costumbres, fomentar el egoísmo, sofocar las virtudes cívicas y sembrar en las mentes de las nuevas generaciones los principios del desorden y de una perpetua anarquía<sup>37</sup>.

Afirmaba que la mayor parte de los males que sufría la República Argentina nacían del defectuoso sistema de instrucción pública, impuesto en el Buenos Aires de los años 21 al 27. Los gobernantes de esa época habían olvidado que la misión del Estado no era sólo instruir, sino instruir con una mira de moralidad y progreso, condiciones imperativas en países nuevos, recién emancipados, que para ser libres debían pasar por una profunda transformación social.

Insistía en que la instrucción pública era el resorte principal de la prosperidad de los Estados y sólo por ese medio se podía mejorar y consolidar las instituciones. Naturalmente que estaba influida por los acontecimientos políticos de su tiempo. En Francia, el país de la Europa donde la civiliza-

<sup>36</sup> ECHEVERRÍA, O.C., t. V, 386, 390, 393; "El Comercio del Plata", 22 de febrero de 1848.

<sup>37</sup> ECHEVERRÍA, O.C., t. V, 394.

ción se había desarrollado del modo más sistemático y regular, las instituciones de enseñanza fueron marcadas, en el año 1793, con el sello republicano, porque era necesario que la Francia como república educase a sus hijos en las nuevas ideas y les inculcase desde la escuela los principios de su nuevo modo de ser. Después Napoleón rectificó las normas pedagógicas para ajustarlas a las exigencias de su despotismo y a sus miras dinásticas y esa orientación fue otra vez modificada en los años de la Restauración, para proteger las prerrogativas de los Borbones<sup>38</sup>.

En el Plata, donde los vecinos aspiraban a disfrutar de las instituciones republicanas, era indispensable utilizar las escuelas para estimular su desarrollo. Por eso, para que las instituciones pedagógicas fuera eficaces y se armonizaran con ese fin, debían ser principalmente prácticas y no artificiales o intrascendentes. En las ciudades la instrucción debía ser industrial, mercantil y hasta cierto punto científica, porque ningún país podía prosperar si los hombres llamados a dirigirlo carecían de las luces necesarias<sup>38a</sup>.

La situación internacional se agravaba. Lord Howden, deseoso de fomentar el comercio inglés en Buenos Aires y confiado en que Montevideo, protegido por la escuadra francesa no caería, retiró sus barcos el 15 de julio de 1847, "en Buenos Aires había hambre y sed de comodidades inglesas"<sup>39</sup>.

El flujo de las ideas era constante y diverso, las corrientes filosóficas nacidas en Europa habían pasado por varias etapas; luego de la Escolástica colonial aparecieron los matemáticos Gassendi y Descartes, Locke y Montesquieu, después Rousseau, Diderot y Raynal que sirvieron de instrumento para romper el yugo de los Borbones. Más tarde los ideólogos Condorcet, Bentham y Tracy que inspiraron los primeros ensayos constitucionales, hasta que aparecieron los nuevos profetas: el conde de Saint Simon (1760-1825), Benjamín Constant (1767-1830), La Mennais (1782-1843) y Pierre Leroux

38 ECHEVERRÍA, *O.C.*, t. V, 395.

38a ECHEVERRÍA, *Segunda Lectura, O.C.*, t. V, 342.

39 ACEVEDO, *Anales*, t. II, 305.

(1797-1871), los estadistas de la Restauración que avanzaban arrolladores y personificaban las grandes necesidades económicas, la revolución industrial, los anhelos de progreso y bienestar en extensas capas de la sociedad.

"El Comercio del Plata" del 8 de julio de 1847, anunció la apertura del Gimnasio, establecido en la antigua Casa de Ejercicios de la calle Sarandí 74 esquina Maciel, bajo la dirección del doctor Luis José de la Peña y del presbítero Carlos Palomar.

La enseñanza se dividía en dos cursos, el primero de enseñanza primaria elemental y el segundo de enseñanza superior. El primer curso se dividía a su vez en dos secciones: la primera sección abrazaba el estudio de la doctrina cristiana, lectura, escritura, gramática y aritmética, introducción a la geografía y a la constitución oriental. La segunda sección comprendía la aplicación de la aritmética al comercio, geometría, astronomía, física, mecánica y gramática. El segundo curso comprendía la enseñanza superior cuyo programa se prometía anunciar más adelante.

El Gimnasio Nacional abrió el 9 de marzo de 1848 el curso de los estudios preparatorios para las profesiones científicas y las clases de latín, inglés y dibujo que servirían de base para las carreras profesionales, un curso de filosofía y otro de matemáticas<sup>40</sup>.

El éxito del Gimnasio fue tan grande que a principios de 1849 contaba con más de 200 alumnos y en 1850 con más de 240, a tal punto que el gobierno resolvió reorganizarlo bajo el nombre de Colegio Nacional y hacerse cargo de los gastos<sup>41</sup>.

El doctor Luis José de la Peña en el carácter de vicepresidente y José G. Palomeque de secretario del Instituto de Instrucción Pública, presentaron el 6 de marzo al secretario de Estado en el Departamento de Gobierno y Relaciones Exteriores Manuel Herrera y Obes, el proyecto de la constitución provisoria del Instituto con los fines de mejorar, infor-

<sup>40</sup> "El Comercio del Plata", 26 de febrero de 1848, 41.

<sup>41</sup> ACEVEDO, *Anales*, t. II, 234.

mar y difundir la enseñanza primaria, fijar las materias que debía comprender, inspeccionar las escuelas públicas y privadas, determinar las calidades que debían reunir los que aspiraran al título de preceptores y las condiciones a que debían sujetarse para que valieran como curso oficial los estudios científicos y literarios, realizados en establecimientos particulares, hasta dictar el reglamento para la instrucción primaria <sup>42</sup>.

La enseñanza primaria era libre, pero sujeta a la inspección del Instituto. Los profesores debían acreditar moralidad de costumbres y la aprobación, previo examen por el Instituto, de las materias comprendidas en la licencia.

Los alumnos del Gimnasio se presentaron en público, en el patio de la Casa de Gobierno, a rendir los exámenes correspondientes a los cursos de filosofía, psicología, lógica, matemáticas, aritmética, álgebra, idiomas y dibujo <sup>43</sup>.

La función, realizada por una numerosa concurrencia y presidida por el ministro de Gobierno Manuel Herrera y Obes, duró cuatro horas y media. Fue "un gran día para el país". El doctor Luis José de la Peña en su discurso dijo: "En presencia de los jóvenes a quienes hace 20 años impulsaba en el sendero del saber, dirigiendo sus primeros pasos en él y que hoy presiden los destinos del país y de la ciencia, volviendo sobre mí mismo el estímulo recibido para estimularme a comunicarlo todavía a una nueva generación, que ha venido a cambiar las relaciones existentes, no puedo menos que decir que este solo momento reúne mi pasado con mi porvenir y resume mi vida entera".

Se anunciaba la aparición del *Avellaneda* de Echeverría y la *Nueva Troya* de Alejandro Dumas, Arsene Isabelle se ofrecía para dar lecciones de francés, aritmética y teneduría de libros, las ideas siempre ágiles reanimaban a los sitiados <sup>44</sup>.

Cuando aún no se había aplacado la indignación causada por el asesinato de Florencio Varela, una nueva noticia estre-

<sup>42</sup> "El Comercio del Plata", 20 de marzo de 1848.

<sup>43</sup> "El Comercio del Plata", 20 de julio de 1848.

<sup>44</sup> "El Comercio del Plata", 16 de enero de 1850.

menció al pueblo. El 18 de agosto el Restaurador había hecho fusilar en el campamento de Santos Lugares, sin justificativo legal alguno, a Camila O'Gorman y al padre Uladislao Gutiérrez. El repudio fue unánime, sublevó contra Rosas la indignación de sus mismos parciales. Se sospechó que buscaba reanimar la impresión algo lánguida del pasado terrorismo. Pero sus efectos fueron contraproducentes; los tiempos habían cambiado y mostró a los vecinos que podían ser alcanzados en cualquier momento por el capricho del desacordado Restaurador<sup>45</sup>.

Al inaugurarse el 4 de julio de 1849 la Universidad, en presencia del presidente Joaquín Suárez, del ministro de Gobierno Herrera y Obes, del vicario apostólico y del rector de la Universidad, el alumno Lucas Herrera pronunció un discurso y el joven Octavio Pico recitó unos versos de Echegarriá. El ministro de Gobierno entregó al rector del Colegio Nacional, el doctor Luis José de la Peña, una medalla de plata para que la destinara al alumno de mayores méritos<sup>46</sup>.

De acuerdo con la nueva organización, el Instituto de Instrucción Pública pasó a formar parte de la Universidad. Esta abarcaba la enseñanza primaria, la secundaria y la científica bajo la dirección de un rector y de un Consejo formado por los catedráticos y los miembros fundadores del Instituto. La enseñanza secundaria comprendía el latín, el francés, el inglés, los estudios comerciales, la ciencia físico-matemática, la filosofía, la retórica, la historia nacional y los principios de la Constitución. La científica debía abarcar la Facultad de Ciencias Naturales que incluía las matemáticas trascendentales, el dibujo, la agricultura, la botánica, la química, la navegación y la arquitectura. La Facultad de Medicina enseñaba cirugía y farmacia y las Facultades de Teología y de Jurisprudencia cátedras de Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho de Gentes y Economía Política.

Se notaba un considerable adelanto sobre los planes ante-

<sup>45</sup> "El Comercio del Plata", 23 y 27 de agosto, 12, 13 y 14 de diciembre de 1848; DÍAZ, *Historia*, t. VIII, 197, 303.

<sup>46</sup> "El Comercio del Plata", 24 de julio de 1849.

riores, se daba una mayor importancia a las disciplinas técnicas y prácticas, que necesitaba la sociedad rioplatense, sobre las disciplinas puramente teóricas. Se adiestraba a las nuevas generaciones para los trabajos positivos de la producción agropecuaria y sólo puede notarse la falta de una cátedra de Ingeniería, que tanto hubiera podido impulsar el desarrollo de los oficios y de las artesanías.

Echeverría, el doctor Luis José de la Peña y los maestros de la época percibieron claramente la conveniencia de difundir la educación técnica como base de la implantación de las industrias que necesitaba el país para su progreso, pero carecían de medios gubernativos y de capitales para imponer un cambio tan profundo, y el espíritu del Restaurador y de sus epígonos, empeñados en canjear cueros por cacerolas, era demasiado fuerte y su herencia se prolongaría por muchos años. Los traficantes de aldea y los intereses creados detuvieron las corrientes renovadoras, las iniciativas privadas que debían ser el motor de las grandes transformaciones sociales y económicas. Como los indios que canjaban barras de plata por cuentas de vidrio, nada veían más allá del Arroyo del Medio y las vacas mandaban.

Pero no era posible detener el ímpetu de las ideas con diques de lanzas y facones, ni sofocar el afán de bienestar y adelanto del país. En la provincia de Entre Ríos el general Justo José de Urquiza lanzó su gran pronunciamiento al fundar el Colegio del Uruguay para elevar el nivel cultural del Plata, que marcó otro rumbo y tenía como consecuencia irremediable la caída del Restaurador de las Leyes.

Proyectó, desde 1848, la organización de un colegio universitario que debía educar las nuevas generaciones y brindar nuevos cauces a la sociabilidad. Se comenzó a construir un edificio apropiado a estos fines y el establecimiento fue formalmente inaugurado el 28 de julio de 1849<sup>47</sup>.

Fueron sus primeros y más destacados maestros Lorenzo

<sup>47</sup> MARTÍN RUIZ MORENO, *El general Urquiza en la instrucción pública*, 1910, 65; JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *El juicio del siglo*, 170; BEATRIZ BOSCH, *El Colegio del Uruguay*, 1949.



Jordana, el presbítero Manuel María Errausquín, Alberto Larroque, Carlos Sourigues y el médico belga Adolfo E. Ackermann.

Los alumnos se levantaban al toque de la campana a las 5 y media para escuchar misa. Vestían levita, pantalón de paño azul fino, chaleco punzó y sombrero negro de felpa. El gobierno proveía los muebles y los utensilios, la ropa de uso personal y de cama, el calzado, el lavado y planchado, los alimentos y los cuidados médicos.

Inicialmente los estudios comprendían la gramática (análisis, analogía, sintaxis, prosodia y ortografía), la latinidad por el Nebrija, la geografía universal y la religión por el catecismo de Astete y más tarde se agregaron los cursos de matemáticas, álgebra, geometría, psicología, química y comercio, francés e inglés, derecho civil y derecho canónico.

Allí se incubó el espíritu revolucionario. El 13 de abril de 1851 Juan Francisco Seguí, al recibir los nuevos alumnos, les anunciaba: "Representáis el alba de toda una época, la del orden, la del saber, la de la libertad. Sois el exordio de una historia brillante, la del reinado de las instituciones".

El prestigio docente del doctor Luis José de la Peña era cada vez mayor. Seguí creyó que era el candidato con mejores títulos para el cargo de rector del Colegio. El coronel José Miguel Galán le escribió al general Urquiza el 22 de noviembre de 1848: "Considero muy importante activar la venida del Dr. Peña", pero el doctor Luis José de la Peña desconfió que en algún momento, por obra de los compromisos políticos, el general Urquiza pudiera entregarlo al Restaurador<sup>48</sup>.

Las técnicas mecánicas relegaban al barroquismo colonial: en Buenos Aires, Walker and Harris instalaron una fábrica de peinetas; Tomas Halsey abría una galería de retratos al daguerrotipo y una sociedad filarmónica ofrecía conciertos; se inauguraba la cervecería de Leydell y la Escuela Mercantil de la calle Venezuela daba lecciones de inglés y contabilidad.

En contraste, los cambios monetarios se debatían en el

<sup>48</sup> RUIZ MORENO, *El general Urquiza*, 35, 135.

caos: el puerto de Buenos Aires, como siempre, monopolizaba las onzas, la plata fuerte, las libras esterlinas y las emisiones de papel del Restaurador; en las provincias se utilizaba la moneda de Güemes, la federal, las piezas de cobre y los cuartillos, toda clase de chafalonías, billetes, vales y contraseñas de los pulperos y hacendados, para ventaja de los grandes comerciantes y en perjuicio del país.

En la Escuela del Cordón, que funcionaba en 1850 bajo la dirección del presbítero Carlos Palomar, el presidente de la mesa examinadora, doctor Luis José de la Peña, al clausurar los exámenes, hizo el elogio de los militares que contribuían con su peculio al sostén de los cursos. "Los jefes del ejército han comprendido bien que las causas que la República apoya es una causa de principios, es la causa de su independencia y de su libertad. Ellos saben que estos grandes objetos no se pueden conservar si no son ayudados y garantidos por el poder moral que da el saber, por la fuerza intelectual de la educación del pueblo. Así proteger su educación, difundir en él conocimientos útiles, es concurrir a la defensa de la causa de la República, es contribuir al triunfo que le preparan sus hijos y sus heroicos defensores."<sup>49</sup>

Entre todos estos sucesos, el doctor Luis José de la Peña dictaba el curso de filosofía, en el Gimnasio y luego en la Universidad de 1849 hasta 1852 con creciente prestigio<sup>50</sup>.

El clima en Montevideo se volvía por momentos angustioso. Después de la retirada de la escuadra inglesa, los franceses desalentados vacilaban. El almirante Le Predour presentó un proyecto de tratado de paz, en el que se proponía la entrega de la presidencia al general Oribe y una amnistía general, que difícilmente sería respetada.

Con las lanzas en el pecho, el gobierno, alarmado, envió a Andrés Lamas a Río de Janeiro para obtener la protección de las fuerzas imperiales<sup>51</sup>. El precio fue subido: debió ce-

<sup>49</sup> CÚTOLO, *El aporte jurídico argentino*, 33.

<sup>50</sup> CÚTOLO, *El aporte jurídico argentino*, 42.

<sup>51</sup> DE MARÍA, *Anales*, t. IV, 161, 212, 227; ACEVEDO, *Anales*, t. II, 309, 316, 345, 380; PEREDA, *Los extranjeros*, 104.

der a un Imperio, astuto y ventajero, una vasta franja de las tierras que le habían sido adjudicadas a la Banda Oriental por el Tratado de San Ildefonso de 1777, "hasta el dominio exclusivo de la laguna Merim y del río Yaguarón, los territorios desde el Chuy, Puntas del Palmar e India Muerta", "fue una terrible amputación"<sup>52</sup>.

Es equivocado buscar en estos pedagogos doctrinas originales o innovaciones técnicas; su rol y su fin eran distintos, abrevados en los textos que les llegaban de Europa, particularmente de Francia. Por la facilidad del idioma y la claridad de las ideas, comprendieron que su deber era más modesto pero más importante para los países del Plata. Consistía en difundir ideas buenas y progresistas, educar las nuevas generaciones en la ingrata tarea de elevar el nivel moral del país y así sin pretender pasar por eruditos o sabios, fueron apóstoles que sembraron las mieses, que germinarían con vigor y lozanía, hasta llegar al Centenario de las esperanzas infinitas.

Dos graves fallas afectaban el progreso de la sociedad platense: la primera era su deformación intelectual, de claro origen colonial, la inclinación por los cargos oficiales y las carreras llamadas liberales, la abogacía, las letras y el periodismo y un sentimentalismo grotesco, paralelo a su desdén por las profesiones técnicas, la ingeniería, las ciencias agropecuarias, las industrias, el trabajo manual "que manchaba las manos", en un país que tanto necesitaba aumentar sus rebaños, explotar sus campos, sus minas y sus bosques; y la segunda, la ley del embudo, el monopolio aduanero, comercial y financiero del puerto, que esquilma las provincias, desequilibraba el país e impedía su progreso armónico<sup>53</sup>.

Esas fallas que todavía subsisten, con los mismos beneficiarios y las mismas víctimas, son las fuentes de los males actuales y el país no progresará hasta que no sean corregidas

<sup>52</sup> ACEVEDO, *Anales*, t. II, 328, 441; JORGE M. MAYER, *La política de los Braganza en el Río de la Plata*, 41; "El Comercio del Plata", 12 y 13 de diciembre de 1851.

<sup>53</sup> JORGE M. MAYER, *El problema de la capital, pasado, presente y futuro*, *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, t. 11, 1973, 47.

y la instrucción universitaria se vuelva más técnica y celosa de los valores éticos irrenunciables.

El doctor Luis José de la Peña participó en Montevideo en los trabajos de las logias: fue un dirigente del "Gran Oriente de la Confederación Argentina", más tarde actuó en la organización de la logia "Confraternidad Argentina N° 2" de Buenos Aires y el 20 de junio de 1858 el "Supremo Consejo del Uruguay" le otorgó el grado 33<sup>54</sup>.

En la hora más oscura surgió de pronto la resplandeciente luz de la esperanza. El gobierno de la provincia de Entre Ríos, separado del Restaurador por graves antagonismos comerciales, estaba por pronunciarse. La conjunción de las ideas y de las fuerzas económicas es siempre decisiva y todavía no se ha encontrado un gobierno que pudiera resistirla.

La conciencia de los daños que causaban al país el Restaurador y el general Oribe, los caudillos y sus compadres, era abrumadora. Habían dilapidado las fuerzas cívicas en una tarea tétrica de mutua destrucción, en vez de utilizarlas para promover el bienestar general; habían empapado de sangre las ciudades y los campos; incendiado las casas y las cosechas; despojado a los vecinos y sacrificado una generación entera, al servicio de sus esquizofrénicas ambiciones; habían arruinado la Confederación y paralizado su progreso por más de 20 años.

Luego de Echeverría, el ministro de Relaciones Exteriores Francisco Magariños inició nuevas gestiones. El juego de los intereses cambiaba y unía a las provincias de Entre Ríos, Corrientes y la Banda Oriental contra el monopolio comercial de Buenos Aires. Las ideas sutiles, impalpables, avanzaban incontenibles, cambiaba el panorama, los deseos de los pueblos, hasta en su familia el Restaurador era considerado como "un loco"<sup>55</sup>.

Por más que los gobiernos traten de seducir o impresionar a los pueblos, siempre conservan en su intimidad el ins-

<sup>54</sup> ALCIBIADES LAPPAS, *La masonería en la Argentina*, 1966, 309.

<sup>55</sup> LUCIO V. MANSILLA, *Los siete platos de arroz con leche en "Entre-nos, causeries del jueves"*, t. I, 1889, 119.

tinto de la justicia y de las altas conveniencias sociales, que no se deja pervertir y temprano o tarde, reaccionan con fuerza imponente.

La Logia Jorge Washington, los emisarios Antonio Cuyás y Sampere, Francisco Etchenique, Florencio Muñoz y Benito Chain iban y venían de Montevideo a Concepción<sup>56</sup>. El Imperio de los Braganza, molesto a causa del saqueo de las estancias de Río Grande por las partidas del general Oribe y ansioso de proseguir su expansión hacia el sur, estaba también dispuesto a proceder contra el Restaurador, preferentemente por manos ajenas<sup>57</sup>.

Desaparecían los grandes personajes de la pasada generación: el 17 de agosto de 1850 el general San Martín, olvidado por el Restaurador, y poco después el ex rey Luis Felipe de Francia<sup>58</sup>.

El 20 de enero de 1851 moría de tuberculosis en Montevideo Esteban Echeverría, el profeta de la nueva generación, a los 45 años cuando ya asomaba la aurora de la libertad. Ante una dolorida concurrencia se oficiaron los funerales en la Iglesia Matriz. Asistieron los miembros del Instituto de Instrucción Pública, presididos por el ministro de Gobierno Manuel Herrera y Obes, con un lazo de seda negra en el brazo izquierdo<sup>59</sup>.

Rosas y su truculento régimen de los candombes, bufones y cintajos habían envejecido y eran flagrantemente contrarios a los intereses de la Cuenca del Plata.

Las protestas de las provincias crecían. El general Paz en una carta dirigida desde Río de Janeiro a Domingo de Oro, el 22 de junio de 1851, ponía al desnudo la causa básica y persistente de los conflictos, que dividía y dividiría al país

<sup>56</sup> Carta de Magariños a Rosas del 8 de noviembre de 1846; DÍAZ, *Historia*, t. VII, 321; "El Comercio del Plata", 16 de noviembre, 3 de diciembre de 1850.

<sup>57</sup> "El Comercio del Plata", 21 de enero de 1851.

<sup>58</sup> "El Federal Entrerriano", 6 de enero; "El Comercio del Plata", 8 de enero de 1848.

<sup>59</sup> W. H. HUDSON, *Far away and long ago*, 1935, capítulo VIII, 17; ECHEVERRÍA, O.C., t. V, CXLIX.

por muchos años. "No me he engañado con respecto a las provincias internas de nuestra República. Las he considerado y considero como un cadáver, al que, sin embargo, debemos esforzarnos en restituir la vida. Su aniquilamiento ha sido la obra calculada de Rosas, a la que ha ayudado prodigiosamente la ignorancia de los pueblos y la ambición de los caudillos que las dominan... He oído decir a los hijos de Buenos Aires, para probar que las rentas de su Aduana les pertenecen exclusivamente, que todo lo deben a su situación, añadiendo que los provincianos del interior que quieran venir a su mercado lo hagan, y los que no, vayan a otra parte."

Pero en ese clima de sangre e intereses mercantiles, Rosas ofreció involuntariamente al país, con sus desafueros, una gran lección: hizo que se destacara el valor inmarcesible de la libertad, de la cultura, de la tolerancia política y paradójicamente contribuyó, por contraste, más que nadie, al adelanto de los estudios constitucionales.

El diario "La Regeneración" anunció que el año 1851 sería el de la Organización. El jueves 1º de mayo de 1851 marcó el advenimiento de la nueva era, de nuevos proyectos y de grandes esperanzas. A las 4 de la mañana vibraron los clarines del campamento de San José y los escuadrones avanzaron al trote hacia la ciudad de Concepción del Uruguay. Poco después de las 12 las tropas formaron en la plaza Ramírez frente al general Urquiza rodeado de su Estado Mayor y de los jefes correntinos y orientales Eugenio Garzón, Benjamín Virasoro, Manuel Urdinarrain, Manuel Basavilbaso, Calixto Arredondo, Ricardo López Jordán, Crispín Velázquez, Manuel Palavecino y Apolinario Almada. El sol brillaba sobre las banderolas celestes y redoblaban los tambores. El pregonero se adelantó al centro de la plaza y leyó la proclama para anunciar que la provincia de Entre Ríos reasumía sus derechos. Terminada la lectura, las charangas entonaron el Himno y la artillería apostada en la acera disparó una salva.

El público aclamó con entusiasmo a "las bayonetas inteligentes", el rompimiento en el que se veía el fin del vasallaje económico y de los odios insanos. A los gritos de "olvi-

do y fraternidad" vivaban al general Urquiza y a los generales Benjamín Virasoro y Eugenio Garzón, que encabezaban la alianza contra "el tirano de los pueblos del Plata". Los bronces alegraron los corazones y encendían nuevos sueños de paz, trabajo y libertad <sup>60</sup>.

Al llegar a Montevideo la noticia del pronunciamiento, el júbilo fue inmenso. El 24 de mayo, a las 8 de la noche, se celebró una gran serenata patriótica en la Universidad nacional, totalmente iluminada. Flameaban en las azoteas los pabellones orientales, argentinos, entrerrianos, correntinos y brasileños, y el cuerpo de música ejecutó algunas piezas escogidas.

En el salón se había preparado un abundante refresco. La mesa fue presidida por el general Enrique Martínez, rodeado por el doctor Luis José de la Peña, José Luis Bustamante, José Gabriel Palomeque, Francisco Acuña de Figueroa, Hilario Ascasubi y Fermín Ferreira (hijo). Figueroa improvisó unos versos en honor a la bandera argentina. Se entonaron los himnos argentino y oriental y la "Marcha a la Lidia" hasta llegar a la casa del presidente de la República Joaquín Suárez. Luego siguieron hasta la casa del ministro de Gobierno Manuel Herrera y Obes, donde el doctor Luis José de la Peña pronunció un discurso. "Sin separarse jamás del sendero trazado por los héroes de Mayo, la Providencia quiere concedernos que sea uno de éstos que coloque sobre la sien de la Patria la doble corona de la paz y del triunfo de las instituciones. Las generaciones que se sucederán tributarán a V.E. su homenaje y consagrarán su nombre entre los ciudadanos que han merecido gloria y honor."

Las damas orientales arrojaban flores desde los balcones y azoteas, con vivas al general Urquiza, al general Garzón, al general Virasoro y a la República de Francia y condenas a los tiranos del Plata. Los festejos se prolongaron con un inmenso entusiasmo hasta las dos de la mañana.

El 29 de mayo Herrera y Obes por la Banda Oriental, Silva Ponte por el Imperio y Cuyás y Sampere por la pro-

<sup>60</sup> DÍAZ, *Historia*, t. VIII, 346.

vincia de Entre Ríos, firmaron el Tratado de la Alianza contra el Restaurador. El 5 de julio de 1851, la Comisión de Legislación de la Asamblea de Notables formada por el doctor Luis José de la Peña, José Luis Bustamante, José Encarnación de Zas y Hermenegildo Solanas, aconsejó aprobar los pactos <sup>61</sup>.

Colaborador de los planes tendientes a la organización nacional, el doctor Luis José de la Peña viajó el 17 de junio en compañía de Manuel Herrera y Obes, los coroneles Venancio Flores, José María Pirán, Hilario Ascasubi y Antonio Cuyás y Sampere para conferenciar con el general Urquiza en Concepción.

Los gobiernos han suscitado las insurrecciones más a menudo que sus opositores, en dos formas distintas: la primera cuando violan las normas institucionales que están obligados a cumplir y han caído por su propia insensatez en el abismo de la ilegalidad, y la segunda cuando no han tenido la capacidad suficiente para lograr el bienestar de los pueblos que es su único justificativo valedero, como sucedió bajo el régimen del Restaurador, es decir cuando trasgreden los principios que son su pedestal, tan bien enunciados por el Preámbulo constitucional.

Las facultades de los gobiernos bajo un régimen constitucional están estrictamente circunscriptas y sometidas a un fin de conveniencia general del cual no pueden apartarse. Por supuesto que ese régimen es intrínsecamente incompatible con el "spoils system", que tanto auge ha tenido en algunas democracias enfermas, con graves perjuicios para los ciudadanos. Es además genuinamente elitista, Echeverría dixit, porque trata de elevar al servicio del país a las personas más "idóneas", las más capaces, sin distinción de origen o banderías, ya que es el único procedimiento posible para fomentar eficazmente el difícil progreso de los pueblos.

El ejército del general Oribe se desbandó, sus soldados no querían combatir, esas banderas sólo significaban la opresión y la miseria, las ideas eran otra vez más fuertes que las lanzas.

<sup>61</sup> ACEVEDO, *Anales*, t. II, 335, 346; PEREDA, *Los extranjeros*, 175.



Los diplomáticos ingleses hicieron todo lo posible para socorrer al Restaurador, "su caída afectaría a los más altos intereses de los residentes británicos". El 8 de octubre la corbeta Tweed trasladó a Buenos Aires a los coroneles Mariano Maza, Ramón Bustos, Gerónimo Costa, Pedro Ramos, Juan Isidro Quesada y otros 47 oficiales<sup>62</sup>.

El 25 de diciembre, el doctor Luis José de la Peña fue nombrado senador suplente de Francisco Araucho, por el departamento de Soriano.

Los ingleses, siempre consecuentes, fondearon el 1º de febrero de 1852 el Locoust frente a Palermo y comenzaron a cargar los petates del "Héroe Americano".

<sup>62</sup> "El Comercio del Plata", 29, 30 de agosto y 5, 23 de octubre de 1851; ACEVEDO, *Anales*, t. II, 343.



## CAPÍTULO III

### LA DIPLOMACIA

El 3 de febrero de 1852 resonó el furioso tronar de los caballos y el canto de los clarines que celebraban la victoria de Caseros. Concluía un ciclo de bochorno y se abría otro de esperanzas ilimitadas. Tal había sido la ineptitud del Restaurador, el descontento tan íntimo y general, que la mayoría de los jefes de su ejército estaban pasados. En la mesa del general Pacheco los oficiales brindaban en alto por el general Urquiza. En las paredes de los salones, después de los bailes en homenaje a Rosas, manos desconocidas anunciaban: "No bailaremos con gusto, hasta que llegue Don Justo".

Las ideas de la Joven Argentina habían triunfado. El general Pacheco fue uno de los tramoyistas de la derrota, paralizó el movimiento de las tropas y sembró el desconcierto en las filas. El general Mansilla abandonó la ciudad indefensa. Los soldados, al entregarse, mostraban las cartucheras intactas y en el choque de 60 mil hombres, los caídos no pasaron de 300, los más sacrificados innecesariamente en El Palomar. El general Urquiza dio la orden de escatimar a los dispersos; "no maten" ordenaba a los jefes, pero las tropas vencidas se vengaban de sus oficiales degollándolos. Rosas, incapaz de conducir un ejército, fue el primero en abandonar el campo de batalla "en alas del miedo" y tan apurado fue el galope hacia la casa del ministro inglés que, en una rodada, sufrió la única herida de su vida <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> HUDSON, *Far away and long ago*, 117, "El Diario de la Tarde", 6 de febrero de 1852.

El programa gubernativo del canje de cueros por cacero-  
las, para beneficio de los pequeños sectores oficiales, fue sus-  
tituido por un fervoroso plan de organización nacional, de  
paz y progreso para todos. El infame culto del odio fue des-  
plazado por el culto de la fraternidad entre los argentinos.  
Los valores morales se volvieron a imponer a la prepotencia  
y a la venalidad, en un pendular restablecimiento del equili-  
brio vital. Se consagraba un ideal patrio con todas sus im-  
plicancias de mejoras educacionales, de comunicaciones, de  
comercio y nuevas industrias, para sustituir un esquema de  
empecinados traficantes, consubstanciados con el atraso y la  
cupidez.

El mundo presenciaba en esos años una enorme trans-  
formación industrial: se multiplicaban las máquinas a vapor,  
los oficios y las manufacturas, la producción de telas y meta-  
les, los barcos a hélice, con sus máquinas más livianas y sus  
cascos de acero Bessemer, crecía el tráfico marítimo y el in-  
tercambio de nuevas mercaderías, antes desconocidas, con  
otros mercados cada vez más lejanos, era el preludio de una  
nueva era.

Fue visible en Buenos Aires el cambio del rojo al rosado,  
la diferencia entre el clima asfixiante del Restaurador y las  
inconsecuencias de sus epígonos. Bastaron unas pocas ren-  
dijas, que permitieron pasar las grávidas ráfagas de libertad  
y de aire fresco para lograr unos años más tarde, el verda-  
dero cambio.

Soplaban nuevos vientos, habían triunfado en Europa los  
grandes principios del liberalismo, el respeto por la persona  
humana, la libertad de pensar, trabajar e investigar, los gobcr-  
nantes comprendían que su deber era escuchar las opiniones  
de los ciudadanos y su tarea imperativa era propender al  
bienestar general. Se habían roto muchos de los monopolios  
comerciales de las Coronas, pero subsistían todavía, bajo más-  
caras distintas, algunas de las viejas empresas de Indias.

La libertad, la seguridad, el enaltecimiento de las jerar-  
quías institucionales y los valores espirituales, el paso de los

candombes a los vales, fueron los escalones aleccionadores del progreso de esos años. "El cambio providencial ha levantado ese peso que oprimía todos los corazones, que ahogaba las inspiraciones de la inteligencia y se respira el aire puro de la libertad."

El prestigio del doctor Luis José de la Peña era cada día mayor, su obra como educador era unánimemente respetada, y aunque calificado de rivadaviano, su alejamiento de las rencillas políticas y su moderación le habían granjeado el aprecio general.

Sus relaciones con Juan Francisco Seguí, tan allegado al general Urquiza y con los personajes de volumen de esos años, como Facundo Zuviría y Pedro Ferré, que recuerda el retrato conjunto de los tres, dibujado por Pellegrini, atestigua su ascendiente<sup>2</sup>.

El general Urquiza, con el deseo de conciliar los espíritus, nombró después de Caseros, gobernador de la provincia de Buenos Aires a Vicente López y Planes, que desempeñaba en esos días el cargo de presidente del Superior Tribunal de Justicia y era bien visto por todos. Éste, por un decreto del 13 de febrero, nombró ministro de Gobierno a Valentín Alsina, de Relaciones Exteriores al doctor Luis José de la Peña, de Hacienda a Benjamín Gorostiaga y de Guerra a Manuel Escalada, todos porteños, menos Gorostiaga, y de buen nombre<sup>3</sup>.

La tarea era ardua, era indispensable mantener en paz y en armonía las provincias, con el fin de sancionar la Constitución y fundar un gobierno regular. Era también preciso normalizar las relaciones con la Banda Oriental y coordinar la política de los intereses comerciales de los dos países, y por añadidura era igualmente necesario contener las intromisiones de los diplomáticos brasileños en el Plata y las excursiones de los fazendeiros, "las californias" y todo esto con

<sup>2</sup> H. C. Pellegrini, *Su obra, su vida y su tiempo*, 1940, lámina 182.

<sup>3</sup> "El Comercio del Plata", 18 de febrero de 1852; MARTÍN RUIZ MORENO, *La Organización Nacional*, t. II, 1905, 18.

caudillos arbitrarios y pueblos ariscos, que ignoraban en muchos casos las normas elementales de la vida cívica<sup>4</sup>.

El ilustre pedagogo se iniciaba así en una nueva y compleja carrera, que trataría de desempeñar con buen sentido y ecuanimidad. Al hacerse cargo de sus nuevas funciones, expuso el 14 de febrero, cuáles eran sus propósitos. "Restituir a la República Argentina el gobierno de su libertad, consolidar ésta y garantizarla por medio de instituciones conforme con el sistema federal que la nación ha adoptado, colocarla en el sendero del progreso que conviene a sus antecedentes de gloria y a los inmensos elementos que cuenta, armonizarla con todas las naciones civilizadas y estrechar con ellas los vínculos de buena inteligencia y amistad ha sido el gran pensamiento que proclamó en Mayo el ilustre General Urquiza y que hizo triunfar en los campos de Morón. Necesario es para ello extirpar la corrupción y la inmoralidad, que eran la única base de la tiranía y sus solos medios de acción y substituir los caprichos de un déspota por la voluntad de la ley."<sup>5</sup>

El sistema federal se había arraigado definitivamente por el peso de los intereses locales, pero se deseaba completarlo con un firme régimen jurídico que garantizara la libertad y la vida de los ciudadanos, el tráfico de los ríos, la explotación de los campos y las nuevas artesanías, la cultura general, como todos anhelaban. No era un problema literario sino dramáticamente real, las fórmulas federalistas significaban para las provincias la esperanza de liberarse del dominio político de Buenos Aires y de sus monopolios, impuestos con tanta dureza por el Restaurador.

Con Francisco Pico, Juan María Gutiérrez, Manuel Leiva, José Benjamín Gorostiaga, Elías Bedoya, Juan Bernabé Mo-

<sup>4</sup> Archivo Elizalde, t. III, carta de Derqui a Urquiza del 12 de julio de 1852 sobre las intrigas del Imperio en el Paraguay para apoderarse de las Misiones; carta de Barros Pazos a Juan Carlos Pereira Pinto del 6 de febrero de 1858 sobre la injerencia del Brasil en la Banda Oriental, 29, 115; JOSÉ LUIS BUSTAMANTE, *Bosquejo de la historia civil y política de Buenos Aires desde la batalla de Caseros*, 1856, 21.

<sup>5</sup> "El Comercio del Plata", 20 de febrero de 1852.

lina y Manuel Ocampo formó parte del Consejo Privado del General y pudo así hacer escuchar su voz en los negocios más trascendentes <sup>6</sup>.

Movido por el deseo de calmar los rencores, aún vivaces, en el decreto del 15 de febrero que firmó con Vicente F. López, Escalada y Gorostiaga, declararon libre el uso del cintillo punzó y formularon en esa forma una clara distinción entre el rosismo y la federación <sup>7</sup>.

Sin perder tiempo, el doctor Luis José de la Peña trabajó para regularizar las relaciones con los países vecinos y afirmar en el Plata un clima de paz. El 16 de febrero envió una nota al ministro de Relaciones Exteriores de la Banda Oriental, Florentino Castellanos, con distintos documentos, expresándole el deseo de afianzar las relaciones entre ambas repúblicas en bien de su común felicidad <sup>8</sup>.

Envió además una nota al almirante francés Fortunato Le Predour, el 17 de febrero, notificándolo que la isla de Martín García era una propiedad territorial de la Confederación e intercambió otras notas con Florentino Castellanos, a fin de refutar sus reservas <sup>9</sup>.

En la Banda Oriental, el clima diplomático se complicaba. Al fallecer el general Eugenio Garzón, fue designado presidente Juan Francisco Giró, del Partido Blanco, y las nuevas autoridades se apresuraron a impugnar las cesiones territoriales de los tratados de Lamas, por cuanto le habían sido arrancadas extorsivamente y no habían sido aprobadas por el Parlamento, y los diplomáticos imperiales, como mejor respuesta, acamparon el ejército al mando del conde Caxias frente a Montevideo, para imponerlos por la fuerza <sup>10</sup>.

Obligado por sus nuevos compromisos, el doctor Luis José de la Peña debió renunciar, el 18 de marzo, al cargo de vice-

<sup>6</sup> "El Diario de la Tarde", 6 de febrero de 1852.

<sup>7</sup> "El Comercio del Plata", 18 de febrero de 1852.

<sup>8</sup> "El Comercio del Plata", 26 de febrero de 1852.

<sup>9</sup> "El Comercio del Plata", 31 de marzo de 1852.

<sup>10</sup> JORGE M. MAYER, *La política de los Braganza en el Río de la Plata*, Anales de la Academia Nacional de Derecho, N° 16, 1980, 731; ACEVEDO, *Anales*, t. II, 386.

rector de la Universidad de Montevideo y unos días más tarde, en una reunión celebrada en la Sala de Doctores, bajo la presidencia del doctor Manuel Herrera y Obes, éstos aceptaron la renuncia en vista del cargo que ocupaba y le dieron las gracias por los importantes servicios que había prestado a la educación en la Banda Oriental <sup>11</sup>.

La conferencia preliminar, celebrada en Palermo, entre los representantes de las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos, Corrientes y Santa Fe el 6 de abril de 1852, encomendó al general Justo José de Urquiza la dirección de las relaciones exteriores de la República, hasta tanto que se reuniera el Congreso Nacional, por cuyo motivo cesaron las funciones que ejercía el doctor Luis José de la Peña en nombre de la provincia de Buenos Aires <sup>12</sup>.

El mismo día el general Urquiza, con la firma del secretario Ángel Elías, nombró al doctor Luis José de la Peña, Ministro Secretario en el despacho de las Relaciones Exteriores de la Confederación. El doctor Luis José de la Peña le contestó a Elías el 10 de abril, expresándole su gratitud por una tan alta distinción y su voluntad decidida de cooperar en la gran obra de la Organización Nacional <sup>13</sup>.

La gestión del doctor Luis José de la Peña en busca de la paz y del orden indispensables para arraigar las nuevas instituciones fue "notable". En el mes de marzo nombró a Diógenes de Urquiza, Encargado de Negocios en la Banda Oriental y a Eduardo Guido, Oficial de la Legación. Reorganizó el Ministerio de Relaciones Exteriores que estaría formado en lo sucesivo por el Oficial Mayor José Roque Pérez, un Oficial primero, un Oficial Encargado del Archivo, cuatro Oficiales Ayudantes y un Ordenanza, suficientes para preservar la integridad nacional y asegurar las buenas relaciones, en días particularmente ríspidos. Designó también al general Guido Mi-

<sup>11</sup> CUTOLO, *El aporte jurídico argentino*, 48; "El Comercio del Plata", 24 de junio de 1852.

<sup>12</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 455, 456.

<sup>13</sup> Registro Nacional, 1852, 8; Asambleas Constituyentes, t. VI, 456.



nistro en Río de Janeiro y a Antonio Cuyás y Sampere Cónsul en Montevideo y nombró Canónigos a José L. Acevedo y Martín Piñero. El 13 de agosto nombró a Mariano de Sarratea y a Santiago Beeche Cónsul y Vicecónsul en Valparaíso y repuso en el Consulado General de la Confederación, en Londres, a Jorge F. Dickinson <sup>13a</sup>.

El 12 de abril se reunieron en la Casa de Gobierno el general Urquiza, los gobernadores firmantes del Protocolo de Palermo, el doctor Manuel Leiva, Plenipotenciario de la provincia de Santa Fe, el cuerpo diplomático y los empleados civiles y militares, con el objeto de presenciar el acto solemne del juramento del nuevo ministro. Prestado el juramento el señor Leonardo de Souza Leitte Acevedo, Encargado de Negocios y Cónsul General del Emperador, a nombre del cuerpo diplomático, el doctor Juan García del Cossio a nombre de la Excelentísima Cámara de Justicia, el señor Provisor doctor Miguel García a nombre del Senado del Clero y el señor general don Tomás Guido a nombre del Ejército le presentaron sus felicitaciones por la merecida confianza que la Confederación había depositado en su persona.

El doctor Luis José de la Peña leyó una declaración. "La República Argentina ha pasado por una de esas épocas de la vida de las naciones casi siempre inevitables, pero no por eso menos digna de deplorar. Destruída su libertad; hollados todos los principios que le dieron origen, decaída de la consideración que supo merecer, apenas vivía en el recuerdo de sus pasadas glorias. La política de la Confederación Argentina está comprendida y expresada en muy breves palabras. En el interior: Organización Nacional bajo la forma federativa adoptada irrevocablemente por los pueblos; libertad asegurada y limitada sólo por la ley; garantías para los individuos y para las propiedades; protección a las industrias, al comercio, a todas las instituciones que animan y fomentan la vida de las naciones. En el exterior: paz y amistad con todas; reciprocidad sincera y completa; conciliación y respeto a to-

<sup>13a</sup> Registro Nacional, 1852, 4, 6, 8, 22, 25, 36

das bajo la base de la que todas le han tributado y continuarán tributando a la Confederación Argentina.”<sup>14</sup>

Los diplomáticos imperiales con su ejército acampado en Santa Lucía, solicitaron al general Urquiza que interviniera en la Banda Oriental para obligar a sus gobernantes a cumplir con los tratados de 1851. “El Brasil entra para sacar tajada” advertía con petulancia Honorio Hermeto Carneiro Leao. El general Urquiza, que desconfiaba del Imperio y que deseaba disipar las diferencias entre los países del Plata a fin de llevar a cabo su plan de organización, resolvió en cambio enviar un agente, para ofrecer sus buenos oficios a las partes y “sujetarse provisoriamente a los hechos consumados” en obsequio a la paz en el Río de la Plata.

En vista de que los diplomáticos imperiales objetaban la persona del general Guido a causa de sus antiguos roces con la Corte, en el carácter de representante del Restaurador, el general Urquiza encomendó la misión al doctor Luis José de la Peña y dispuso que en los días de su ausencia Vicente F. López se hiciera cargo del despacho del ministerio<sup>15</sup>.

Inmediatamente el Dr. Luis José de la Peña envió el 8 de abril una circular a los gobernadores de las provincias invitándolos a una reunión, que debía celebrarse en la ciudad de San Nicolás, con el fin de uniformar las opiniones y proceder a la sanción de la Constitución Nacional<sup>16</sup>.

Asistió además a un paseo, al campo de Caseros, que organizó el general Urquiza. Después de recorrer el campo de la batalla, se sirvió un almuerzo en la casa del señor Bazin. En el brindis el doctor Luis José de la Peña dijo: “La generación de Mayo realizó el pensamiento feliz de cimentar la Independencia de la República; a la nueva generación toca llevar a

<sup>14</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 458.

<sup>15</sup> Registro Nacional, 1852, 8, 12; RUIZ MORENO, *La Organización Nacional*, t. II, 24; “El Comercio del Plata”, 16 de abril de 1852; FRANCISCO CENTENO, *Virutas históricas*, t. I, 1929, 270, 301; Un gesto diplomático del general Urquiza, misión Peña al Uruguay, “Revista de Derecho, Historia y Letras”, vol. 41, 1912, 320, nota de Florentino Castellanos a Honorio Hermeto Carneiro Leao del 23 de marzo de 1852, vol. 42, 300; BUSTAMANTE, *Bosquejo*, 38, 103.

<sup>16</sup> RUIZ MORENO, *La Organización Nacional*, t. II, 74.

cabo la obra de esos héroes dando leyes y constituciones adecuadas a la Nación que fundaron con su esfuerzo. Brindo, señores, a la unión de ambas generaciones y que su pensamiento sea hoy una realidad establecida por la espada del héroe de Caseros" <sup>17</sup>.

El doctor Luis José de la Peña presentó sus credenciales al presidente de la Banda Oriental Juan Francisco Giró el 24 de abril. "Paz y fraternidad es el lema que llevaban las banderas del ejército aliado. El alto honor que esta misión me proporciona adquiere para mí un nuevo interés, porque debo cumplirla cerca del gobierno de la Banda Oriental, a la que me ligan tan fuertes y numerosas simpatías."

En una conferencia con Carneiro Leao el 21 de abril de 1852, éste le manifestó que "Mr. Southern ha sentido la caída de Rosas, porque en su opinión ganaba más y obtenía más ventajas la Inglaterra con éste que las que podía esperar del General Urquiza". En otra conferencia con el general Julio César Díaz y con Florentino Castellanos, el 22 de abril, recomendó a los gobernantes uruguayos que buscaran una solución "por medios suaves y persuasivos".

El doctor Luis José de la Peña consiguió resolver el conflicto mediante la favorable modificación de los tratados de 1851, con la garantía argentina, pero el gobierno de Montevideo no accedió al pedido del general Urquiza para que Andrés Lamas continuara de representante de la Banda Oriental en Río de Janeiro, porque lo culpaba de haber firmado esos documentos sin reparar que la situación de 1851, bajo la amenaza de las lanzas de Oribe, era desesperante.

Su actuación en un campo premioso fue "digna y noble", pero era difícil hacer soltar su presa a las tropas imperiales, siempre resueltas frente a un adversario indefenso <sup>18</sup>.

<sup>17</sup> "El Comercio del Plata", 22 de abril de 1852; GUSTAVO FERRARI, *Esquema de la política exterior argentina*, 1981, 44.

<sup>18</sup> ACEVEDO, *Anales*, t. 11, 361, 386; BOSCH, *Urquiza*, 245; "El Comercio del Plata", 5 de mayo y 12 y 15 de diciembre de 1852; CENTENO, *Virutas históricas*, t. I, 270, 315; Un gesto diplomático del general Urquiza, "Revista de Derecho, Historia y Letras", vol. 41; memorándum de Carneiro Leao, Buenos Aires, 16 de febrero de 1852, 325; respuesta del general Urquiza desde

En la vieja capilla de San Nicolás de los Arroyos, en medio del desierto de los campos y a las orillas de las cenagosas aguas del río Paraná, entre pantanos y cardales, se reunieron el 20 de mayo los gobernadores Pablo Lucero de San Luis, Nazario Benavídez de San Juan, Celedonio Gutiérrez de Tucumán, Manuel Taboada de Santiago del Estero, Manuel Vicente Bustos de La Rioja, Pedro Pascual Segura de Mendoza, Domingo Crespo de Santa Fe, Benjamín Virasoro de Corrientes y Vicente López y Planes de Buenos Aires. Las discusiones fueron vehementes; los provincianos insistían en que se capitalizara inmediatamente la ciudad de Buenos Aires y se nacionalizara la Aduana, el viejo proyecto rivadaviano. El general Urquiza consiguió que se adoptara el proyecto preparado por Pico, con algunas modificaciones sobre el régimen del comercio y de los ríos que sugirió Leiva y el 31 de mayo se firmó el Acuerdo.

El convenio se dividía en 19 artículos, de los cuales los 13 primeros se referían al funcionamiento del Congreso y los 5 últimos le encomendaban al general Urquiza, bajo el título de Director Provisorio, mantener el orden, en su rango de jefe de las fuerzas triunfantes, y el manejo de las relaciones exteriores, asesorado por un Consejo de Estado.

La continuidad jurídica era perfecta, nada agregaba a los poderes de que disponía el general Urquiza, en virtud de los hechos y del Protocolo de Palermo y más bien los limitaba. Sin embargo el Acuerdo contenía algunas disposiciones que vulneraban los principios fundamentales del porteñismo. En el artículo 5º establecía la igualdad de representantes en el

---

Palermo el 27 de febrero de 1852; *Diplomacia de la Confederación*, "Revista de Derecho, Historia y Letras", vol. 51, 110; el diario del Dr. Luis José de la Peña llevado en el curso de la misión, 112, 212, 407, 511; CENTENO, *Virutas históricas*, t. I, 315; el general Urquiza felicita al Dr. Luis José de la Peña por el éxito de su trabajo; "El Comercio del Plata", 16, 22 de junio, Protocolo del Acuerdo celebrado en Montevideo el 22 de abril entre José María de Silva Paranhos en representación del Imperio y Florentino Castellanos por la Banda Oriental, para la ejecución del artículo 1º del Tratado del 5 de mayo de 1852, por el cual se modifican los límites trazados por el Tratado del 12 de octubre de 1851.

Congreso a razón de 2 diputados por provincia, en vez de un diputado por cada 15 mil habitantes, consagraba la libertad de los ríos y anunciaba en el artículo 19 la nacionalización de la Aduana, la medida más aborrecida.

En Buenos Aires la noticia provocó el pánico. Según se temía desde la caída de Rosas, sus privilegios vitales se veían amenazados. Su localismo celoso y estrecho se encrespaba, no se resignaba a concurrir al Congreso en pie de igualdad con las provincias del interior y reclamaba 15 representantes. Pretendía mantener el privilegio de revisar la futura Constitución, en defensa de los recursos "que le eran peculiares" y gemía por "los derechos desconocidos de la desgraciada provincia"<sup>184</sup>.

Alberdi descubrió el fondo del conflicto y señaló los motivos que impulsaban a los porteños a proseguir bajo cualquier bandera la misma política. "Rosas representaba el interés local de Buenos Aires sobre las provincias en materia de comercio, de finanzas y de navegación, esto era lo esencial, las crueldades eran lo accesorio."

En Buenos Aires el indestructible fondo rosista de su sociedad, reaccionó furiosamente. La Sala de Representantes exigió que le fuera sometido el Acuerdo de San Nicolás, con pretextos triviales, puesto que apenas disponía la reunión del Congreso Constituyente y la forma de aprobar la Constitución por los procedimientos que señalaban los pactos preexistentes. Tal era la obcecación "que casi nadie se ocupó de leer ese documento".

En la sesión del 21 de junio la Sala comenzó a tratar el Acuerdo. Tres fueron los principales oradores de la oposición: el coronel Mitre, poeta y militar, educado en una estancia de Gervasio Rosas, y dos íntimos comensales de la casa de Palermo, Vélez Sarsfield y Miguel Estevez Sagüí. Frente a ellos, Francisco Pico y Vicente Fidel López hicieron brillantemente su defensa.

<sup>184</sup> JOSÉ LUIS BUSTAMANTE, *Memorias sobre la Revolución del 11 de septiembre de 1852*, 1853; el Tratado, 30; los diputados, 91; la Aduana, 94, 133; ALBERDI, *O.C.*, t. III, 496, 503; t. V, 353, 395.

El coronel Mitre, Comandante de la Guarnición de Buenos Aires, fue el primero en hablar, para exigir en el tono fogoso de sus editoriales, el rechazo del Acuerdo, porque le otorgaba al general Urquiza "poderes dictatoriales, irresponsables, despóticos y arbitrarios" y clamaba que la provincia había sido "despojada de sus tesoros" para "arrastrarla ante el Congreso como una cautiva ante la toltería del pampa, atada de pies y manos y con una mordaza en la boca" y advertía que "su oficio era romper las puertas de los ministerios a cañonazos", vocación tan estrepitosa como inquietante para los muebles de la Casa de Gobierno.

Fue la pieza parlamentaria que más daño ha causado al país "y el principal responsable de los extravíos posteriores".

Inútilmente analizó Pico el Acuerdo, artículo por artículo, para mostrar que nada acordaba "al General en Jefe del Ejército Aliado Libertador que él ya no tenga".

Vélez Sarsfield, siempre acomodaticio, defendía los intereses de sus ricos clientes y protestaba porque la soberanía provincial quedaba destruida, ya que el nuevo gobierno "podía legislar sobre el comercio exterior" y afirmaba con ironía que las provincias tenían el mismo derecho de exigir una participación a la Aduana de Londres ya que consumían sus productos.

Vicente Fidel López, desbordante de energía y talento, hizo la defensa final del Acuerdo. Conocía íntimamente el ambiente y los personajes y comprendió que las razones de medida y patriotismo nada podrían contra los privilegios. Fustigó a sus adversarios que pocos días antes fastidiaban con sus adulaciones a Rosas, acalló los tumultos de la barra recordándole que había soportado dócilmente a la tiranía y que ésta había sido derrocada por las tropas de Entre Ríos y Corrientes, sin que los porteños movieran un solo hombre.

La sesión del 22 de junio concluyó en una batahola descomunal y los ministros debieron salir por una puerta escondida perseguidos por la furia de las turbas.

El respeto por los compromisos, por las instituciones, por

las metas de paz, trabajo y progreso que buscaba la inmensa mayoría de los vecinos, nada pudieron frente a la fuerza irrefragable de los intereses mercantiles, de la burocracia, de los centros financieros del puerto.

Los nuevos caudillos porteños, el neorrusismo, abrieron así un camino de tumultos y aventuras contra la Organización Nacional y el porvenir de la patria. Trágicos fueron los frutos: Cepeda, Pavón, Curupaytí, La Verde y Barracas, la división de la familia argentina, las ruinas, millares de muertos y de víctimas inocentes. El llanto, las viudas y los huérfanos formaron su cortejo de Ménades sangrientas.

En las provincias la actitud de la legislatura porteña causó asombro; evidentemente, el rosismo no había perecido en el campo de Caseros.

Al regresar el doctor Luis José de la Peña a la capital, el general Urquiza por el decreto del 22 de junio, lo restableció en el ministerio. Al conocer el general el escándalo producido en Buenos Aires, cuando los mazorqueros y los unitarios marchaban juntos del brazo, decidió el 25 de junio intervenir a la provincia para restablecer el orden. Designó otra vez a Vicente López y Planes Gobernador Interino y mandó detener a los cabecillas culpables del tumulto: Vélez Sarsfield, Irineo Portela, Pedro Ortiz Vélez y Bartolomé Mitre.

El doctor Luis José de la Peña dirigió el 1º de julio una nota al gobernador de Corrientes Pedro Ferré, adjuntándole copia del acta de adhesión de los gobernadores de Salta y Jujuy y del plenipotenciario de Córdoba al Acuerdo de San Nicolás. Ferré le hizo saber el 2 de agosto la adhesión de la Representación General de la Provincia de Corrientes al mencionado Acuerdo "como el resultado positivo del más noble patriotismo de los hombres empeñados actualmente, con ardiente anhelo, por la mejor suerte de la Confederación" y le aseguró que propendería "decididamente a la observancia y el cumplimiento de todas las resoluciones que contiene el expresado y plausible Acuerdo"<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 465, 469.

Después del rechazo del Tratado de San Nicolás, el doctor Luis José de la Peña dirigió una nota al Encargado de Negocios de Gran Bretaña Robert Gore, el 23 de junio, denunciándole que la crisis había sido provocada por "algunos demagogos y traidores", que habían expuesto la ciudad de Buenos Aires a una guerra civil y asegurándole que los extranjeros continuarían gozando de todos los beneficios que les concedía el gobierno de la Confederación, en su calidad de neutrales y recomendándole que usasen su cucarda nacional y enarbolaran en sus casas sus pabellones para ser identificados <sup>20</sup>.

En otra circular, dirigida el 24 de junio también a Robert Gore, puntualizaba que "la Sala de Representantes sin libertad en sus deliberaciones, los Ministros del Poder Ejecutivo forzados a renunciar a sus destinos y el Gobernador mismo de la Provincia teniendo que resignar una autoridad, cuya voz era desoída y sofocada por la algazara de la más intolerante demagogia, constituía un verdadero estado anárquico que el Director Provisorio no podía aceptar, sin una gran responsabilidad para ante la Nación y el mundo entero. Pero su resolución era no extender la autoridad de que se encontraba investido más allá del tiempo y de las medidas que fuesen perfectamente necesarias para el restablecimiento del orden interior de esa provincia" <sup>21</sup>.

En Palermo rubricó además, el 23 de junio, el decreto del general Urquiza, que nombraba otra vez Gobernador Provisorio de la provincia a Vicente López y Planes, a fin de que preparara los elementos necesarios, a la elección de la próxima Legislatura <sup>22</sup>.

El 6 de julio el doctor Luis José de la Peña le comunicó al jefe de Policía que el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield se había embarcado en un barco inglés, donde permanecería hasta la salida de otro con destino a Montevideo <sup>23</sup>.

En medio de tantos trastornos, el general Urquiza no olvi-

<sup>20</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 1012.

<sup>21</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 1013.

<sup>22</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 1023.

<sup>23</sup> "El Comercio del Plata", 13 de julio de 1852.



daba de cumplir las diligencias necesarias para promover el bienestar del país. El doctor Luis José de la Peña dirigió el 7 de julio una circular a los gobernadores de las provincias, pidiéndoles noticias sobre su población, recursos e industrias, a fin de fomentar la inmigración europea.

Los problemas políticos y económicos se repetían en la misma forma que en la época de Rosas: los porteños tenían siempre la competencia del puerto de Montevideo y estaban dispuestos a aplicar cualquier medida para anularlo <sup>24</sup>.

El ministro de Relaciones Exteriores de la Banda Oriental, Florentino Castellanos, envió al doctor Luis José de la Peña una nota de protesta por el recargo del 25 % que imponía la Aduana de Buenos Aires a las mercaderías despachadas desde Montevideo. El doctor Luis José de la Peña le contestó que pasaría esa nota al estudio del gobierno. Gorostiaga, el ministro de Hacienda, le respondió que era necesario esperar la reforma general del régimen aduanero a fin de establecer la igualdad entre los dos países. El 15 de julio el doctor Luis José de la Peña le contestó a Florentino Castellanos que el general Urquiza tenía el ardiente desco de dar al comercio todas las franquicias que fueran necesarias y conciliables con los intereses de la República, de modo que prestaría la más seria atención a su reclamo <sup>25</sup>.

El 16 y el 19 de julio el doctor Luis José de la Peña aprobó las medidas dictadas por los gobernadores de las provincias de San Juan y Mendoza para contener los movimientos rebeldes contra la organización del país <sup>26</sup>.

El general Urquiza descaba sedar a los círculos porteños más importantes por la influencia política que conservaban y poder llegar así a la organización constitucional. El doctor Luis José de la Peña le recomendó el 14 de julio a Vicente López y Planes, por orden expresa del general, la súplica que le había dirigido Juan Nepomuceno Terrero pidiéndole la devolución de los bienes de Rosas y de su hija Manuelita, "en

<sup>24</sup> "El Comercio del Plata", 11 de agosto de 1852.

<sup>25</sup> "El Comercio del Plata", 23, 25 de julio, 11 de agosto de 1852.

<sup>26</sup> SARMIENTO, ob. cit., t. XVI, 201.

nombre del derecho de propiedad y para no condenarlos a mendigar el pan en el destierro" <sup>27</sup>.

Juan María Gutiérrez, ministro de Gobierno de la Provincia, sostuvo el 24 de julio que los daños causados por el Restaurador habían sido inferidos a la Nación entera y que por consiguiente eran las autoridades nacionales, próximas a constituirse, a quienes correspondía resolver dicha solicitud. Pero el 7 de agosto, el doctor Luis José de la Peña informó a Terrero que el general Urquiza, como Director Provisorio, había accedido a su ruego <sup>28</sup>.

El doctor Luis José de la Peña dictó un decreto desde Buenos Aires, el 14 de agosto de 1852, en el que declaraba que el gobierno argentino se hallaba en el deber de cultivar las mejores relaciones de amistad con las repúblicas vecinas y que animado del vehemente deseo de estrechar los vínculos de fraternidad que lo ligaban con el gobierno de la República de Chile había acordado nombrar Encargado de Negocios de la Confederación Argentina acerca del gobierno de esa República a Juan Bautista Alberdi <sup>28a</sup>.

La labor del doctor Luis José de la Peña como consejero del general Urquiza fue ilustrada y trascendente. Por otro decreto del 20 de agosto abolió la pena de muerte por los delitos políticos, medida sorpresiva en un clima en que era habitual degollar a los adversarios, con un cuchillo mellado, como prueba de fervor patriótico <sup>29</sup>.

La inquietud de los porteños crecía cada día. El 28 de agosto el general Urquiza, con la firma del doctor Luis José de la Peña, nombró una Comisión Liquidadora de las deudas del Estado, entre cuyos acreedores se contaban los prohombres del régimen. El mismo día dictó el Reglamento de Aduanas y nombró a Francisco Pico Inspector General y el 3 de

<sup>27</sup> "El Comercio del Plata", 11 de agosto de 1852; BUSTAMANTE, *Bosquejo*, 26.

<sup>28</sup> Registro Nacional, 1852, 23.

<sup>28a</sup> ALBERDI, *O.C.*, t. IV, 110.

<sup>29</sup> Registro Nacional, 1852, 23.

octubre reglamentó la navegación de los ríos Paraná y Uruguay; el monopolio del puerto caía a pedazos <sup>29a</sup>.

Pocos días después, el 20 de agosto, informó a Santiago Derqui, Encargado de Negocios de la Confederación, cerca del gobierno de la República del Paraguay, que el general Urquiza había aprobado el Tratado de Límites firmado con el ministro Benito Varela, el 15 de julio, donde se reconocía la independencia de esa república <sup>30</sup>.

El general Urquiza estaba impaciente por pacificar el país y modernizar la administración. El 13 de agosto se abrió un concurso para proveer una cátedra de Economía Política y se establecieron nuevas aduanas nacionales en Bahía Blanca, el Salado, Martín García, Concepción del Uruguay, Rosario, Paraná y Corrientes que agudizaron el furor de los tenderos <sup>30a</sup>.

El 24 de agosto, con la firma del doctor Luis José de la Peña, nombró una comisión para redactar los Códigos. Para el Código Civil nombró al doctor Lorenzo Torres y consultores a Alejo Villegas y Marcelo Gamboa; para el Código Penal al doctor Baldomero García y consultores a Manuel Insiarte y Felipe Arana, los tres rosistas de primera agua; para el Código Comercial al doctor José Benjamín Gorostiaga y consultores a Vicente Fidel López, Francisco Pico, José María Roxas y Patrón y Francisco Balbín; para el Código de Procedimientos al doctor José Roque Pérez y consultores a José Barros Pazos y Eduardo Lahite; designó además presidente de la Comisión al doctor Juan García de Cossio, vicepresidente a Vicente Fidel López y secretario a Marcelo Gamboa <sup>31</sup>.

El general Urquiza era un vasco progresista, con el instinto de un excelente administrador, de clara visión de los problemas económicos del país y de la manera de solucionarlos prácticamente. Trabajaba con un solo ministro, el doctor Luis José de la Peña, que era su hombre de confianza y orientaba su acción de gobernante. Mejoró la seguridad de las

<sup>29a</sup> Registro Nacional, 1852, 37, 43, 48, 57.

<sup>30</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 1123; Registro Nacional, 1852, 27.

<sup>30a</sup> ALBERDI, O.C., t. IV, 345.

<sup>31</sup> Registro Nacional, 1852, 25, 33, 141.

fronteras y la regularidad de las comunicaciones; extendió la circulación de los correos a toda la República, los servicios de galeras y de diligencias; reorganizó las Aduanas, la Casa de la Moneda, el Cabildo Eclesiástico; fundó el Archivo General de la Confederación y estableció una imprenta en la Universidad de Córdoba; nacionalizó la Universidad de San Carlos y el Colegio de Montserrat; quiso establecer colegios nacionales en Mendoza, Salta, Tucumán y Catamarca, pero se vio impedido por falta de fondos. Suprimió las gabelas que pesaban sobre el tráfico marítimo; protegió las industrias; abrió nuevos créditos al comercio; reunió 20 millones de recursos para cubrir los gastos; conservó el metálico a 264 pesos por onza; aplicó los decretos sobre los contratos de agio y la reducción del descuento; estableció un Asilo de Inválidos Mentales; estimuló la formación de la Bolsa de Comercio y del Club del Progreso; "sus servicios fueron muy recomendables"<sup>32</sup>.

Los planes de adelanto avanzaban con firmeza. El 2 de septiembre nombró una Comisión para inspeccionar el estado del Hospital General de Hombres y el mismo día estableció la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, medida que hizo estremecer de pavor otra vez a los buenos porteños<sup>33</sup>.

El 3 de septiembre el general Urquiza dictó un decreto de amnistía, firmado por el doctor Luis José de la Peña, para presentar a la familia argentina en un pie de igualdad frente al Congreso Constituyente, disipar las pasadas discordias y levantar en alto las Tablas de la Ley, de modo que todos los argentinos quedaran restituidos al pleno goce y ejercicio de sus derechos cívicos, sin vencedores ni vencidos<sup>34</sup>.

Entre las selvas y los desiertos se echaban los cimientos articulados de una nueva Nación, sólo obstaculizada por la codicia de los comerciantes del puerto y las ambiciones de

<sup>32</sup> SARMIENTO, ob. cit., t. XV, 121; Registro Nacional, 1852, 42, 43; CARLOS HERAS, *Historia*, t. VIII, 69.

<sup>33</sup> Registro Nacional, 1852, 47.

<sup>34</sup> "El Comercio del Plata", 6 de septiembre de 1852; Registro Nacional, 1852, 47.

los caudillos letrados "de frac y frases floridas", tan terribles como sus antecesores.

La filosofía del porteñismo, en su forma más pura el rosismo, representaba el monopolio del comercio exterior, los intereses de los funcionarios, comerciantes, hacendados, almaceneros, tenderos, registreros y comisionistas, que estaban resueltos a mantener impertérritos sus privilegios<sup>35</sup>.

Cuando se convencieron de que el general Urquiza tenía el decidido propósito de hacer sancionar una Constitución, y para colmo llegó al extremo de nacionalizar la Aduana por el decreto del 28 de agosto, todos unidos por el mismo espíritu, rosistas y unitarios, se confabularon para cruzar los escandalosos proyectos del insolente general entrerriano.

Ya no podían esperar y la oportunidad no tardó en aparecer. El 8 de septiembre el general Urquiza se embarcó en el *Countess of Londsdale* acompañado por el doctor Luis José de la Peña, sus hijos Teófilo y Diógenes y el teniente coronel Ricardo López Jordán, para instalar en Santa Fe el Congreso Constituyente. El 10, a las 12 de la noche, a los 14 días de nacionalizada la Aduana, se sublevaron los batallones correntinos del general Juan Madariaga, los batallones porteños mandados por los coroneles Martín Tejerina y Matías Rivero y las tropas del coronel Manuel Hornos. A la una del día 11, Estévez Sagú tañía la campana del Cabildo y alertaba a la población. Los mazorqueros Manuel Troncoso y Salvador Badiá reunieron bandas de malhechores para espantar a los ciudadanos, movidos por el mismo entusiasmo democrático de 1840<sup>36</sup>.

Las ambiciones personales y los intereses parroquiales se oponían a la organización de la República. Los motivos eran públicos: "Buenos Aires jamás consentirá que la boca del Plata no sea de su exclusivo dominio y que el puerto no sea de su propiedad; no habrá poder que le arranque un átomo de esas rentas cuantiosas de que siempre ha dispuesto para oprimir la República". Los diarios informaron sin pudor so-

<sup>35</sup> ALBERDI, *O.C.*, t. III, 496.

<sup>36</sup> BUSTAMANTE, *Memorias*, 158; BOSCH, *Urquiza*, 267.

bre el monto de los fondos que se distribuyeron entre los amotinados.

Dentro del mismo marco geográfico, por la ley del retorno, se volvía a los años —para ellos— paradisiacos de Rosas: al reparto de las tierras y a la venta de los cueros. Buenos Aires había perdido algunos cañones en el campo de Caseros, pero había conservado los más poderosos: las rentas de la Aduana que le permitieron recobrar su dominio e imponer una ley, quizás definitiva, sobre las provincias.

La contrarrevolución había triunfado. Buenos Aires “ya no gemía bajo el sable del conquistador”. El general Manuel Pinto fue repuesto en el gobierno, Valentín Alsina nombrado ministro y Mitre jefe de la Guardia Provincial. Lorenzo Torres anunciaba seriamente el restablecimiento “de la dignidad humana pisoteada por las patas de los caballos”. La Sala, por iniciativa de Vélez Sarsfield, retiró los diputados de la provincia al Congreso Constituyente, no quería “ser arrastrada a Santa Fe enchalecada y con fuerte escolta”<sup>37</sup>.

Desde Santa Fe, el doctor Luis José de la Peña dirigió una nota, el 14 de septiembre, al general José Miguel Galán, en su carácter de gobernador delegado de la provincia de Buenos Aires, comunicándole que el general Urquiza se pondría a la cabeza del ejército nacional “para restablecer el orden y destruir las maquinaciones de los malvados”.

Ni se respetaron las apariencias. La unión de los porteños fue jubilosamente aclamada en la función que la Comisión de Hacendados celebró en el Coliseo el 28 de septiembre. Se encontraron “lo más notable de la sociedad porteña... pertenecientes a los diferentes partidos políticos con el objeto de hacer una manifestación pública por el glorioso pronunciamiento”. Entre los aplausos, Lorenzo Torres, el portavoz del Restaurador, y Valentín Alsina, el portavoz de los exiliados, se abrazaron en el escenario con fraternal cariño. La aduana los unía; lo demás eran fábulas para “atorar a los tontos”, se mofaban de las provincias y de sus “puterías”.

<sup>37</sup> BUSTAMANTE, *Memorias*, 189.

Poco pudieron los buenos sentimientos de paz y confraternidad, los generosos planes de la Organización Nacional, frente a las ambiciones de los nuevos caudillos, la confabulación de los patacones y de las vacas y la lucha sería porfiada y cruel <sup>37a</sup>.

Los porteños, viejos unitarios y federales, formaban el partido de los hacendados, registreros y comerciantes locales. Desconocían totalmente el concepto de una Nación, armónica y grande, donde cada una de las provincias podía contribuir con su esfuerzo al adelanto general. Abandonaron indiferentes las tierras del sur y al norte las Misiones y Tarija, porque sólo podían significar más gastos e impuestos. El Teatro Colón sería más tarde su emblema y su orgullo.

Alberdi, un provinciano, denunciaba la causa de los disturbios. "Buenos Aires fue libertada contra su voluntad por la espada victoriosa del General Urquiza. Pero importa explicar la anomalía, que no se explica solamente por motivos de ignorancia o abatimiento de la ciudad vencida. Buenos Aires no defendía la tiranía, aunque tampoco defendía su libertad en la batalla de Monte Caseros. Defendía una causa más antigua que la dictadura de Rosas y que debía sobrevivir a esa dictadura, la causa del monopolio del gobierno exterior y del tesoro de toda la Nación, que explotó el tirano de esa Provincia y que más tarde quisieron explotar los sucesores de su gobierno local."

La crisis era dramática porque la provincia de Buenos Aires "era la más vasta, la más poblada, la más rica y la más floreciente de la Confederación" por su posición geográfica y las entradas del puerto. Por el norte se extendía hasta el Arroyo del Medio que la separaba de la provincia de Santa Fe, al sur hasta el río Negro y al oeste hasta los territorios indios cerca de la cordillera.

Su población, la más culta aunque "brillante y vacía", era de 350.000 habitantes, de los cuales la cuarta parte eran extranjeros, cuando entre las provincias del Litoral, Entre Ríos

<sup>37a</sup> RUIZ MORENO, *La revolución contra la tiranía*, 1905, t. II, 354.

sólo contaba con 107.000 habitantes, Corrientes 90.000 y Santa Fe 45.000. El ejército porteño ascendía a 32.000 hombres provistos de cañones rayados y Entre Ríos sólo tenía 18.000, la mayor parte de caballería <sup>37h</sup>.

Forestada con acacias, talas, ombúes, álamos y durazneros, tenía 3.500.000 cabezas de hacienda vacuna, 20 millones de ovejas y 1.300.000 caballos. Se sacrificaban anualmente 290.000 animales y las ovejas producían 2 millones de kilos de lana; era la segunda plaza comercial de Sudamérica.

Exportaba lanas, cueros, carnes saladas, huesos, crines, plumas de avestruz y los comerciantes ingleses, franceses y sardos importaban arroz, azúcar, alambres, bramantes, frizas, brines, botones, cebada, café, cigarros, cintas de seda, cuchillos, corbatines, esteras, escobas, artículos de ferretería, géneros de algodón, chalecos, gorras de cuero, gorras de señora, harinas, yerba, gabanés, medias de seda y de algodón, marroquines, pañuelos de espumilla, peinetas, pasas de higo, quesos, ristras de ajo, sarazas, sombreros de pelo, sillas de montar, sal, tabaco, telas para ponchos y mandiles, vinos de Burdeos y zapatos, avellanas, agujas, aceite, baldosas, ginebra, guitarras, agua colonia, artículos de mercería y de vidrio.

Buenos Aires vivía y prosperaba, pasaba en calesas con troncos importados, edificaba los nuevos teatros, construía ferrocarriles que afianzaban el embudo de su comercio, vestía al ejército con guante blanco, gracias a los derechos que debían pagar las provincias por las mercaderías que bajaban en su puerto.

Las cifras de los presupuestos de la provincia de Buenos Aires descubren la clave de su resistencia a la unión nacional. En el año 1829 los gastos ascendieron a 23.164.880 y las entradas a 7.337.142, de las cuales 6.474.520 correspondieron a la Aduana y 229.243 a la contribución directa. En el año 1831 los gastos ascendieron a 26.874.332 y las entradas a 8.190.953, de las cuales 6.151.326 correspondieron a la Adua-

<sup>37h</sup> MARTÍN DE MOUSSY, *Description géographique et statistique de la Confederation Argentine*, 1860, t. III, 2; JUAN ALVAREZ, *Las guerras civiles argentinas y el problema de Buenos Aires en la República*, 1936, 161.



na y 289.100 a la contribución directa. En el año 1833 los gastos ascendieron a 29.709.548 y las entradas a 11.580.057, de las cuales 9.060.666 correspondieron a la Aduana y 389.209 a la contribución directa. En el año 1835 los gastos ascendieron a 22.794.136 y las entradas a 11.632.646, de las cuales 10.082.190 correspondieron a la Aduana y 133.369 a la contribución directa. En el año 1838 los gastos ascendieron a 20.595.604 y las entradas a 14.102.345, de las cuales 11.434.297 correspondieron a la Aduana y 773.395 a la contribución directa. En el año 1841 los gastos ascendieron a 50.318.083 y las entradas a 35.636.532, de las cuales 26.800.000 correspondieron a la Aduana y 1.500.000 a la contribución directa. En el año 1844 los gastos ascendieron a 67.789.905 y las entradas a 43.289.164, de las cuales 34.471.927 correspondieron a la Aduana y 2.000.000 a la contribución directa. En el año 1848 los gastos ascendieron a 58.956.898 y las entradas a 27.662.552, de las cuales 12.400.000 correspondieron a la Aduana y 1.164.000 a la contribución directa.

Es igualmente ilustrativa la comparación entre los presupuestos de la provincia de Buenos Aires y la Confederación. La ley 49 del presupuesto provincial para 1855 fijó el monto de los gastos en 59.479.915 y estimaba el producido de la Aduana, entradas y salidas marítimas, puerto y almacenaje, en 42 millones sobre un total de recursos de 51.900.000. La ley 199 del presupuesto para 1858 fijó los gastos en 84.371.363 y estimó las entradas de la Aduana en 66 millones sobre 77.600.000. La ley 295 de presupuesto para 1860 fijó los gastos en 90.584.236 y estimó las entradas de la Aduana en 73 millones sobre 89.325.000. La ley 346 de presupuesto para 1862 fijó los gastos en 90.823.491 y estimó las entradas de la Aduana en 82 millones sobre 87.540.000. La ley 379 de presupuesto para 1863 fijó los gastos en 34.586.127 y las obligaciones garantidas por el gobierno nacional en 24 millones sobre un total de recursos de 34.186.000. La ley 442 de presupuesto para 1865 fijó los gastos en 40.415.103 y las obligaciones garantidas por el gobierno nacional en 24 millones sobre el total de 43 millones.

En cambio los recursos del gobierno federal, privado de los derechos de la Aduana, eran magros. La ley nacional 48 de presupuesto para 1856 fijó los gastos de la Confederación en 2.880.845 y estimó los recursos en 1.758.463. La ley 150 de presupuesto para 1858 fijó los gastos en 2.877.075 y estimó los recursos aduaneros en 1.855.000 sobre 2.019.000 de recursos. La ley 236 de presupuesto para 1860 fijó los gastos en 4.312.227 y los recursos aduaneros en 3.328.000 sobre 3.575.000. La ley 289 de presupuesto para 1862 fijó los gastos en 3.577.881 y los recursos aduaneros en 2.730.000 sobre 2.830.000. La ley 74 de presupuesto para 1864 fijó los gastos en 8.905.562 y los recursos aduaneros en 8.035.000 sobre 8.414.000; además incluía en el presupuesto a cargo de la Nación la garantía dada a la provincia de Buenos Aires, las emisiones de papel moneda de esa provincia, las amortizaciones de sus emisiones y los servicios del empréstito inglés. La ley 170 de presupuesto para 1866 fijó los gastos en 8.163.279 y los recursos aduaneros en 8.170.000 sobre 8.847.600. La ley 206 aclaró que estaban comprendidos en la garantía acordada a la provincia de Buenos Aires los servicios del empréstito inglés, los 20 millones de los fondos públicos creados por la ley de 1859 y los 24 millones de fondos públicos creados por la ley de 1861 y que esos rubros se incluirían cada año en el presupuesto de gastos de la Nación.

El Director Provisorio de la Confederación era un modesto solicitante en las calles de Buenos Aires, tributario de la buena voluntad de la Aduana y del crédito del Banco.

Los porteños engreídos, con sus riquezas y sus fuerzas, no estaban dispuestos a desprenderse de sus monopolios por abusivos que fueran. El gran pope del régimen Nicolás Anchorena, furioso por el sacrilegio, llamaba con desprecio a las demás provincias "los trece miserables ranchos"<sup>37c</sup>.

<sup>37c</sup> ALBERDI, *Sistema Económico*, ob. cit., t. IV, 325, 354; *Derecho Provincial*, ob. cit., 177, 260; "la política de la absorción y de la explotación", 343, 405, 468, t. VI, 37, 157, 169, 201, 407; t. VII, 30, 35, 66; t. VIII, 132, 188, 191, 201, 231, 255, 314, era y es el problema fundamental de la política argentina; JORGE M. MAYER, *Aiberdi y su tiempo*, t. I, 1973, 598; "El Nacional Argentino", 11 de mayo de 1854.

Los recelos de los porteños hacia los provincianos y el afán de conservar sus privilegios eran tan grandes, que para vetar las candidaturas a gobernadores de la provincia del general San Martín y del general Paz, dispusieron por la ley del 23 de diciembre de 1825 y el artículo 85 de la Constitución de 1854, que esos magistrados debían ser obligatoriamente naturales del territorio de la provincia.

El primer impulso del general Urquiza al conocer el levantamiento porteño fue de indignación e informó al general Galán, con la firma del doctor Luis José de la Peña, que había ordenado a las fuerzas de Santa Fe, Entre Ríos y del norte de Buenos Aires, que marcharan sobre la ciudad para concluir "con ese escándalo".

Ya más calmo y desalentado por la tozudez de los círculos rosistas, pensó renunciar al cargo de Director, declarar independientes a las provincias de Entre Ríos y Corrientes, a fin de salvarlas de la anarquía y licenciar al Congreso Constituyente. Juan Pujol, el gobernador de Corrientes, y Ángel Elías apoyaban ese plan, pero el doctor Luis José de la Peña, José Barros Pazos y los diputados al Congreso lo reanimaron y le aconsejaron trasladar la capital al Paraná.

Domingo Crespo, el gobernador de Santa Fe, le confirmaba al doctor Luis José de la Peña "la irrevocable resolución de sacrificarlo todo antes de consentir que la demagogia se sobreponga a la santidad de los principios que guían su administración; antes que renunciar a sus compromisos, antes que separarse de la Organización Nacional, bajo los poderosos y liberales auspicios del Ilustre Libertador, del vencedor de Caseros"<sup>38</sup>.

Las provincias percibieron claramente el sentido del conflicto, del espíritu monopólico de los nuevos caudillos, "los federales roccó", casi todos viejos servidores del Restaurador y comprendieron que debían luchar para su liberación.

El general Urquiza se recuperó, y el 26 de septiembre el doctor Luis José de la Peña informaba a los gobernadores

<sup>38</sup> RUIZ MORENO, *La Revolución contra la tiranía*, t. II, 169, 171, 187.

que había desistido de emplear la fuerza para sofocar la rebelión y había resuelto continuar con las demás provincias la marcha por la Organización Nacional<sup>39</sup>.

El gobernador de Corrientes, Juan Pujol, en una carta al doctor Luis José de la Peña, del 24 de septiembre, condenaba "el escandaloso motín", promovido por "unos hombres ciegos de pasión y locura" y se ponía a las órdenes del general Urquiza. El gobernador Taboada llamaba a Buenos Aires "la Babilonia de nuestra desgraciada patria".

El doctor Luis José de la Peña en su respuesta a Pujol del 15 de octubre, le adelantaba que el eje cultural cambiaba y que las provincias de Entre Ríos y Corrientes eran llamadas a reemplazar a Buenos Aires en la influencia de la civilización y del progreso en el Río de la Plata.

Por su parte el gobernador de Santa Fe, Domingo Crespo, le anunciaba alarmado al doctor Luis José de la Peña que las fuerzas porteñas mandadas por los generales Hornos y Madariaga planeaban desembarcar en sus costas, con el propósito de dispersar el Congreso Constituyente e impedir la sanción de la Constitución a balazos<sup>40</sup>.

El 21 de octubre, Alberdi le escribió al doctor Luis José de la Peña, desde Valparaíso, recordándole los lejanos años. "Su nombre y su persona me eran tan agradables como el recuerdo del Colegio de Ciencias Morales, donde debimos a los cuidados de la dirección que le estaba confiada, la educación que nos ha sacado del vulgo en el curso de la vida." Le agradecía la presentación que había hecho al general Urquiza de su persona, como representante diplomático en Chile, pero declinaba la distinción, para no restar autoridad a sus trabajos institucionales y le sugería que nombrara una comisión, ad hoc, para atender los importantes intereses que ligaban a los dos países. Le informaba que "los argentinos residentes en Chile con pocas excepciones hemos desaprobado públicamente el movimiento de Buenos Aires del 11 de septiembre. Estamos siempre al lado del General Urquiza en la

<sup>39</sup> "El Comercio del Plata", 19 de septiembre de 1852.

<sup>40</sup> RUIZ MORENO, *La Revolución contra la tiranía*, t. II, 352.

idea grande y patriota de dar una Constitución a la República; lo creemos hasta aquí el único hombre competente para promover y dirigir ese difícil trabajo”<sup>41</sup>.

Poco después al contestarle a Sarmiento, en la primera Carta Quillotana, recordaba al doctor Luis José de la Peña, el íntimo amigo de Rivadavia y Florencio Varcla, “el antiguo director del Colegio de Ciencias Morales que tiene discípulos ilustres en cada provincia argentina”<sup>42</sup>.

Las vacilaciones desaparecieron. Por el decreto del 8 de noviembre el doctor Luis José de la Peña fijó el día 20 para la instalación del Congreso Constituyente, la medida más trascendente de esa época, y dispuso que ese día sería feriado nacional en todas las provincias y se rezaran los correspondientes oficios religiosos para impetrar la protección del Señor<sup>43</sup>.

El doctor Luis José de la Peña le volvió a escribir a Alberdi desde Paraná, el 16 de noviembre de 1852: “Puedo desde ahora asegurarle que será Ud. lo que quiera ser, hombres como Ud. no necesitan diplomas ni títulos para servir a la Patria”<sup>44</sup>.

La primera reunión preparatoria del Congreso se celebró el 15 de noviembre. El general Urquiza, ocupado en organizar las defensas contra las expediciones porteñas, no pudo asistir. El 20 de noviembre a las 9 y media de la mañana, el gobernador de Santa Fe Domingo Crespo, en nombre del general Urquiza y en presencia de los jefes militares y de los prelados, inauguró las sesiones. La función fue solemne: al iniciarse desfiló un batallón de cívicos, después retumbaron las salvas de la artillería y las tropas descargaron sus tercerolas, mientras tañían las campanas de las iglesias y de los conventos y las charangas entonaron el Himno.

Ante la ausencia del general Urquiza, le correspondió al doctor Luis José de la Peña, como secretario de Relaciones

<sup>41</sup> ALBERDI, *E.P.*, t. XVI, 296.

<sup>42</sup> ALBERDI, *O.C.*, t. IV, 19.

<sup>43</sup> Registro Nacional, 1852, 49.

<sup>44</sup> Biblioteca Jorge M. Furt.

Exteriores, el alto honor de pronunciar el discurso inaugural, que había redactado Juan María Gutiérrez. Al terminar, los concurrentes se dirigieron a la Iglesia Matriz, donde escucharon una misa y se cantó el *Tedéum* y a la salida fueron saludados por una nueva salva, cuyos ecos retumbaron lúgubremente en el puerto del Plata <sup>45</sup>.

Un rayo de luz iluminó de pronto el panorama. El 1º de diciembre el coronel Hilario Lagos, a cargo del Departamento del Centro, con las fuerzas de la campaña se plegó al general Urquiza en la Guardia de Luján y puso sitio a "la Babilonia platense". La escuadra de la Confederación completó el cerco por el río y parecía que la prudencia volvería a prevalecer <sup>46</sup>.

Los fines del coronel Lagos eran dos: el primero lograr que la provincia de Buenos Aires se reintegrara a la Confederación, y el segundo detener las excursiones de las partidas porteñas sobre las provincias del Litoral.

El general Urquiza no deseaba tomar por asalto la ciudad, preocupado por las víctimas y los daños que ocasionaría una acción militar de esa envergadura y suponía que, con un poco de paciencia, los porteños procederían con más sensatez y los diplomáticos extranjeros le entregarían la ciudad.

El doctor Luis José de la Peña le escribía a Marcos Paz, secretario de Guerra del coronel Lagos, el 17 de diciembre de 1852: "Lo que conviene mi querido amigo, es evitar que la anarquía asome en la República, que no se derrame una sola gota de sangre y que la paz sea el sentimiento que predomine en todos los argentinos".

Movido por esos propósitos, el general Urquiza designó una comisión formada por el doctor Luis José de la Peña, Facundo Zuviría y Pedro Ferré a fin de llegar a un acuerdo. El gobierno porteño designó a Lorenzo Torres y Dalmacio Vélez Sarsfield, conocidas figuras del rosismo, Nicolás Anchorena el patrón y al general José María Paz, constreñido por

<sup>45</sup> JORGE M. MAYER, *Alberdi*, t. I, 450; Registro Nacional, 1852, 50.

<sup>46</sup> "El Comercio del Plata", 9 de diciembre de 1852, 5 de junio de 1853, protesta del almirante Henderson y de los comerciantes ingleses por el bloqueo; RUIZ MORENO, *La revolución contra la tiranía*, t. II, 233, 382.

compromisos familiares, a figurar en un bando al que era ajeno.

Sería para el doctor Luis José de la Peña la misión más difícil de su ministerio, frente a agentes astutos y porfiados, veteranos de todas las marrullerías del Restaurador, que estaban dispuestos a cualquier argucia antes de transigir sobre los sagrados privilegios portuarios.

El doctor Luis José de la Peña con Pedro Ferré y Facundo Zuviría presentaron el 24 de febrero de 1853 sus credenciales al gobernador de la provincia de Buenos Aires, brigadier Manuel G. Pinto, con una carta del general Urquiza del 26 de enero comunicándole el envío de la Comisión "para que en nombre de la Confederación Argentina ofrezca su mediación e interponga todo el valer de la Nación a fin de que la guerra civil cese en esa provincia y para que de acuerdo con las demás de la Confederación concorra al establecimiento de la Carta Constitucional"<sup>47</sup>.

Los comisionados nacionales propusieron desde San José de Flores, el 26 de febrero de 1853, al ministro de Gobierno de la provincia, Lorenzo Torres, que las reuniones se realizaran en la Iglesia de Balvanera. Finalmente aceptaron reunirse en la casa de Saturnino Unzué y el 2 de mayo fijaron las bases preliminares para suspender las hostilidades y tratar de concertar la paz. Se delimitó la posición en que quedarían los ejércitos durante la tregua: el ejército sitiador conservaría una línea que partía desde la Iglesia de Balvanera y se extendía al norte por detrás del Templo de la Recoleta y desde allí hasta el Río de la Plata y por el sud hasta Santa Lucía de Barracas y la casilla de la Boca del Riachuelo y así se lo comunicaron al general Urquiza<sup>48</sup>.

El coronel Lagos informó a la Comisión Mediadora al día siguiente 4 de marzo, que las autoridades porteñas no cumplían sus compromisos y ejercían toda clase de violencias contra los vecinos, prohibían la salida de los artículos de

<sup>47</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 473, 474; BOSCH, *Urquiza*, 296, 299; BUSTAMANTE, *Bosquejo*, 225.

<sup>48</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 475, 476, 498.

consumo y hasta detenían a los soldados desarmados, que entraban en la ciudad, arrancándoles sus distintivos <sup>49</sup>.

Desde San José de Flores, el coronel Lagos dirigió también una nota al general Urquiza, el 4 de marzo, presentándole sus reparos a los procedimientos de la Comisión Mediadora, dado que ocasionaba graves perjuicios al ejército, particularmente porque se prescindía de su opinión y no se eliminaban del gobierno local a los grandes culpables de la subversión. "Toda paz que deje en el poder a esos hombres que nos han combatido tan dilatados años; hombres que Ud. trajo a esta tierra para darles un hogar que mendigaban errantes en el extranjero y que cuando trataba Ud. de asegurarles una posición conveniente, igual que para todos los argentinos, por medio de una Constitución, que fuese el amparo de todos y la ley común, se alzaron en rebelión para inutilizar sus buenos deseos y que ingratos le llevaron la guerra, una paz imposible es una paz ilusoria. En la Provincia de Buenos Aires sería impolítica y aún perjudicial, porque sería dar descanso a los enconos, sería robustecer a los contendientes debilitados, para que volviesen con un nuevo furor a despedazarse. Una paz así, no es paz." <sup>50</sup>

El general Urquiza felicitó al doctor Luis José de la Peña por el resultado obtenido en los primeros pasos. Esperaba que la paz fuera hecha de un modo honroso para todos, pero si se demoraba dispondría que se rompieran las negociaciones <sup>51</sup>.

El 6 de marzo, el ministro de Gobierno de la provincia contestó los reclamos del coronel Lagos; acusaba a las fuerzas sitiadoras de haber cometido 17 asesinatos y le expresaba sus sinceros deseos de preservar la paz <sup>52</sup>.

El doctor Luis José de la Peña le escribió el 8 de marzo al general Urquiza para refutar las críticas del coronel Lagos.

<sup>49</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 299.

<sup>50</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 507, respuesta del general Urquiza del 6 de marzo, 506.

<sup>51</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 505.

<sup>52</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 503, 505.



Le informaba que la redacción del convenio estaba casi concluida y le acompañaba para su conocimiento el borrador<sup>53</sup>.

La comisión del doctor Luis José de la Peña, Ferré y Zuviría envió al general Urquiza, el 17 de marzo, el tratado que había proyectado con los comisionados porteños. El general Urquiza, apenas llegado a San Nicolás el 19 de marzo, rechazó el tratado por medio de una nota de su secretario Ángel Elías, al considerar que ofrecía graves inconvenientes, ya que modificaba las cláusulas del Acuerdo de San Nicolás y no se ajustaba a las instrucciones<sup>54</sup>.

Las principales objeciones eran: a) que se permitía a la provincia de Buenos Aires conservar su armamento y a los jefes y oficiales su destino; b) que no se renovaba totalmente la Sala de Representantes; c) que no se imponía la destitución del general Pinto como Gobernador Provisorio de la provincia; d) que Buenos Aires concurriría al Congreso de Santa Fe con un mayor número de diputados que las demás provincias, en proporción a su población; e) que se reservaba el derecho de aceptar o rechazar la Constitución; y f) que se devolvía a Buenos Aires los barcos que la Confederación había capturado.

El mismo día los comisionados contestaron al general Urquiza expresándole que habían cumplido sus instrucciones y que el tratado había quedado sometido a su juicio, sin que hubiera culpa de su parte<sup>55</sup>.

Era evidente que el general Urquiza y el coronel Lagos deseaban obtener la capitulación del gobierno porteño para concluir con esas rencillas, pero era también evidente que esa capitulación no podía obtenerse fácilmente y el doctor Luis José de la Peña y sus compañeros habían advertido que Buenos Aires contaba con fuerzas suficientes y el apoyo del comercio inglés, para resistir largo tiempo, como había sucedido en el caso del sitio de Montevideo y que era por con-

<sup>53</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 479, 509; RUIZ MORENO, *La Revolución contra la tiranía*, t. II, 241.

<sup>54</sup> "El Comercio del Plata", 31 de marzo, 1, 2, 3, 4 de abril de 1853; Registro Nacional, 1853, 62.

<sup>55</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 510.

siguiente preferible buscar otras soluciones, aunque no fueran tan halagüeñas y exigieran más tiempo.

El ministro Lorenzo Torres, como en los días del Restaurador, se dirigió nuevamente al general Urquiza, el 23 de marzo, para expresarle que Buenos Aires no consideraba el Acuerdo de San Nicolás como una ley y no se avenía a concurrir al Congreso Constituyente. Conforme a las bases de dicho Acuerdo, objetaba ásperamente las disposiciones sobre la Aduana y propuso la designación de otra comisión<sup>56</sup>.

El 17 de marzo el doctor Luis José de la Peña envió su renuncia al general Urquiza y le expresaba su deseo de volver a la vida privada, reconfortado por el sentimiento de haber cooperado, con lealtad y abnegación, a la gloria de su obra. Al día siguiente Ángel Elías, en nombre del general Urquiza, le comunicó que éste rechazaba su renuncia y esperaba que continuara en su cargo para prestar nuevos servicios a la causa nacional<sup>57</sup>.

El doctor Luis José de la Peña insistió en su renuncia. "Mis convicciones más profundas me imposibilitan para servir bajo otro programa que no sea la paz de la Confederación, programa proclamado por su Excelencia y sostenido con una constancia que hace uno de los grandes motivos de su gloria. Si la paz no ha podido realizarse, a pesar de la lealtad con que se ha procurado obtenerla, es fuera de duda, que en la parte que me ha cabido en la negociación con el gobierno de Buenos Aires, no ha habido bastante inteligencia, para juzgar a los medios que deben conducir a ella."<sup>58</sup>

Al día siguiente, 19 de marzo, Ángel Elías le volvió a informar que el general Urquiza "no admitía su separación porque sus servicios son aún necesarios a la causa pública", pero el doctor Luis José de la Peña insistió en su renuncia por tercera vez "asegurándole a su Excelencia que en mi reiterada insistencia sólo influye el patriotismo y el vivo deseo de

<sup>56</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 480.

<sup>57</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 510, 511.

<sup>58</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 511.

la prosperidad de la Nación, bajo la administración del que abrió su era de libertad y paz”<sup>59</sup>.

El general Urquiza nada contestó; no le placían esas clases de resistencias, pero apreciaba demasiado a su ministro para prescindir de sus servicios.

El doctor Luis José de la Peña, desde San Nicolás, presentó el 17 de abril al general Urquiza un extenso alegato, con una serie de documentos justificativos. Allí calificaba el rechazo del tratado de “inesperado” y protestaba por las acusaciones de “haber faltado al tenor expreso de las instrucciones”. El general Urquiza había trazado un plan de conciliación y en cambio la prensa de Buenos Aires había proseguido la campaña de provocaciones. La intervención del general Urquiza, a favor del coronel Lagos, había sido para “hacer cesar los horrores de la guerra civil y cimentar la paz”. Agregaba que no podía prohibirse a la provincia de Buenos Aires conservar sus armas si conservaba sus propias instituciones, pues eran una garantía de su orden interno. No se podía tampoco exigir la renuncia total de la Sala de Representantes y con renovarla gradualmente por mitades, se obtendría el fin buscado. Tampoco era posible exigir la destitución del gobernador, tanto más que el general Pinto se había distinguido siempre por la moderación de sus opiniones y hasta el coronel Lagos lo admitía. Los comisionados se habían visto en la necesidad de aceptar que la provincia de Buenos Aires remitiese la nueva Constitución Nacional a la aprobación de su Legislatura porque así lo exigían sus instituciones y particularmente la ley del 30 de noviembre de 1827 y si esta condición no se hubiera conformado hubiera sido difícil someter a la provincia por la fuerza<sup>60</sup>.

Este era el punto que más preocupaba al doctor Luis José de la Peña, empeñado en evitar mayores derramamientos de sangre entre ejércitos hermanos y receloso de los resultados

<sup>59</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 511, 512.

<sup>60</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 482, 514; Tratado de Paz entre el Director Provisorio de la Confederación Argentina y el gobierno de Buenos Aires del 9 de marzo de 1853, por L. J. de la Peña, Buenos Aires, 1853.

de una lucha que, además de ser catastrófica, podía ser adversa, dadas las fuerzas que podían enrolar los porteños.

El 15 de junio de 1853 le escribió, desde la Colonia, una larga carta a Alberdi, entonces en Valparaíso, exponiéndole sus apremios. Le informaba que el pensamiento íntimo del general Urquiza había sido la desmembración de las provincias de Entre Ríos y Corrientes, con el apoyo de la Banda Oriental y del Imperio, y los esfuerzos que debió realizar para disuadirlo. La revolución del coronel Lagos lo trajo de nuevo a la senda nacional y por eso se resolvió a enviar la comisión a Buenos Aires. Al principio todo parecía favorable, y así pudo ajustar el tratado con el general Paz y Lorenzo Torres, pero sus gestiones fracasaron, porque el general Urquiza pretendía sitiarse a Buenos Aires, con la esperanza de que el hambre la haría capitular, ya que no contaba con elementos suficientes para intentar un asalto. Aconsejaba además la capitalización de la ciudad como una medida absolutamente necesaria, con el fin de evitar el aislamiento definitivo de los porteños. Le adjuntaba su alegato en defensa del tratado y le enviaba saludos para Francisco Villanueva. Se había refugiado en la Colonia, para hacer más efectivo su alejamiento de la vida pública y se había dedicado por completo a la agricultura <sup>61</sup>.

El ejército del coronel Lagos y la escuadra de la Confederación habían cerrado el cerco sobre la ciudad por tierra y por agua, pero los políticos porteños, veteranos en esas trapizondas, emplearon nuevamente el arma temible de las rentas aduaneras. En uno de los episodios más pintorescos de las guerras civiles argentinas, el 20 de julio sobornaron al almirante John Halstead Coe, un yerno del general Juan Ramón Balcarce, que había servido bajo el gobierno del Restaurador, quien les entregó la escuadra, en la rada, a cambio de 26 mil onzas de oro. Las onzas, la caballería de San Jorge, resultaron otra vez más eficaces que los cañones. Poco a poco por los mismos medios sedujeron a los jefes y ofi-

<sup>61</sup> Asambleas Constituyentes, t. VI, 512.

ciales y desquiciaron el ejército del coronel Lagos, hasta el punto de llevarse las caballadas y el 13 de julio se levantó el sitio <sup>62</sup>.

El general Urquiza prosiguió, a pesar de las resistencias, su política de apertura del comercio del interior, del tráfico de los ríos, liberados de la Aduana porteña. Quería paz, orden y progreso en comarcas devastadas por la pobreza y las guerras civiles.

El 10 de julio de 1853 Salvador María del Carril y José Benjamín Gorostiaga firmaron en San José de Flores con los agentes de Francia y de Inglaterra y luego de los Estados Unidos, Louis de Saint George, Charles Hotham y John Pendleton, los tratados sobre la libre navegación de los ríos Paraná y Uruguay que abrían a las provincias litorales sus comunicaciones y ponían fin "al monopolio que ha empobrecido y arruinado a todas las provincias" <sup>62a</sup>.

Los porteños protestaron iracundos contra el cercenamiento de sus privilegios. Lorenzo Torres sostenía que los tratados agraviaban los derechos de Buenos Aires sobre "la legislación interior de sus puertos". Irineo Portela los llamaba "un atentado contra la independencia de la provincia".

"Los Debates", con el mismo lenguaje de la "Gaceta Mercantil", los calificaba de criminales, era "un robo a la provincia y un crimen de alta traición". El mismo derecho tenía el general Urquiza para legislar sobre la navegación del Támesis, del Mississippi o del Ródano, "se despoja a la provincia de sus derechos más sagrados, se destruye el comercio de la ciudad substituyéndolo con el contrabando, habilita como puertos las rancherías de la costa sin otro objeto que el de perjudicarla, abre un camino al fraude y a la depredación y deja entrever el pensamiento de anular el comercio de esta plaza".

<sup>62</sup> RUIZ MORENO, *La Revolución contra la tiranía*, t. II, 243, 244; t. II, 262; TRINIDAD DELIA CHIANELLI, *La misión Peña y la unión nacional*, 1971, 37; Juan Bautista Peña, en lo privado excelente persona y en política uno de los porteños más moderados, fue el intermediario; BUSTAMANTE, *Bosquejo*, 253.

<sup>62a</sup> Registro Nacional, 1856, 428.

Llovían los insultos, los ministros extranjeros eran unos "degradados", el general Urquiza "un infame jugador de lupanars, degollador y estaqueador".

Los tratados fueron más eficaces para emancipar a las provincias del yugo aduanero de Buenos Aires que los combates anteriores. Rompieron las murallas fiscales y abrieron un ancho camino por donde se volcaron hacia el interior las mercaderías y los libros, el bienestar y la cultura y luego las carretas, los ferrocarriles, el Gran Central, las escuelas, los colonos que sembrarían nuevas cosechas, las empresas de Augusto Brougues, Aarón Castellanos, Esteban Rams y Rubert, Anarcasis Lanús y William Wheelright, que impulsaron una gigantesca transformación.

El doctor Luis José de la Peña firmó el 9 de agosto otro tratado de amistad, comercio y navegación con Bernardo de Souza Leite, representante del Portugal. En Chile Carlos Lamarca firmó un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Diego José Benavente en el año 1855. Más interesante es el Reglamento Provisorio para el comercio recíproco y tránsito por la cordillera, firmado el 23 de octubre de 1856, ya que fija claramente la cordillera como límite entre los dos países.

Continuó nominalmente en el ministerio hasta el 29 de agosto de 1853, día en que fue reemplazado por Facundo Zúvira. Su alejamiento no fue definitivo, porque el general Urquiza le tenía una particular estima por sus dotes de inteligencia y tacto<sup>63</sup>.

Era difícil serenar un país todavía agitado por los remolinos del interior y los porfiados reclamos del Puerto. El 22 de marzo de 1854 el gobierno nacional se instaló en la ciudad de Paraná, constituida en la capital de la Confederación. El 12 de abril, la provincia porteña, siempre incorregible, sancionó a su vez una Constitución local y se declaró Estado soberano. La balcanización de la República se convirtió en un peligro mortal.

<sup>63</sup> Registro Nacional, 1853, 77.

La provincia rebelde se mantenía holgadamente con las rentas de la Aduana y las emisiones de papel moneda. Del 11 de septiembre de 1852 hasta junio de 1853, esa emisión llegó hasta 89 millones. El 31 de octubre de 1852 el gobernador Manuel G. Pinto fue substituido por el doctor Valentín Alsina y éste nombró ministro de Gobierno al coronel Mitre, de Hacienda a Juan Bautista Peña, primo del doctor Luis José de la Peña, y de Guerra al general José María Flores. Bajo el gobierno del doctor Pastor Obligado, la Legislatura autorizó la demolición del Fuerte, la desastrada reliquia del régimen virreinal. En 1854 comenzó el trazado del Ferrocarril Oeste, que llegó a Moreno en 1860 y a Luján en 1864<sup>64</sup>.

La guerra contra los salvajes que masacraban a los colonos e incendiaban las aldeas era constante. Después de la derrota del coronel Mitre en Sierra Chica, los coroneles Manuel Hornos, Nicolás Granada, Emilio Conessa, Wenceslao Paunero y Eustaquio Frías batieron a los salvajes en las batallas de Tapalqué, Campo de Solano, Cristiano Muerto, San Lorenzo y Bahía Blanca y rescataron inmensos arreos de haciendas y cautivas.

La situación internacional empeoraba, el Imperio de los Braganza proseguía sus planes de expansión, el mariscal Francisco Félix de Fonseca Pereira Pinto acampaba frente a Montevideo con un ejército de 4 mil hombres, dispuesto a deglutirse la Banda Oriental.

Por consejo de Alberdi, el general Urquiza resolvió presionar a Buenos Aires en su punto más sensible, como había hecho el gobierno norteamericano con los Estados de North Carolina y Rhode Island, a fin de inducirlos a volver al redil. Así el Congreso votó las leyes de los derechos diferenciales N° 70 del 19 de junio de 1856 y N° 174 del 28 de julio de 1858 que fomentaron el rápido desarrollo del Litoral, y en particular de la ciudad de Rosario, cuya población creció en dos años de 6 mil a 22 mil vecinos.

<sup>64</sup> "El Nacional Argentino", 5 de abril, 9 de diciembre de 1856; Los Debates, 17 de marzo de 1858.

El general Rosas desde Southampton y el general Mitre desde Buenos Aires, movidos por los mismos intereses y discípulos de la misma política, aconsejaban la secesión definitiva de la provincia y la creación de la República del Plata.

Ante la inminencia de un nuevo choque con Buenos Aires, el general Urquiza designó al doctor Luis José de la Peña Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario, en misión especial, cerca de S.M. el Emperador del Brasil, el 3 de mayo de 1858 <sup>65</sup>.

Su objeto aparente era establecer claramente los casos en que, de acuerdo con la Convención de Paz de 1828 y el Tratado del 3 de marzo último, debían intervenir los gobiernos de los dos países para sostener la independencia de la Banda Oriental. El fin subyacente era lograr un tratado de alianza con el Imperio y la Banda Oriental, reincorporar por las armas a Buenos Aires a la Confederación y eliminar ese foco de anarquía y revueltas. Por su parte, los diplomáticos imperiales estaban preocupados de que Buenos Aires quisiera anexarse el Uruguay para formar los Estados Unidos del Plata, de que hablaban.

En viaje a Río de Janeiro, el doctor Luis José de la Peña se entrevistó en Montevideo con Soares de Souza y el ya famoso José María Silva Paranhos, el futuro barón de Río Branco, y advirtió que nunca ayudarían al general Urquiza para someter a Buenos Aires, porque temían la unión de las Provincias Confederadas y que si lo habían apoyado en 1851, había sido incidentalmente para defenderse de las excursiones del general Oribe contra las estancias de Río Grande.

El doctor Luis José de la Peña comprendió las dificultades de su tarea frente a la política disolvente del Imperio, y sus preocupaciones crecieron cuando supo que los diplomáticos franceses e ingleses estaban resueltos a exigirle al Imperio que guardase una absoluta abstención.

<sup>65</sup> Registro Nacional, 1858, 121, 526. Secretario de la misión fue Mario Arredondo; Vicente D. Sierra, t. X, 1980, 352; BOSCH, *Urquiza*, 441, 453, 458, 459; JORGE M. MAYER, *La política de los Braganza en el Río de la Plata*, Anales de la Academia de Derecho, N° 16, 1980, 731.



El 30 de septiembre de 1858 el general Urquiza aceptó la renuncia de Bernabé López, cicatero y desconfiado, y nombró nuevamente ministro de Relaciones Exteriores al doctor Luis José de la Peña; dispuso además que hasta su regreso de Río de Janeiro el ministerio fuera desempeñado, interinamente, por Juan Francisco Seguí<sup>66</sup>.

La política internacional del general Urquiza, siempre cauteloso, era la misma para sus planes tanto de ataque como de defensa: buscaba apoyos en los países limítrofes, el Paraguay, la Banda Oriental y el Imperio; desconfiaba de este último, pero suponía que podía suministrarle un complemento de barcos y fondos que fortalecieran su posición.

Pero se equivocaba, poco bueno se podía esperar del Imperio, sólo preocupado por sus intereses y temeroso de la Confederación, en la que veía una barrera que se oponía a sus planes de expansión hacia el sud, no era ni nunca sería un aliado confiable.

No les daba la misma importancia estratégica a Inglaterra y a Francia, y sólo los estimaba como buenos clientes, que podían colaborar en el adelanto del país con sus industrias y sus colonos y posibles compradores de los frutos de sus saladeros.

El doctor Luis José de la Peña debió tratar en Río de Janeiro con dos expertos diplomáticos: Andrés Lamas, representante de la Banda Oriental, y José María Silva Paranhos, en nombre del Imperio. El proyecto de alianza fracasó, pero el doctor Luis José de la Peña obtuvo de Inglaterra y del Imperio que siguieran una conducta más benévola hacia la Confederación. Así se firmó el Tratado del 2 de enero de 1859, que reforzó los convenios anteriores y consolidaba la Banda Oriental como un Estado de tipo suizo en el Río de la Plata, tratado que no fue ratificado<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Registro Nacional, 1858, 159.

<sup>67</sup> Tratado de Alianza firmado por los Plenipotenciarios de la República Oriental del Uruguay Andrés Lamas, del Imperio del Brasil José María da Silva Paranhos y Paulino José Soarez de Souza, Vizconde del Uruguay y de la Confederación Dr. Luis José de la Peña, Registro Nacional, 1859, 180; Colección de Tratados, t. II, 1911, 480; CENTENO, *Virutas históricas*, t. I, 89; ALBERDI, *E.P.*, t. XIV, 645, 717.

La actividad diplomática del doctor Luis José de la Peña era intensa. El 23 de marzo de 1859 aprobó el tratado firmado, el 7 de diciembre de 1858, por el senador Ramón Alvarado con el secretario de Estado de Bolivia Manuel Buitrago de Paz, Amistad, Comercio y Navegación<sup>68</sup>.

Ante la obstinada política de Buenos Aires, el general Urquiza, por el decreto del 2 de abril de 1859, encomendó al doctor Luis José de la Peña una nueva misión diplomática, esta vez ante el presidente Carlos Antonio López, del Paraguay. El doctor Luis José de la Peña arribó a la Asunción el 18 de abril con el objeto de obtener algunos de los pretextos que ese gobierno le había ofrecido y su apoyo en la lucha contra Buenos Aires.

Pero López "no quería mandar tropas para que se contagiaran" con una civilización que mantenía esos pueblos en constante agitación y creía en el triunfo del gobierno más rico de los porteños. Sólo deseaba aislar su país, consolidar sus fronteras y se redujo a ofrecer su mediación y cuatro patachos. El doctor Luis José de la Peña firmó en esas condiciones un protocolo formal, y se embarcó de vuelta hacia Paraná en el mes de junio<sup>69</sup>.

El doctor Luis José de la Peña fue un excelente amigo y colaborador de Alberdi en el curso de sus trabajos diplomáticos en Europa. Refutó las críticas que le dirigió Lucas González cuando se debatió en el Congreso el arreglo que había celebrado con los gobiernos de Francia e Inglaterra sobre el pago de algunas indemnizaciones. A propuesta de Alberdi, apoyó el nombramiento de Juan María Gutiérrez para ministro de la Confederación en París. Recibió secamente al Encargado de Negocios de Francia en Montevideo, Martín Maillefer, cuando se empeñó en "deshacer la mala impresión" que había causado en el Plata la recepción de

<sup>68</sup> Registro Nacional, 1859, 206, 210.

<sup>69</sup> Registro Nacional, 1859, 188; SIERRA, *Historia*, t. X, 357; en la nota del Dr. Luis José de la Peña a Francisco Solano López del 17 de noviembre de 1958, le daba sus efusivas gracias "por la habilidad y el celo con que ha sabido contribuir a la unión de todos los argentinos"; RUIZ MORENO, *La Revolución contra la tiranía*, t. IV, 320; BOSCH, *Urquiza*, 470, 487.

Mariano Balcarce, en las Tullerías, como representante del Estado soberano de Buenos Aires. Alberdi le aconsejaba que para resolver el problema que planteaba la obstinada hegemonía de Buenos Aires, se dividiera la provincia en dos y se formara otra, en la zona norte, con la capital en San Nicolás. Pero movido por las intrigas del mariscal Santa Cruz, debió refrendar el decreto del 23 de noviembre de 1859, que designó a Mariano Balcarce, Encargado de Negocios de la Confederación en París <sup>70</sup>.

El general Urquiza deseaba culminar su obra de gobierno con la celebración del tratado con España. En Madrid, Alberdi firmó el Tratado de la Independencia con la reina Isabel II, el 29 de abril de 1857, que por celos políticos fue rechazado en una reunión de ministros y así firmó con Calderón Collantes, el segundo tratado, del 9 de julio de 1859.

El 7 de agosto, Alberdi le escribía al doctor Luis José de la Peña exponiéndole su sentido y sus alcances. "Por la referencia que hace a la ley de ciudadanía del 7 de octubre de 1857 salva y deja en pie las instituciones en esta materia. Era todo lo que podían hacer en un tratado dos gobiernos que no tenían la facultad de derogar, ni de imponer, el uno sus leyes fundamentales en el territorio del otro. Por esta solución que deja a los trabajos interiores y graduales de la diplomacia el cuidado de crear una jurisprudencia, nuestro país queda respecto a España, como esta respecto a Inglaterra y Francia. Como verá V.E. en el artículo 4º el tratado expresa que España nos transfiere todos sus privilegios. Roma no podrá ahora desconocernos el derecho de Patronato, bajo el pretexto de que siendo un privilegio concedido a los Reyes de España, como dice ella, no hemos podido sucederles en él, por la obra de una revolución. Para fundar nuestro derecho sobre la Provincia de Buenos Aires y sostener con un

<sup>70</sup> Cámara de Diputados, 1859, 300; Registro Nacional, 1859, 450; Cartas del Dr. Luis José de la Peña al General Urquiza del 29 de mayo, 2 de junio de 1858, A.G.N. Archivo Urquiza; Carta del Dr. Luis José de la Peña a Alberdi, 8 de julio de 1858, Biblioteca Jorge M. Furt; los Convenios, Registro Nacional, 1859, 230, 233, 235.

título de mayor autoridad la causa de la integridad argentina; para contener con las armas de la legitimidad los avances del filibusterismo de toda raza y especie, nos conviene altamente aceptar el tratado, concluído en nombre de la Confederación." <sup>70a</sup>

El Tratado de la Independencia fue refrendado por el doctor Luis José de la Peña el 7 de febrero y ratificado por el Congreso el 26 de febrero de 1860, en las postrimerías del gobierno del general Urquiza, a pesar de la furiosa oposición de los círculos localistas <sup>71</sup>.

Bajo un ciclo rojizo renacían la intolerancia, las ambiciones de prepotencia, los viejos resentimientos soplaban como un vendaval los intereses mercantiles que imperaban al abrigo de los monopolios y de los privilegios.

La sequía devastaba los campos, morían millares de ovejas y encendía, como siempre, nuevas batallas. Buenos Aires, dominada por los discípulos del Restaurador, "estaba en ebullición". El general Benavídez, el viejo gobernador de la provincia de San Juan, fue asesinado a bayonetazos, en la cárcel, por el coronel Domingo Rodríguez y un negro panadero, y su cuerpo tirado, desde un balcón, a la plaza pública. Los hilos del crimen llegaban hasta Buenos Aires, el pueblo "hizo una ovación a los asesinos" <sup>72</sup>.

Entre las charcas de sangre croaban los nuevos caudillos. El círculo que dominaba a Buenos Aires, "los traficantes de la guerra civil", engreídos con sus rentas y sus armamentos, estaban convencidos de que podían derrotar al ejército nacional y abolir "la maldita" Constitución. Inútiles fueron las gestiones de Carril y Derqui, inútil fue la disidencia de un grupo porteño más sensato. Alsina inflexible, Mitre belicoso y Vélez Sarsfield dócil a sus clientes, nada querían entender.

<sup>70a</sup> ALBERDI, *E.P.*, t. XIV, 269, 309, 321, 329, 339, 355, 363.

<sup>71</sup> Registro Nacional, 1860, 276; Asambleas Constituyentes, t. VI, 577, 578; Carta de Luis J. de la Peña a Alberdi, 23 de febrero de 1860, *E.P.*, t. XIV, 480, "con este acto cerrará el General Urquiza su período presidencial y yo mi ministerio que inicié con el mismo como Director Provisorio".

<sup>72</sup> Registro Nacional, 1860, 269; ALBERDI, *E.P.*, t. IX, 30, 41, 44; t. XIV, 269, 285, 309, 395.

Buenos Aires declaró la guerra a la Confederación y encendió una nueva saturnal de sangre. Comenzó las hostilidades el 6 de mayo de 1859 y el 27 de mayo Mitre fue nombrado General en Jefe de las milicias locales que debían operar contra la Constitución y el gobierno nacional.

El Congreso autorizó el 20 de mayo al presidente Urquiza para "resolver la cuestión de la integridad nacional, por medio de las negociaciones pacíficas o de la guerra, según lo aconsejen las circunstancias". Inútiles fueron las gestiones de los diplomáticos William D. Christie y Benjamín Yancey. Los rebeldes imponían crudamente como condiciones previas el ostracismo del general Urquiza y el mantenimiento de la secesión por tiempo indefinido.

El 23 de octubre de 1859, los dos ejércitos se encontraron en los campos de Cepeda. La caballería porteña se desbandó al primer choque y los restos de la infantería se retiraron a marcha forzada, durante la noche, hasta San Nicolás, donde se embarcaron "azorados".

La proclama del general Urquiza al pueblo de Buenos Aires del 24 de octubre, muestra la transfiguración que se había operado en el caudillo de India Muerta y Vences. "Ofrecí la paz antes de combatir y triunfar. La victoria y dos mil prisioneros tratados como hermanos es la prueba que os ofrezco de la sinceridad de mis buenos sentimientos y de mis leales promesas. Vengo a ofreceros la paz duradera, bajo la bandera de nuestros mayores, bajo una ley común, protectora y hermosa. Descos que los hijos de Buenos Aires sean argentinos. La Nación tiene el derecho de exigirlos que os reunáis en su seno. Desde el campo de batalla, os saludo con el abrazo del hermano."<sup>73</sup>

El ejército nacional avanzó hasta el recinto de la ciudad: el choque final era inminente, cuando se interpuso el general Francisco Solano López, ministro mediador del Paraguay, enviado por su padre, el presidente Carlos Antonio López, para evitar una hecatombe. Las dos partes aceptaron sus buenos

<sup>73</sup> RUIZ MORENO, *La Revolución contra la tiranía*, t. IV, 215.

oficios, pero Alsina, Mitre y Vélez Sarsfield, a pesar del fracaso de su política, pretendían continuar la resistencia.

La negociación estuvo a punto de romperse. El 7 de noviembre Alsina, incitado por Mitre, retiró su representante de la Comisión Mediadora y el general Urquiza apostó el ejército para el asalto. La Legislatura, alarmada ante la inminencia de una catástrofe, exigió el mismo día 8 su renuncia a Alsina y a Mitre y designó gobernador a Felipe Lavallol. Dos días después, los representantes de la Confederación Tomás Guido, Juan Pedernera y Daniel Aráoz, sin más impedimentos, firmaron con los representantes de Buenos Aires Carlos Tejedor y Juan Bautista Peña, el Tratado de San José de Flores <sup>74</sup>.

El 17 de noviembre de 1859 el doctor Luis José de la Peña dirigió dos oficios al brigadier general Francisco Solano López, secretario de Estado de la República del Paraguay, y al ministro de Relaciones Exteriores de la misma República, expresándoles su agradecimiento por sus esfuerzos para lograr el convenio de unión y paz celebrado entre Buenos Aires y la Confederación en San José de Flores, el 11 de noviembre de 1859, y el 25 de enero de 1860 suscribió el acta de recibo de la ratificación del gobierno del Paraguay a la garantía de dicho convenio <sup>75</sup>.

El 1º de marzo de 1860, el doctor Luis José de la Peña fue nuevamente designado para celebrar un Tratado de Amistad y Comercio con el Reino de Bélgica, que firmó con el conde Paul de Borchegrave, en Paraná, el 3 de marzo de 1860 <sup>76</sup>.

El cielo se aclaraba: la unión argentina parecía hecha, la paz y las esperanzas volvían a renacer en los doloridos campos de la Confederación.

<sup>74</sup> RUIZ MORENO, *La Presidencia de Derqui*, t. II, 1913, 13.

<sup>75</sup> Registro Nacional, 1859, 150; RUIZ MORENO, *La Revolución contra la tiranía*, t. IV, 254; ALBERDI, *O.C.*, t. V, 441, 445.

<sup>76</sup> Registro Nacional, 1860, 277.

## CAPÍTULO IV

### LOS ÚLTIMOS AÑOS

Las ilusiones fueron muchas, parecía que se había alcanzado la paz, que los campos se abrirían a los colonos, que los rebaños volverían a multiplicarse y que la prosperidad llegaba a la Confederación. Pero los caudillos porteños lanzaron en privado su famosa fórmula "prepararse y esperar", anuncio de una nueva tragedia que ensangrentaría las tierras del Plata por muchos años <sup>1</sup>.

El 5 de marzo de 1860 el general Urquiza, de acuerdo con las normas constitucionales, entregó la presidencia al doctor Santiago Derqui; se abrió un nuevo ciclo de esperanzas frustradas, de tormentas y complicaciones superfluas.

El nuevo presidente, remolón e indeciso, designó ministro de Relaciones Exteriores a un porteño, Emilio de Alvear, en reemplazo del doctor Luis José de la Peña y tomó un impreciso rumbo <sup>2</sup>.

Pocos días antes, el 29 de febrero, el Congreso Nacional había aprobado la Constitución de la provincia de Entre Ríos y la Convención resolvió instalar la capital provincial en la ciudad de Concepción del Uruguay. El general Urquiza fue elegido, como era natural, gobernador y asumió el cargo el 1º de mayo. Conservaba en esa forma el cetro del poder y de la

<sup>1</sup> RUIZ MORENO, *La presidencia de Derqui*, t. I, 4, 287.

<sup>2</sup> Registro Nacional, 1860, 281; LUCIO V. MANSILLA, *Retratos y recuerdos*, 1927, 62; VICTOR GALVEZ, *Memorias de un viejo*, 1942, 213.

autoridad. Inmediatamente designó al doctor Luis José de la Peña ministro para los Asuntos de Hacienda, Justicia e Instrucción Pública de la provincia y al coronel Ricardo López Jordán ministro del Interior y Guerra.

Por el decreto del 1º de diciembre de 1860 se creó el Consejo de Instrucción Pública, con el fin de organizar y difundir la enseñanza primaria, someter al gobierno el Reglamento General de Escuelas, ejercer su inspección, aprobar los programas, horarios y textos, examinar los aspirantes a la docencia y llenar las funciones de consulta.

Presidió el doctor Luis José de la Peña el Primer Consejo, acompañado por el general Manuel A. Urdinarrain, Salvador María del Carril, Benjamín Victorica, Alberto Larroque, Jorge Llark, el presbítero Domingo Ereñu, Ventura Pondal, Vicente Peralta, Martín Ruiz Moreno, Vicente H. Montero, José Romualdo Baltoré, Juan Andrés Vázquez, Emilio Du Portal, el coronel Teófilo de Urquiza, Simón Santa Cruz, Nicolás Martínez Fontc, Luis Grimaux y secretario Onésimo Leguizamón.

El doctor Luis José de la Peña expresó que "el gobierno de la Provincia ve en la instrucción del pueblo, la verdadera base del desarrollo, de su bienestar y de su progreso; el medio más eficaz de promoverla. La considera además como la garantía más sólida de la estabilidad y del perfeccionamiento de nuestras instituciones"<sup>3</sup>.

El general Urquiza continuó su obra de paz y mejoras: instaló el Consejo de Higiene el 17 de abril de 1861; prohibió la venta de las bebidas alcohólicas al mostrador en la campaña; fomentó la colonización, el trabajo de las caleras, graserías, fábricas de ladrillos, molinos, estancias, chacras y granjas.

Según el consejo del doctor Luis José de la Peña, la Cámara Legislativa adoptó el Código de Comercio de la Provincia de Buenos Aires, por ley del 11 de marzo de 1862, en reemplazo de las Ordenanzas de Bilbao; creó el Departamento Topográfico y un Registro General de Títulos; sancionó un Re-

<sup>3</sup> PÉREZ COLMAN, *Historia de la Nación Argentina*, t. IX, 283.



glamento para agrimensores y abogados; otorgó una conce-  
sión a José Puig Calvera y Pablo Nin para el desarrollo de  
la industria frigorífica; propuso un proyecto de colonización  
y fundó la villa de Colón <sup>4</sup>.

Pero los porteños, dominados por el determinismo geográ-  
fico fiscal, eran incorregibles; sólo vieron en el Pacto de San  
José de Flores un arreglo injusto y precario: "transar era in-  
moral". Comenzaron por demorar la Convención provincial  
que debía examinar la Constitución Nacional y plantearon  
toda clase de objeciones; su fin era siempre salvar la Aduana <sup>5</sup>.

Se afianzaba la contrarrevolución "del monopolio y del  
atraso". El general Guido quedó consternado ante el engaño.  
"Olvidamos todos la incorregibilidad de ciertos hombres que  
dueños del poder de aquella provincia por la magnanimidad  
del vencedor, hacen del pacto de familia un asunto de inter-  
minables discusiones para prolongar el aislamiento. El pacto  
fue un rayo de luz para muchos ilusos y de esperanzas con-  
soladoras para los patriotas de corazón, pero toda ilusión se  
ha disipado, la reacción del círculo predominante en Buenos  
Aires es completa, la autoridad ha vuelto a monopolizarse y  
la sangre derramada en Cepeda y los inmensos sacrificios  
hechos para complementar la organización de la República  
han sido inútiles."

El general Urquiza estaba decepcionado. La provincia de  
Buenos Aires no cumplió con los compromisos que había asu-  
mido en el Tratado de Flores, ni entregó la Aduana ni desar-  
mó el ejército; bregaba por el retorno al régimen del Res-  
taurador y de sus privilegios.

El asesinato del gobernador José Virasoro y de su familia  
en San Juan, el 6 de noviembre de 1860 y el fusilamiento de  
Antonino Aberastain, en el Pocito el 11 de enero de 1861 enar-  
decieron los espíritus. El rechazo por el Congreso de los  
diputados designados irregularmente por la provincia, desen-  
cadenó en Buenos Aires una furibunda protesta.

<sup>4</sup> BOSCH, *Urquiza*, 583.

<sup>5</sup> RUIZ MORENO, *Derqui*, t. I, 143.

Inmediatamente el gobernador Bartolomé Mitre, munido de esa excusa aceleró los preparativos para el nuevo alzamiento y según la misma táctica del Restaurador, compró una partida de carabinas inglesas, alistó las tribus indias, armó la escuadra y concentró las tropas provinciales en el pueblo de Rojas. Otra vez tramaba la secesión definitiva "su plan loco de independencia" y envió a Rufino de Elizalde a Río de Janeiro a implorar la ayuda del Emperador con tan reprochable fin.

El gobierno nacional, alarmado por una actitud que agraviaba el orden y la integridad nacional, comprendió que debía alistar las fuerzas de Entre Ríos y Corrientes, antes de ser "asesinados como lo fue el Coronel Virasoro en San Juan".

El general Urquiza en el mensaje que dirigió a la Cámara Legislativa, con la firma del doctor Luis José de la Peña, expuso el 21 de febrero las causas y el carácter del conflicto. La pretensión del gobierno porteño de justificar la masacre del gobernador Virasoro y de su familia, por una banda de forajidos, carecía de justificativos y significaba retornar a las negras horas del régimen rosista y la insólita pretensión de desconocer por sí las facultades del Congreso de la Nación, para juzgar los títulos de los diputados violaba los claros principios constitucionales y promovía otra vez la anarquía, que tantos daños y tanta sangre había costado al país <sup>6</sup>.

Pocos días después, el 19 de abril, el doctor Luis José de la Peña con un espíritu más filantrópico, suscribió con el general Urquiza un decreto que disponía levantar una colecta para socorrer a las víctimas del terremoto de Mendoza ocurrido el 20 de marzo.

El gobierno del neorrosismo no quiso detenerse: el 12 de junio movilizó oficialmente las milicias y el 1º de julio el general Mitre tomó el mando para combatir la Constitución que pocos meses antes había jurado cumplir y hacer cumplir.

Ante esa desenfadada postura, el Congreso Nacional en la sesión del 6 de julio, resolvió intervenir la provincia de Bue-

<sup>6</sup> RUIZ MORENO, *Derqui*, t. II, 143.

nos Aires, de acuerdo con el artículo 6º de la Constitución "a los efectos de restablecer el orden legal, perturbado por la rebelión y hacer cumplir la Constitución Nacional y las resoluciones del gobierno federal".

Los porteños no tenían excusas al promover "esa bulla de gansos". El conflicto que habían planteado, con flagrante mala fe, había sido resuelto conforme a las prácticas parlamentarias. Debieron acatar la resolución del Congreso y llamar a nuevas elecciones de diputados y decretada la intervención nacional, su deber era someterse a las autoridades constitucionales, pero nuevamente se sentían más fuertes que "los trece miserables ranchos".

Inútiles fueron las gestiones de los ministros de Francia Charles Lefebvre de Becourt, de Inglaterra Eduardo Thornton y del Perú Buenaventura Seoane, en busca de un arreglo.

La política porteña se exhibía con su "feroz egoísmo". Félix Frías le denunciaba a Mitre con dolor: "Se va a hacer la guerra para no dar un poco de dinero a las provincias hermanas, esa es la verdad, toda la verdad". Pero si cedían, "adiós Aduana, adiós Banco".

Los ejércitos se pusieron en marcha; el clima era distinto en uno y otro. El ejército de Buenos Aires estaba amalgamado en el propósito de defender los vitales intereses del puerto. El ejército nacional mandado por el general Urquiza y formado con la caballería entrerriana y reclutas de Córdoba, estaba indeciso. El general Urquiza se sentía defraudado por el presidente Derqui: no quería verter más sangre y deseaba proteger su feudo de la provincia de Entre Ríos.

Chocaron sobre el arroyo de Pavón, cerca de San Nicolás, el 17 de septiembre de 1861 a las 12 del día. Se repitió la batalla de Cepeda; la caballería entrerriana cargó y dispersó a la caballería porteña, mandada por el caudillo oriental Venancio Flores. Únicamente quedó en pie la infantería, más disciplinada que los reclutas cordobeses, que dispersó a su vez.

El general Urquiza con su caballería triunfante dominaba el campo de batalla. Pudo aislar la infantería enemiga, como "a un cojo sin muletas" y obligarla a rendirse de sed en un

par de días. Los dispersos llevaron a Buenos Aires el anuncio de la derrota; el pavor conmovió a la ciudad y se proclamó el estado de asamblea. El general Mitre se refugió en la quinta de Domingo Palacios con la esperanza de obtener una capitulación decorosa <sup>7</sup>.

Fue ante ese cuadro cuando, en forma "sorprendente", el general Urquiza dio la orden de retirada y se dirigió hacia el Rosario al tranco. El gobernador de Santa Fe Pascual Rosas y luego los generales Ricardo López Jordán, Guido y Peder nera, le imploraron inútilmente que les cediera unos escua- drones, para acabar con los restos del ejército rebelde. Nada quiso escuchar y cruzó el río Paraná "protestando en voz alta que habían sido vendidos".

Desalentado por la terquedad de los porteños, por fastidio hacia el presidente Derqui, en la mayor crisis de su carrera, dejó caer al gobierno nacional, sin advertir que con él, caían los destinos de las provincias. En el Entre Ríos, en todo el interior, esa retirada con la victoria en las manos fue con- siderada "una infame traición" que años después le costaría la vida.

El general Mitre se entendió rápidamente con el general Urquiza, le garantizó que no lo molestaría en Entre Ríos, fe- liz de descartar un adversario cuyas fuerzas temía y de poder arrojarse sobre las provincias indefensas. El caudillo pro- vinciano abandonó el teatro nacional que había presidido en un período de esplendor, para replegarse otra vez al feudo de donde había salido en 1851. Volvió a la vieja liga con el gobernador de Buenos Aires, a la política anterior al pro- nunciamiento.

Pavón fue el ominoso desquite de Caseros. Lorenzo Torres y Gregoria Rosas y Ezcurra felicitaban al general Mitre "por el triunfo de la causa de Buenos Aires".

Por indicación del general Urquiza, el general Manuel Ur- dinarrain asumió interinamente el gobierno de la provincia

<sup>7</sup> RUIZ MORENO, *Derqui*, t. I, 351.

de Entre Ríos y nombró ministro al doctor Luis José de la Peña para que lo asesorara en esos difíciles días de transición <sup>8</sup>.

Un mensaje del general Urdinarrain y del doctor Luis José de la Peña, del 29 de noviembre de 1861, informó a la Legislatura Provincial que, ante los estragos que causaban las operaciones militares, era necesario formalizar una paz separada:

"No ha muchos días que el Poder Ejecutivo sometió á la resolución de V. H. una nota del Gobernador Propietario de la Provincia, Capitán General don Justo J. de Urquiza, en que hacía presente la situación que ha sobrevenido como consecuencia de la guerra á que le había sido necesario concurrir activamente para llenar un deber de obediencia á las disposiciones del Gobierno de la Nación, y para sostener con lealtad los principios que proclamó y sostuvo sobre la organización general de la República.

"Esa exposición de hechos, bien afligentes por cierto, fué acompañada del juicio del eminente patriota que es la primera gloria de la Provincia de Entre Ríos, y el fundador de la Constitución Argentina, sobre el único medio de impedir la continuación de sacrificios heroicos que después de diez años, quedaran frustrados y que hoy, además de ser estériles, ofrecían sólo como resultado, la ruina completa de toda la Provincia.

"El Poder Ejecutivo, penetrado de la exactitud de las apreciaciones del ilustre Capitán General, y haciendo propios los pensamientos del mismo, respecto de los medios de contener el torrente de devastación que nos amaga, propuso á V. H. declarase solemnemente que esta heroica Provincia se hallaba en el caso de poner término á la guerra, absteniéndose de continuarla en defensa de la ley establecida para todas las demás confederadas: — y que en uso de los derechos primordiales de propia conservación, reasumía el ejercicio de su soberanía en toda su plenitud para ejercerla según las circunstancias lo demandasen y del modo que creyere más conveniente á su propio bien y al de las demás Provincias Argentinas.

<sup>8</sup> RUIZ MORENO, *Derqui*, t. I, 9.

"Pero meditó después que aun le era dado tentar con los recursos que le restaban, el poder de que aun podía disponer el crédito adquirido ante todas las provincias hermanas y ante el mundo, la negociación de una paz general en la República.

"Con ese objeto, el Poder Ejecutivo solicitó que la Honorable Cámara suspendiese la consideración del proyecto de ley presentado en día 2 del presente, mientras el Excmo. señor Capitán General, continuando sus esfuerzos en el sentido de la paz, obtuviese los últimos resultados de aquéllos.

"Debo declararos, con profundo pesar, que todo ha sido infructuoso. Á un ciudadano bien distinguido confió el ilustre Capitán General la honrosa comisión de hacer confidencialmente por esta Provincia lo que demandaba su interés y su gloria, y de manifestar que no le era indiferente la gloria y el interés de todas las hermanas.

"El informe del Comisionado, que es adjunto en copia, manifestará en toda su evidencia á la Honorable Cámara que no se dejó á esta Provincia otra opción que la paz individual para ella, ó la guerra sostenida en bien de todos; pero en el aislamiento de todas.

"El Poder Ejecutivo cree que nada puede justificar la continuación de sacrificios sin término y cuyo tamaño no le es dado calcular." <sup>9</sup>

La Cámara Legislativa de la provincia de Entre Ríos sancionó el 1º de diciembre una ley en la que declaraba que reasumía el ejercicio de la soberanía que le era propia en toda su plenitud, hasta tanto que reunidas de nuevo las provincias, bajo la Constitución Federal jurada, cuya fe guardaba, se encontrase la Nación en estado de completa paz.

Se abrieron las puertas del infierno, las provincias fueron avasalladas por los sables de los procónsules orientales. En la sorpresa de Cañada de Gómez, Venancio Flores degolló a 300 indefensos soldados del ejército nacional. Los combates de Salinas de Moreno, Puntas de Aguas, Lomas Blancas fue-

<sup>9</sup> RUIZ MORENO, *Derqui*, t. I, 423; t. II, 2, 297.

ron una repetición de Quebracho Herrado y Famaillá. Sarmiento le recomendaba a Mitre "no trate de economizar sangre de gauchos. Este es un abono que es preciso hacer útil al país. La sangre es lo único que tienen de seres humanos". Los partes del general Sandes fueron tan siniestros como los del general Oribe. "Todos han sido pasados por las armas, según la orden de V.E. y la necesidad de hacer ejemplar el castigo de la ley de los que osados se arman contra la tranquilidad pública." Los prisioneros eran degollados, los vecinos apaleados, ahorcados en el dintel de las casas, sin que las familias pudieran descolgar los cuerpos. En Olta las tropas porteñas asesinaron a lanza al general Peñaloza "amarrado a un palenque como una bestia feroz" y le cortaron la cabeza para exhibirla a las aterrorizadas poblaciones. Sarmiento, enardecido, exigía para el general Urquiza "Southampton o la horca"<sup>10</sup>.

El general Mitre fue elegido presidente "en una elección moscovita" el 27 de julio de 1862. Su gobierno fue trágico, siempre intranquilo y movido por los entusiasmos románticos, cuando la paz era tan necesaria, en pocos meses embicó al país en la peor catástrofe de su historia.

Salvo algunas formas literarias, el nuevo gobierno retomó punto por punto, la política del Restaurador. Sus críticas al pasado régimen se debieron más a un espíritu de competencia que a un rechazo ético. La presencia en los principales cargos de Rufino de Elizalde, Lorenzo Torres y Vélez Sarsfield, "los federales rococó", caracterizaba su espíritu<sup>10a</sup>.

Los fines económicos del neorrosismo aparecieron prepotentes. La ley del embudo se volvió a aplicar con todo rigor: el nuevo Congreso dispuso por la ley del 3 de septiembre de 1862 de las entradas de la Aduana a favor de Buenos Aires; por la ley del 19 de marzo de 1863 declaró que el papel moneda de la Provincia tenía validez para abonar los impuestos nacionales; por la ley del 27 de julio agregó que las mercaderías que hubieran pagado los derechos de la Aduana de

<sup>10</sup> BOSCH, *Urquiza*, 544; MAYER, *Alberdi*, 806, 818, 831.

<sup>10a</sup> ALBERDI, *De la anarquía*, ob. cit., t. IV, 192, 334.

Buenos Aires podían circular por todo el país y desconoció las deudas contraídas por el gobierno de la Confederación. Las entradas del presupuesto porteño fueron hasta 1880, cinco veces mayores que las entradas del gobierno nacional, el desquite era completo.

Pero no fue posible acallar las voces de las provincias. Evaristo Carriego en "El Litoral", Eusebio Ocampo en "El Paraná", Manuel Martínez Fontes en "El Comercio", Florencio F. Fernández en "El Soldado Entrerriano", Olegario V. Andrade en "El Porvenir", José Hernández en "El Argentino", Ovidio Lagos en "La Capital", Carlos Guido y Spano y Lucilo López prosiguieron una meritoria y arriesgada prédica.

Grande debió ser la amargura del doctor Luis José de la Peña, después de tantos trabajos, de educar las nuevas generaciones en los principios del gobierno republicano y de la moral pública, de haber apoyado con sus luces al gobierno del general Urquiza, al ver caer nuevamente al país en la marisma del monopolio portuario, la expoliación de las provincias, la ley de las lanzas.

Ante las vacilaciones del general Urquiza, comprendió que le era preferible consagrarse a la paciente y fecunda tarea de educar nuevos discípulos, difundir los principios del presidente Rivadavia y de la Logia Secreta de la Joven Argentina, con la esperanza de nuevos años, nuevos hombres dieran cima a la tarea de regeneración y progreso que había encumbrado en 1852.

A fines de mayo de 1862 renunció al ministerio y regresó a Buenos Aires a la casa paterna, donde su hermano Juan Andrés sostenía una escuela de gran prestigio. Volvía a sus fuentes, a la íntima vocación de su vida, la mágica tarea de enseñar, de difundir conocimientos y buenos principios, que con los años darían mejores frutos que las rencillas políticas.

La escuela abierta en 1825, sobre la calle Chacabuco, entonces llamada de los Mendocinos y Santa Clara, hoy Alsina, en el solar donde se había levantado el primer teatro de la Ranchería, tenía a su frente la Botica de los Angelitos que proveía a los vecinos de cataplasmas y ungüentos, y a los cos-



tados la confitería de Monguillot, la panadería de Villanueva, la chocolatería de Uranga, el almacén de lozas de Hargreaves y un mercado donde se ofrecía manteca fresca de Holanda.

Al cruzar la entrada, sin adornos ni tablillas, se abría a la derecha un ancho zaguán y a la izquierda la sala de recibo para los padres de los alumnos y en el interior las habitaciones de la familia. En el frente se asentaba el salón chico, para los alumnos mayores que recibía luz y aire por dos grandes ventanas que daban a la calle Santa Clara y una puerta sobre el espacioso patio, sombreado por un hermoso parral. En cruz se abría el salón grande, para los alumnos menores, que recibía también una abundante luz del patio. Desde una tarima de dos tramos y un alto pupitre, colocado entre las dos salas, Juan Andrés de la Peña y su ayudante Juan Z. Camaña guiaban a los alumnos.

A una cuadra, sobre Chacabuco y Chile, se encontraba el torvo cuartel de la Sociedad Popular Restauradora al mando de Cuitiño. Juan Andrés de la Peña hizo un templo de su escuela, difundió una educación piadosa y la preservó de las abyecciones del régimen. A pesar de haber enseñado muchos años, sometido a la tiranía de Rosas "que había mancillado tantas veces la santidad de los templos y la dignidad de los sacerdotes, el altivo carácter del maestro no se rebajó a ningún acto que importara un servilismo o una lisonja al Restaurador". El retrato de Rosas no tuvo allí cabida y Juan Andrés de la Peña admitía en la escuela a todos los alumnos que se presentaran, sin distinciones de colores políticos y así "salvó a la juventud de las vergüenzas y las miserias de la época".

Los niños se sentaban en largas filas de bancos simétricos, con mesas adheridas, ligeramente inclinadas, provistas de tinteros de plomo, para que no se mancharan con la tinta y en las paredes colgaban unos mapas geográficos y dos grandes pizarrones, con muestras caligráficas.

La quietud de las aulas sólo era turbada por la gongolina infernal de las chinas que paseaban por la calle, la bulliciosa

gringuería del mercado contiguo y ocasionalmente por los siniestros bombos de los candombes.

La disciplina era estricta y digna, no se aplicaban castigos corporales o la palmeta tan difundida; los culpables sólo debían cargar una lengua de bayeta colorada o un cucurucho alto de papel marquilla, como penitencia, de pie en un rincón de la sala.

Pasaron por la escuela los futuros obispos Federico Aneiros, Martín Bonco, Juan Nepomuceno Terrero y Mariano Antonio Espinoza y los hijos de las principales familias Carlos y Lucio Mansilla, Pastor Obligado, Antonio Malaver, León Gallardo, Pedro y Miguel Goyena, Nicolás Granada, Felipe Llavallol, Francisco de la Serna, Francisco Moreno, Augusto Marcó del Pont y los hermanos Lanús.

Una mañana de verano un negro de gran uniforme y alta galera marchaba por la media calle y tocaba solemnemente generala en un rojo tambor de parche; cruzaban de pronto a escape algunos soldados de caballería entre vociferaciones y amenazas. El maestro cerró la puerta y recomendó a sus alumnos: "Vuelvan ligero sin detenerse a sus casas", era el 3 de febrero <sup>11</sup>.

Sus discípulos Horacio Martel y Lucio V. Mansilla han dejado un afectuoso retrato de Juan Andrés. Enjuto, de porte distinguido, sin afectaciones, su cabello blanco se levantaba sobre la frente, dejándola descubierta en toda su amplitud. Siempre perfectamente afeitado, su tez era pálida porque sus ocupaciones le impedían recibir mucho sol. Los ojos grandes y azules se animaban cuando reprimía la mala crianza de algún alumno, a pesar de su natural bondad. Al hablar fuera de clase su voz tenía simpáticas sonoridades, en sus labios se insinuaba la suave sonrisa del amigo, disipándose la gravedad del maestro; tenía "un alma como su letra bellísima".

Falleció el 15 de noviembre de 1864. Unánimemente sen-

<sup>11</sup> HONORIO MARTEL, *El señor Juan Andrés de la Peña y su importante labor en la educación*, "La Nación", 19 de junio de 1910, 9; PASTOR S. OBLIGADO, *Tradiciones argentinas*, 8ª serie, 1912, 155; LUCIO V. MANSILLA, *Mis Memorias*, 1904, 276.

tido, el 20 el cortejo fúnebre siguió a pie por la calle Florida hasta la Recoleta. A la derecha presidía la ceremonia el ministro de Hacienda de la provincia; a su lado llevaban los cordones los miembros del Consejo de Instrucción Pública y las Comisiones de la Municipalidad y de las Cámaras y a la izquierda los discípulos con sus padres.

Al llegar a la Recoleta, el ministro de Hacienda Luis Domínguez habló en nombre del gobierno provincial. "El señor Peña ha ejercido por el dilatado espacio de cuarenta años un santo ministerio. Dos generaciones de hombres han sido iniciadas por él en las penosas nociones del saber humano y nosotros y nuestros hijos hemos encontrado en él las dulces palabras que alientan en las diarias tareas de la escuela y preparan para los grandes combates de la vida. Yo, señores, había pensado asociarme a esta última manifestación de respeto y amistad privadamente, cuando el Señor Gobernador de la Provincia, tuvo conocimiento de la pérdida de este benemérito ciudadano. Entonces me pidió que no sólo viniera a rendir el homenaje privado del discípulo y del amigo, sino también a pagar su justo tributo en nombre del país, a la memoria de un modesto maestro de escuela, mostrando así que la patria no puede ser ingrata con los humildes, cuando tan pródiga de honores suele ser con los que se encumbran. El Señor Gobernador se asocia al duelo público que causa la muerte del decano de los preceptores de Buenos Aires y ruega a Dios que reciba en su seno a esta alma pura."<sup>12</sup>

Habló además el doctor Obligado por el Consejo de Instrucción Pública y Anarcasis Lanús en representación de sus alumnos. Pero tales eran los rencores que el gobierno nacional no se hizo representar.

Francisco de la Serna, por un aviso de los diarios, convocó a una reunión de los discípulos y amigos, en el claustro de la iglesia de San Ignacio a las ocho de la noche y allí se nombró una comisión formada por Anarcasis Lanús, Francisco de

<sup>12</sup> "La Tribuna", 19, 20 de noviembre de 1864, el gobernador de la provincia era Emilio Castro; BUCICH ESCOBAR, *Visiones de la Gran Aldea*, t. I, 1932, 28.

la Serna y Francisco Moreno, para hacer ejecutar un retrato al óleo y erigir una columna de mármol, coronada de una imagen de San Vicente de Paul, en el cementerio por la calle Central, hacia el fondo, frente al sepulcro de Rivadavia.

Juana Manso publicó una nota, dos días después, en su elogio. "Discípula de Juan Andrés de la Peña, séame permitido pagar un tributo de gratitud a su memoria, tanto más merecido, que fui instruída por él gratuitamente por su natural bondad de corazón, apenas contaba yo seis años desde 1826. Esa fineza, como aquella afable gravedad con que me trataba siempre, han dejado un hondo recuerdo en mi corazón y un sentimiento de gratitud que he tenido el placer de manifestarle, desde mi llegada a Buenos Aires, después de 22 años de peregrinación."<sup>13</sup>

El doctor Luis José de la Peña dirigió una carta, en nombre de los deudos al ministro de Hacienda doctor Domínguez, para agradecerle esos homenajes. "Ha llevado al corazón de cada uno de los miembros de la familia el único consuelo de que es capaz un dolor bien acervo y la convicción más íntima y lisonjera que el gran pueblo de Buenos Aires es hoy gobernado por hombres que saben valorar los servicios de los ciudadanos."<sup>14</sup>

En 1865 el doctor Luis José de la Peña fue designado miembro del Consejo de Instrucción Pública y más tarde Director General de Escuelas de la Provincia, a pesar de lo cual dictaba puntualmente las cátedras de Literatura y de Filosofía.

A mediados del mismo año pasó a dirigir la Escuela Normal creada por un decreto del gobernador Mariano Saavedra, del 20 de junio de 1865, que funcionaba en una sala de la Escuela Modelo de la parroquia de la Merced<sup>15</sup>.

En esos mismos días el gobierno de la provincia adoptó el manual del doctor Luis José de la Peña *Elementos de lectura* para las escuelas del Estado<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> "La Tribuna", 23 de noviembre de 1864.

<sup>14</sup> "La Tribuna", 25, 28 de noviembre de 1864.

<sup>15</sup> CUTOLO, *El aporte jurídico argentino*, 39; CORDERO, *Sastre*, 179; Estrada, ob. cit., t. IX, 369.

<sup>16</sup> Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 1865, 14.

En la Biblioteca Nacional existe además un ejemplar de su *Curso de Filosofía*, dedicado por el doctor Luis José de la Peña, el 29 de septiembre de 1865, "al Sr. Dor. F. Anciros Catedrático de Derecho Canónico en la Universidad, del Obispado y Canónico"<sup>17</sup>.

El curso estaba dividido en una Introducción y tres partes. La Introducción comprendía el objeto de la Filosofía, la utilidad de esta ciencia, sus relaciones con las demás, los métodos que se habían seguido en sus investigaciones, el verdadero método, la división de la Filosofía y el orden de su estudio.

La parte siguiente se refería a la psicología, su objeto, la necesidad de empezar por este ramo el estudio de la filosofía, la conciencia y certidumbre que de ella nace, los términos de la conciencia e ideas en general, sus diversos caracteres y especies, ejemplos del origen y formación de las ideas, ejemplos de algunas de las más importantes, la teoría de las facultades del alma, qué es determinar una facultad, la sensibilidad y su carácter, su diferencia con los demás fenómenos, su lugar en el orden de su desarrollo, la facultad de conocer o de la razón, carácter propio de esta facultad, facultades que pertenecen a la forma de conocer, conciencia, atención, la percepción exterior, el juicio, el razonamiento, la abstracción, la generalización, la memoria y la asociación de ideas, la actividad y sus diversos caracteres, la actividad voluntaria y libre, la descripción de los fenómenos de la voluntad y sus circunstancias, la demostración de la libertad, del yo, de su identidad y de su necesidad, la distinción del alma y del cuerpo.

La última parte se refería a la Lógica, su método, análisis y síntesis, definición, división, clasificaciones, la certidumbre y sus diferentes especies, la analogía, la inducción, la deducción, la autoridad del testimonio de los hombres, el silogismo y sus reglas, ejemplos, sofismas, medios de conocerlos, los signos del lenguaje y sus relaciones con el pensamiento, ca-

<sup>17</sup> Biblioteca Nacional, N° 14.046; en la Biblioteca Mitre existe otro ejemplar, 49-75.

racteres de la lengua perfecta, causa de nuestros errores, medios de corregirlos.

Esos años fueron para las provincias del Plata cálices de cenizas y de lágrimas. Resurgían incontenibles los ensangrentados espectros del rosismo; el gobierno no lograba consolidar el orden, la paz y el trabajo.

Las especulaciones de las tierras, las tenaces corrientes comerciales del puerto y del saladerismo volvieron a ensombrecer el cielo de la patria; los políticos porteños, impulsados por su dinámica interior, eran fatalmente agresivos.

Una diplomacia romántica, "le coeur leger", carente de sentido geográfico y desdeñosa de las experiencias históricas, se empeñó en agraviar gratuitamente a un aliado natural, como era el gobierno del Paraguay, que tantas pruebas de buena voluntad le había dado.

El presidente Mitre, representante como el Restaurador, de los grandes intereses del puerto y celoso de la competencia de Montevideo, alentó la invasión de su veloz ayudante de Pavón, el general Venancio Flores, a la Banda Oriental el 18 de abril de 1863 y el ministro de Relaciones Exteriores Rufino de Elizalde, pactó con el consejero José Antonio Saraiva en las Puntas del Rosario, el 18 de julio de 1864 una alianza con el Imperio, que contradecía todos los antecedentes y las más elementales conveniencias. El 6 de diciembre le suministró al mariscal Prófico Menna Barreto, barón de San Gabriel, las tropas y los obuses para asaltar a Paysandú, "taparle la puerta" al Paraguay y abrir irreflexivamente el camino de los ríos a la expansión imperial hacia los Grandes Ducados del Sud y la isla de Martín García <sup>18</sup>.

En medio de la reprobación general "la gloriosa campaña

<sup>18</sup> ANGEL NAVARRO VIOLA, *Atrás el Imperio*, 1865; CARLOS GUIDO Y SPANO, *El gobierno y la alianza*, 1865; el folleto de ALBERDI, *El Imperio del Brasil ante la democracia de América*, ob. cit., t. VI, 267, es el mejor estudio de geopolítica publicado en el Plata; El Tratado de la Triple Alianza, Registro Nacional, 1869, 209; los Tratados de Cotegipe comprobaron con desenfado la falacia de una diplomacia romántica, que sobreviviría intacta, a través de los años, para conducir a otros contrastes.

de tres meses" emprendida para "rescatar al Paraguay de las garras del tirano", desembocó en una horripilante masacre de cinco años, exterminó a un pueblo inocente, mujeres, viejos y niños y naufragó en los "monstruosos" tratados de Cotejipe.

La tristeza y la inquietud acongojaban a los vecinos, el país se paralizaba, el progreso se detenía. Bajaba de los esteros el cortejo fúnebre de los muertos, los heridos y los mutilados. La publicación del "inaudito" tratado de la Alianza por el periódico "La América", el 5 de mayo de 1866, suscitó la indignación general. El atroz asalto a Curupaytí el 22 de septiembre de 1866, cubrió de sangre y luto a las familias porteñas. Llegaron de los osarios el cólera, la viruela negra y luego aparecería la fiebre amarilla<sup>19</sup>.

El general Urquiza, con quien había colaborado con tantas ilusiones, en los grávidos años de la Confederación, fue muerto en el Palacio de San José, el 11 de abril de 1870. Los epígonos de Rosas podían jactarse de haber causado, aritméticamente, cinco veces más víctimas que el Restaurador en 20 años de tiranía.

En Rosario "La Capital" denunciaba la política expansionista de los Braganza y la "candidez" de los gobernantes porteños. El Imperio, incapaz de librar solo una guerra contra el Paraguay para abrir sus ríos, había logrado cautivar en sus amables redes al presidente Mitre y al ministro Elizalde. Las consecuencias de "la gran política" serían fatales<sup>20</sup>.

La vida y las tribulaciones de los pueblos, como la tela de Penélope, no tienen término y por eso es alarmante que en estos días algunos funcionarios después de haber llamado con soberbia a nuestra patria "Argentina potencia", movidos por

---

<sup>19</sup> Las cartas de Juan María Gutiérrez a Mariano Sarrauca, Archivo General de la Nación, 3-2-7, encierran los mejores comentarios sobre esa fluctuosa época; MARÍA HAYDEE MARTÍN, *La juventud de Buenos Aires en la guerra con el Paraguay*, Departamento de Historia de la Universidad Nacional de La Plata, N° 19; ALBERDI, *El Imperio del Brasil, texto de la alianza*, O.C., t. VI, 268, 431.

<sup>20</sup> "La Capital" de Rosario, 21, 24, 26 de enero, 21, 29 de febrero, 2, 3, 10, 24, 27 de marzo, 15, 17, 23 de abril de 1872.

un curioso complejo de inferioridad, nos llamen "país subdesarrollado" y ante las protestas por el agravio, "país en vías de desarrollo", cuando la Argentina es un país muy crecídito y perfectamente desarrollado, blanco, católico y europeo, cuyos males sólo provienen de haber sido visiblemente "subgobernado".

Afortunadamente en 1868, con la presidencia del provinciano Sarmiento, el gobierno cambió de rumbo y el doctor Luis José de la Peña encontró un interlocutor más comprensivo, unidos ambos por una común vocación pedagógica.

El nuevo presidente se empeñó desordenadamente en modernizar el país y fomentar la instrucción primaria. Había pasado el tiempo de las proclamas garibaldinas, el vértigo de los clarines, se encauzaban las normas políticas, la vida cotidiana se volvía más amable, el trabajo y el aporte cada año más caudaloso de los inmigrantes eran la fuente de una futura prosperidad.

Las diligencias cruzaban los campos al galope; entre talas y algarrobos, las postas y los fortines avanzaban en los desiertos y eran las semillas de nuevos pueblos.

Un decreto del gobernador Adolfo Alsina y del ministro Nicolás Avellaneda, del 23 de marzo de 1868, designó al doctor Luis José de la Peña junto con Juan María Gutiérrez, Guillermo Rawson, José Mármol, Juan Carlos Gómez, Luis Domínguez y Vicente Quesada, jurados para los certámenes literarios que debían realizarse el 25 de mayo y el 9 de julio de cada año, sobre el verdadero carácter de la Revolución de 1810 y la ubicación de la América española antes de la Declaración de la Independencia <sup>21</sup>.

El 20 de agosto de 1868, el doctor Luis José de la Peña, como Jefe del Departamento de Escuelas, propuso al gobernador Adolfo Alsina, al señor Raúl Legout para Subinspector de las escuelas públicas. "Como nuestras escuelas en campaña necesitan más urgentemente ser auxiliadas y estimula-

<sup>21</sup> Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 1868, 98.



das, sería conveniente tal vez encargar especialmente al nuevo Inspector que se nombre, la atención sobre todo de esas escuelas.”<sup>22</sup>

Los diarios del 23 de junio de 1869 informaron que la Comisión de Homenaje al señor Juan Andrés de la Peña invitaba a la misa y al traslado de sus restos al nuevo mausoleo y que para asistir se podían usar los carruajes estacionados en la Plaza de la Victoria.

Ese jueves, se reunieron en el cementerio más de 400 personas, políticos encumbrados y antiguos discípulos, “muchas cabezas encanecidas en las grandes tormentas de la vida, todos nostálgicos por los lejanos años pasados y reverentes por los méritos de su antiguo maestro”.

El acto fue precedido por una misa rezada a las 11 y media, y al inaugurarse el monumento, hablaron el señor Anarcasis Lanús, presidente de la Comisión de Homenaje, y los señores Gervasio Sueldo y Pastor Obligado.

Sus discípulos invitaron a Sarmiento, entonces presidente de la República, para que dijera algunas palabras. El presidente, con voz enérgica y dulce a la vez, dijo: “Señores, mucho tengo que agradecer a los discípulos del venerable maestro cuyas cenizas descansan en su última morada, que hayan juzgado que yo tenía también títulos para honrar su memoria, acompañándolos en esta manifestación de afecto y gratitud. Si mi presencia aquí le diera más realce acepto la invitación y reconozco el vínculo que me unía al anciano Peña, éramos de la misma familia. Su obra está aquí, en vosotros, como las páginas de un libro que dejó escritas. Los discípulos son la biografía del maestro y la de Peña está aquí, ante mis ojos, representando sus virtudes, porque el maestro haciéndose estimar y venerar por sus discípulos sembró tanta gratitud en vuestros corazones que ha alcanzado y sobrado para cubrir su tumba con un mausoleo, que dirá a quienes por generaciones lo contemplan, tal maestro, tales discípulos. ¡Qué maestro tan feliz! Esta es la mejor lección que ha dado. Hay

<sup>22</sup> Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 1868, 270.

honor para el maestro y gloria para los que honran esta tumba. No creo que tantos hombres, como hay aquí presentes, estén de acuerdo en apreciar y estimar mis actos como Presidente de la República, pero cualquiera que sean sus diferencias a este respecto, en un punto estoy seguro que se pondrán de acuerdo y es que estoy bien aquí, al borde de su tumba y que mi presencia en este acto ayuda a honrar al maestro. Maestro Peña, descansa en paz" <sup>23</sup>.

El gobernador de la provincia Emilio Castro y su ministro Antonio E. Malaver reorganizaron, por el decreto del 20 de julio de 1869, el Consejo de Instrucción Pública, y nombraron vocales al doctor Luis José de la Peña, Juana Manso, José Roque Pérez, Luis L. Domínguez, Eduardo O'Gorman, Miguel Estévez Saguí, Pedro H. Goyena, Eduardo Costa, José M. Torres, Juan Segundo Fernández, Bernardo Weiss, Manuel Porcel de Peralta, David Llanos y luego José Barros Pazos y Luis Sáenz Peña <sup>24</sup>.

Buenos Aires se transformaba en una ciudad turbulenta y alegre, las especulaciones de tierras, las cosechas, el alumbrado a gas, los "palazzi" de tres pisos con escaleras de mármol, las calles pavimentadas con piedras chatas le daban otra vida, la invadían cada vez con más fuerza los nuevos ricos italianos.

En 1869 el doctor Luis José de la Peña publicó una nueva edición de los *Elementos de lectura y escritura inglesa* y dictaba regularmente las cátedras de literatura y de filosofía, prédica que prosiguió hasta sus últimos días <sup>25</sup>.

Por causa de los errores pasados los tiempos eran todavía difíciles, la fiebre amarilla nacida en los esteros del Paraguay y avivada por la pestilencia de los saladeros de la Boca, devastaba la población. El 25 de enero de 1871, el coronel San-

<sup>23</sup> "La Tribuna", 23 de junio de 1869.

<sup>24</sup> Registro Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 1869, 329, 369.

<sup>25</sup> *Elementos de lectura y de escritura inglesa según los métodos de Luis J. de la Peña y Antonio Riera, adoptados por el Colegio de Instrucción Pública de Buenos Aires*, 2ª edición litografiada, corregida y aumentada, 1869, 26 páginas, Biblioteca Mitre 53-346, se refiere al tipo de letra y no al idioma.

tiago Baibicne, gobernador de Corrientes, y el comandante Julio A. Roca del ejército nacional, derrotaron definitivamente al general Ricardo López Jordán en la batalla de Neambe. El rey Guillermo de Prusia bombardeaba la ciudad de París, para mostrar que los grandes Estados europeos eran tan irracionales como las levantiscas republiquetas de Sudamérica y los diarios prevenían a la población contra la aparición de una plaga de vendedores de Biblias protestantes.

Cambiaban las generaciones y las gentes de pro, habían desaparecido hacía ya años los legendarios personajes de la Revolución de Mayo, del luctuoso ciclo del rosismo, pocos quedaban de los protagonistas de la Organización Nacional; los nuevos pioneros y las nuevas fortunas se imponían en una sociedad distinta, de orígenes abigarrados, ambiciosa y ávida de riquezas.

El doctor Luis José de la Peña, refugiado en su casa, en la recobrada quietud de la naciente ciudad, con sus resabios coloniales, sus patios, macetas de malvones y aljibes, dedicado al estudio y a la enseñanza, entre el frío de las mañanas invernales y el agobio de los veranos, trataba con ahínco de preparar mejor a las nuevas generaciones, para que propendieran al progreso de la patria y le dieran días más felices.

Gutiérrez ha conservado un emocionante recuerdo de la conducta del doctor Luis José de la Peña en esos años. "Allí complementando la enseñanza elemental del maestro de primeras letras, se rodeó de los hijos de sus antiguos discípulos y prolongó para las nuevas generaciones aquellos mismos servicios que prestara veintitantos años antes a los alumnos del Colegio de Ciencias Morales. La antigua vocación se despertó de nuevo en el Dr. Peña y se consagró exclusiva y asiduamente a la enseñanza, con un entusiasmo que parecía incompatible con sus años. Volvió a la Universidad y aquí, con la regularidad de un cronómetro, le habéis visto por años enteros asistir diariamente a sus clases, ya como Profesor de Filosofía, ya de Literatura, así que comenzó a ensayarse esta útil enseñanza, cuyas primeras dificultades tuvo él la habilidad

de vencer valiéndose de aquella dulce atracción que ejercía sobre los espíritus tempranos e inexpertos." <sup>26</sup>

Las discusiones pedagógicas solían ser agitadas. En la reunión realizada en la sala del Consejo de Educación, el 23 de febrero de 1870, el doctor Luis José de la Peña votó con José Roque Pérez, Luis Sáenz Peña, Eduardo Costa, José María Torres y Florentino González, para que el preceptor de los Suburbios del Sud, Nicasio Antelo, acusado de actos de indisciplina, fuera amonestado sin ser destituido, en contra del voto de Juana Manso, Manuel Porcel de Peralta, Pedro Goyena, David Lewis y Bernardo Weiss, que con el director José Manuel Estrada exigían su expulsión <sup>27</sup>.

Es posible desentrañar en esta maraña de guerras, revoluciones y golpes de Estado, que tantos estragos han causado, la clave de las peripecias, los motores que los impulsan y las leyes de los sucesos.

El primero que aparece con orgullo y tenacidad es la lucha de Buenos Aires por imponer su yugo sobre las provincias, y las de éstas para liberarse de su monopolio político y comercial. Los acontecimientos se enlazan con una regularidad cronológica, de causa a efecto. Se inicia en la Junta de Mayo y prosiguió a los tumbos hasta llegar a la tiranía del Restaurador, que sería su símbolo máximo; cayó en Caseros por obra de un general provinciano, se recobró en Pavón y continuó con Mitre y Tejedor hasta volver a caer, aparentemente, en las trincheras de Barracas por la decisión de otro militar provinciano, el general Roca. Pero se recobró paulatinamente, por medios más sutiles, hasta atraer a los principales hombres a su recinto, encandilarlos con sus luces y muchas veces enrolarlos en sus filas.

El resultado es la ciudad macrocefálica del Gran Buenos Aires, que deforma la visión de los gobernantes y cercena las

<sup>26</sup> Elogio del Profesor de Filosofía Dr. D. Luis J. de la Peña, discurso pronunciado por el rector de la Universidad de Buenos Aires Dr. Juan María Gutiérrez con motivo de la apertura de aquel establecimiento el día 1º de marzo de 1871, 1871, Biblioteca Mitre, 46-1-20.

<sup>27</sup> ESTRADA, O.C., t. IX, 178.

posibilidades de progreso de los principales centros del interior; los nuevos monopolios del Banco Central, del petróleo, del gas y del uranio, el forzado desequilibrio del país y el desidioso despojo de las provincias.

El segundo factor, de una parecida incidencia, es la lucha entre una cultura en crisis y las modernas formas de la barbarie. Es más difícil discernir hoy los méritos de los actores y los valores de las sectas para separar el buen grano de la cizaña, porque ya no se trata de una lucha entre universitarios y pitecántropos. Actúan entreverados los caudillos de frases floridas y ambiciones cesáreas y los ofuscados profetas que proyectan incendiar el mundo para dar vida a sus planes oníricos y a veces lo consiguen, porque no siempre las lecturas dispensan un buen juicio crítico. Estos males nacen de los defectuosos sistemas de educación, verbalistas y parasitarios, de las universidades empeñadas en fabricar en masa profesionales, sin vocación ni destino y debe corregirse con una educación metódica y científica, orientada a metas positivas de trabajo, producción y bienestar, en un país todavía en agraz y con bastantes recursos abandonados o entregados a manos extrañas. Sin seriedad, sin una severa disciplina intelectual, sin una ajustada preparación técnica, en vez de arengas, nada se adelantará y la Patagonia permanecerá semi-desierta.

Una de las mayores lagunas de la cultura en las últimas décadas ha sido el poco aprecio oficial por las elevadas disciplinas científicas, las matemáticas, la física, la química, la biología y la genética, de fundamental importancia, por considerarlas quizás poco reeditables en un país agropecuario, desdén que ha incidido negativamente en el adelanto intelectual de varias generaciones y ha provocado la partida de numerosos científicos hacia países más inclinados al estudio de estas materias.

Es abrumador constatar que dos y medio millones de argentinos han emigrado en los últimos decenios, por culpa del dispendioso manejo de la economía. Alberdi decía que gobernar es poblar, después gobernar fue despoblar y la Biblioteca

Nacional, medida de la cultura del país e instrumento indispensable de las investigaciones de toda naturaleza, continúa en ruinas y paralizada.

Los hechos comprueban, además, que sin el respeto y el aliento a los representantes de los valores intelectuales más altos, científicos o filosóficos, que son los únicos motores capaces de promover los grandes cambios, no habrá progreso. El ingenio de James Watt y Enrico Fermi ha generado más energías que el empuje de millones de coolis extenuados y una revolución más dilatada que el legendario emperador corso.

El tercer factor es el odio paranoico de tan lejanas raíces, que exacerbó, sin causas razonables, las tremendas guerras civiles, con sus lemas de muerte y exterminio, inconcebibles frente a sus coterráneos y exalta todavía las diferencias generalmente nominales entre los modernos partidos políticos, unidos por lazos de vecindad y de cultura, en pos de banderas ficticias, que se reducen en muchos casos a una disputa por los cargos públicos "las efectividades conducentes", y caen en el maniqueísmo cuando transforman sencillos problemas de buena administración, que pueden solucionarse con el mediano conocimiento de sus elementos contables, en metafísicos conflictos pasionales.

Si todas las energías, todos los trabajos que se dedicaron al enfrentamiento autodestructivo entre los argentinos en más de 170 años, se hubieran centrado fraternalmente en mejorar las condiciones de vida, en fundar escuelas, cultivar campos y levantar fábricas, otro sería el rango de la Argentina actual.

Puede verse en la perspectiva de estos días, ya disipadas las sombras de las pasiones efímeras, que muchas de las diferencias entre directores y caudillos, federales y unitarios, porteños y provincianos, eran conciliables con un poco de buen sentido, tolerancia y comprensión de los intereses nacionales. Con la misma claridad puede observarse que las rivalidades que dividieron a tantos y febriles redentores eran deleznable y todos habrían logrado una vida más apacible y fecunda con un poco de altruismo y el conocimiento de la vanidad de las ambiciones humanas y sobre todo cuánta sangre inocente se

habría salvado del terrible ciclón de las guerras civiles.

Estos tres factores se conjugan para agravar los problemas que han afligido y afligen al país. Pero pueden solucionarse si se analizan por separado y se drenan los gérmenes de la infección con las debidas reformas mentales.

El país está atrapado en las arenas movedizas de una inquietante crisis, de la que no podrá salir sin pagar el rescate adeudado por los errores cometidos. Por eso la tarea primera exigida por la presión de esos factores, es unir y fortalecer una sociedad escéptica y desalentada, para conducirla por el camino fecundo de la paz y del progreso.

Muchas de las plagas que nos angustian son atávicas, se originan con renovada virulencia en el defectuoso régimen colonial y en el rosismo que aún subsiste. No hay nada nuevo en esta crisis; es una simple recaída. No estamos sin embargo peor que en 1820 y 1840, la historia se repite con sus caballeros andantes y sus dragones, con los hombres de Estado y los caudillos y sus lecciones merecen recordarse.

Es indispensable volver al Dogma de Mayo, brújula imprecedera del futuro argentino; defender los grandes principios del gobierno republicano, la libertad de opinión, la publicidad de los actos de gobierno, la paz interior y el bienestar general, el prudente empleo de los dineros de los ciudadanos, el buen funcionamiento de los servicios públicos, el severo equilibrio de los presupuestos del Estado.

Hay que abandonar una diplomacia contradictoria, cándida y dispendiosa, que tanto daño ha causado y es poco conducente en un mundo cada vez más estrecho y receloso, que no tolera errores.

Es urgente terminar con una economía burocratizada, parasitaria y ruinososa y alentar sinceramente la explotación de los campos y de las industrias, poblar las fronteras, enriquecer a los argentinos que trabajan, formar grandes capitales nacionales, base necesaria de una economía sana en vez de mendigar préstamos usurarios en el extranjero y derogar un régimen fiscal que frena las mejores iniciativas y nos ha con-

vertido en un empobrecido país de emigrantes.

Se debe reavivar en cambio el espíritu constructivo de la generación de 1880 que supo transformar los páramos pobres y desiertos en una Nación rica y orgullosa, donde todavía puede hacerse mucho.

Frente a los desorbitados anuncios de las grandes potencias, que amenazan intercambiarse cohetes como delicados confites y se jactan con fruición de los millones de muertes que pueden causar a sus indefensos semejantes en nombre de la libertad y de la civilización, es indispensable sanear y fortalecer nuestra organización interna y convertir a la Argentina, por su posición geográfica, en el santuario de paz y de seguridad en un mundo desquiciado por la prepotencia, la codicia y el hambre.

Después de 40 años de ensayos desafortunados, en un fatal declive, transitamos en otra etapa de la vieja lucha entre los silogismos y los experimentos, en la cual todavía muchos ilusos creen más en la poesía de las frases que en la amarga lección de los hechos porfiados e indestructibles.

Hay que reivindicar mentalmente el valor de las leyes de la experiencia, la relación inevitable de las causas y de los efectos, que si se han impuesto en las ciencias, no han logrado el mismo respeto en la vida institucional y en la vida económica.

Ante el deplorable fracaso de una política económica basada en sentimentales incongruencias, el remedio es muy sencillo y consiste en sustituirla enérgicamente por los principios que hicieron la grandeza y el bienestar del país de 1880 a 1940.

Es difícil, pero no hay otra alternativa; las fórmulas actuales conllevan fatalmente las más variadas dependencias: el colonialismo, la mendicidad y la pobreza, en manos de los viejos titiriteros.

Hoy el objetivo primordial es trasladar la capital al interior, a un clima más reflexivo y próximo a los valores vernáculos, abolir los monopolios estatales y particulares, que hunden sus raíces en los tiempos de Felipe II y del Consejo



de Indias, extirpar los complejos coloniales que aún reinan por comodidad en vastos sectores, modernizar el régimen de una educación anacrónica, "las fábricas de ocio y de demagogia", resguardar las normas básicas de la moral pública y privada, sin las cuales no puede existir un país civilizado y lograr así la resurrección argentina<sup>28</sup>.

"La Prensa", del 3 de febrero de 1871, anunció que la salud del doctor Luis José de la Peña se había agravado notablemente en esos días y hacía votos para su restablecimiento. En la agonía pudo recordar a su amigo el primer presidente constitucional Bernardino Rivadavia, derribado por la confabulación de los prohombres porteños, el exilio, la modesta escuela de Mercedes con sus devotos alumnos, las murallas de la heroica Montevideo, el último reducto de la civilización en el Río de la Plata, al general Paz y a Florencio Varela, a los miembros de la Joven Argentina, los sacrificios de los hombres sensatos para recuperar la paz y la libertad en un país anárquico, el galope de los caballos, las descargas de la fusilería, la amenaza de las lanzas, el alarido de los bárbaros, las aldeas incendiadas y los campos talados, que tantas veces hundieron a los pueblos en un inmerecido abismo de sangre y de horror, la egregia figura del general Urquiza, la gloriosa apertura del Congreso Constituyente una radiante mañana del 25 de noviembre de 1852, las esperanzas bajo el ilustre Gobierno de la Confederación, sus trabajos en Paraná por el progreso de los pueblos, el horrible calvario de Cepeda y Pavón, los piadosos años de prédica y enseñanza en Buenos Aires al lado de su hermano Juan Andrés, pero mucho faltaba todavía por hacer, le inquietaba el largo trayecto que tendrían que recorrer las nuevas generaciones, asediadas por los viejos relentes y los espectros impenitentes.

"La Nación" del 7 de febrero rendía tributo, con reservas, al doctor Luis José de la Peña. El recuerdo del general Urquiza siempre la desconcertaba. "El doctor Peña rindió ser-

<sup>28</sup> ADOLFO D. HOLMBERG, *¿Trasladar la Capital Federal adónde?*, Boletín del Centro Naval, octubre-diciembre 1971, N° 689.

vicios a la causa de la libertad, aunque no siempre acertó tal vez con el buen camino. A los dispensadores de los beneficios comunes de la educación, muchos errores pueden ser perdonados, porque han dejado en la balanza social un contrapeso fecundo. En Buenos Aires ha educado dos generaciones y en el intervalo educó una generación oriental. Qué extraño que quien cultivó tantas inteligencias y juveniles corazones, vea hoy brotar, en torno a su tumba, las flores espontáneas de la gratitud de los que le deben, con la educación de sus hijos, su propia educación."

El 10 de febrero Juan Z. Camaña, por sí y a nombre de los demás deudos, anunciaba también en el diario "La Prensa" que el doctor Luis José de la Peña había fallecido el día 4 e invitaba a sus amigos y discípulos a acompañarlo a rogar a Dios por el eterno descanso de su alma en el funeral reza-do, que se celebraría el sábado 11 a las 10 y media de la mañana, en la Santa Iglesia Catedral Metropolitana <sup>29</sup>.

El doctor José Roque Pérez, un antiguo alumno, pronunció la oración de despedida. "El Dr. Luis J. de la Peña, Señores, nació maestro de escuela y murió maestro de escuela. La niñez era su cariño y su idolatría. Para él la palabra de Cristo era un clamor incesante. Sus labios jamás predicaron la maldad, jamás enseñaron otros dogmas que los de la caridad humana, la libertad y la justicia. Discípulo de Jesús, vivió pobre y murió pobre, prodigando su magisterio con ese desprendimiento propio del corazón generoso y gozándose con el cariño puro y entrañable de sus discípulos. Su desprendimiento fue inmenso, daba sus sueldos para crear cátedras en que aprendiese la juventud, lo que él no podía enseñar por falta de tiempo. Buenos Aires le ha tenido a la cabeza de sus escuelas y aunque la insidia y la maledicencia, la arrogancia insensata quiso mancillar sus méritos sin respeto a su intimidad y a sus servicios, la justicia pública más alta que las pequeñeces ha querido que muera gobernando esos establecimientos, fuente fecunda de la prosperidad para nuestro país. Como hombre público sus escritos no eran menos rele-

<sup>29</sup> "La Nación", 7 de febrero; "La Prensa", 10 de febrero de 1871.

vantes. Los partidos juzgarán con pasión sus actos, pero no olvidarán que fue un hombre manso, tolerante y justo, lleno de una pasión ardiente por la libertad y las instituciones de su país. No olvidarán que fue el alma de la coalición contra la tiranía y que Caseros lo contó entre los libertadores de dos repúblicas." <sup>30</sup>

Pocos días después, el 1º de marzo el rector de la Universidad de Buenos Aires, Juan María Gutiérrez, con motivo de la apertura de los cursos, pronunció en el Salón Principal el mejor y más sentido homenaje. "La obligación y la gratitud me llevan al pie de una tumba reciente en donde descansan ya en paz setenta años afanosos consagrados en su mayor parte a acumular riquezas intelectuales, no para atesorarlas como el egoísta, no para engalanar con ellas una personalidad vanidosa, sino para derramarla como agua de salud, como aromas preservadores de la vida del alma, sobre la cabeza de la juventud amiga del estudio. Véis, Señores, como vamos poco a poco rodándonos de las imágenes de aquellos que desde la silla del profesor o del magistrado, han merecido bien de la posteridad extendiendo el círculo de la instrucción. Esa es la galería de nuestra nobleza; esos son los héroes dignos del preferente amor del republicano, que es por excelencia amigo de la paz, de la ley, de la persuasión, fuerza inmaterial pero más poderosa que el acero... El Dr. Peña en donde quiera que llegaba, fuese en las islas del sud del Brasil, en Santa Catalina, en la Colonia del Sacramento, en Mercedes o Montevideo se consagraba a la enseñanza, ya como simple maestro de primeras letras, ya como profesor de universidades o de ciencias exactas, según las aptitudes de aquellas poblaciones y las exigencias de su cultura social. Este misionero de la inteligencia, consagrado a derramar la instrucción sin la cual no se redime el alma, era precedido por todas partes de la fama de educacionista, no porque él se hiciese el modesto heraldo de su santa vocación, sino porque los hechos hablaban elocuentes a su favor y se hacían noto-

<sup>30</sup> "La Nación", 13 de febrero de 1871.

rios por la fuerza de su virtud misma, como el aroma de ciertas flores que no permite a la maleza que las esconda del todo... Después de un prolongado período de agitada vida pública se asiló sin mortificación y violencia bajo el techo de su casa paterna en donde su hermano D. Andrés de bendecido recuerdo, había mantenido una excelente escuela primaria. Yo no vacilo ni por un momento para presentarle como el modelo del profesor, podrá haberlos tan inteligentes como él, pero no tan desinteresados; pero no tan movidos como él por los resortes del patriotismo, ni tan prescindentes de toda otra idea que no se relacionase con el aprovechamiento del discípulo y con la dignidad de la misión para que Dios le había tocado en el corazón y en la inteligencia.”<sup>31</sup>

Sabía que el catecismo y el alfabeto eran instrumentos más eficaces para lograr la moralidad y el progreso de los pueblos, que los cañones y las lanzas y mostró cómo se podían obtener los resultados más fecundos y perdurables, con el estudio, la modestia y el silencio que con el bullicio de las quimeras políticas y de las ambiciones impacientes.

31 GUTIERREZ, *Elogio del Profesor de Filosofía*, 10, 12.

## ÍNDICE

### I. DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

<i>El pensamiento de Vélez Sarsfield a 114 años de vigencia del Código Civil.</i>	
Disertación ofrecida por el académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 8 de agosto de 1985 .....	15
Discurso de recepción ofrecido por el académico Dr. Roberto Martínez Ruiz .....	17
El pensamiento de Vélez Sarsfield a 111 años de vigencia del Código Civil .....	23
<i>De la Doctrina y de la Cláusula Carlos Calvo.</i> Disertación ofrecida por el académico Dr. Jorge A. Aja Espil, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 22 de agosto de 1985, precedido de los discursos de recepción ..	45
Palabras de apertura del acto por el académico Presidente Dr. Segundo V. Linares Quintana .....	47
Discurso de recepción ofrecido por el académico Dr. Héctor P. Lanfranco ..	49
De la Doctrina y de la Cláusula Carlos Calvo .....	59
<i>El pensamiento y la acción política de San Martín.</i> Conferencia pronunciada por el académico Dr. Luis Sánchez Agesta el 26 de septiembre de 1985 ..	75
Discurso de recepción del Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dr. Segundo V. Linares Quintana .....	77
El pensamiento y la acción política de San Martín .....	83
<i>A ciento veinticinco años de la reforma constitucional de 1860.</i> Disertación pronunciada por el académico Dr. Alberto Rodríguez Galán, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 7 de noviembre de 1985 .....	101
Palabras de recepción del académico Dr. Segundo V. Linares Quintana ..	103
A ciento veinticinco años de la reforma constitucional de 1860 .....	107
<i>Inauguración del Instituto de Derecho Administrativo</i> .....	133
Palabras de apertura del acto por el académico Presidente Dr. Segundo V. Linares Quintana, en la inauguración del Instituto de Derecho Administrativo, el 5 de diciembre de 1985 .....	135
Discurso del académico Dr. Miguel S. Marienhoff, Director del Instituto de Derecho Administrativo .....	137

## II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>La responsabilidad civil de los explotadores de aeropuertos. Comunicación del académico Dr. Federico Videla Escalada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 9 de mayo de 1985</i> . . . . .	147
<i>Partición de gananciales después del divorcio. Comunicación del académico Dr. Elías P. Guastavino, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 27 de junio de 1985</i> . . . . .	171

## III. IV REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

<i>TEMA: Las fuentes del derecho en la sociedad contemporánea: su evolución y crítica</i> . . . . .	199
Discurso del Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, académico Dr. Segundo V. Linares Quintana, al inaugurar la IVª Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires, los días 14 y 15 de noviembre de 1985 . . . . .	201
Palabras del Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, académico Dr. Alfredo Poviña . . . . .	205
<i>Reflexión meta-jurídica sobre los usos y las costumbres como fuentes del derecho en la vida social. Académico Dr. Alfredo Poviña, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba</i> . . . . .	207
<i>La doctrina científica como fuente de derecho. Académico Dr. Miguel S. Marienhoff</i> . . . . .	217
<i>La jurisprudencia como fuente en la génesis del derecho administrativo y su trascendencia actual. Académico Dr. Jesús Abad Hernando, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba</i> . . . . .	229
<i>Los usos y costumbres como fuentes del derecho constitucional. Académico Dr. Segundo V. Linares Quintana</i> . . . . .	237
<i>Los acuerdos interjurisdiccionales como fuente en derecho público. Académico Dr. Pedro J. Frías, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba</i> . . . . .	263
<i>La jurisprudencia como fuente de derecho. Académico Dr. Roberto Martínez Ruiz</i> . . . . .	277
<i>La ciencia natural como "fuente de derecho". Académico Dr. Olsen A. Ghirardi, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba</i> . . . . .	291
<i>La costumbre como fuente del derecho. Académico Dr. Julio C. Cueto Rúa</i> . . . . .	303

## IV. HOMENAJES

<i>Evocación del maestro Juan Antonio González Calderón. Conferencia pronunciada por el académico Dr. Héctor P. Lanfranco en la sesión pública de homenaje al ex académico Dr. Juan Antonio González Calderón, el 12 de septiembre de 1985, en el centenario de su nacimiento</i> . . . . .	309
<i>Evocación del maestro Juan Antonio González Calderón</i> . . . . .	315

## V. PREMIOS

Palabras pronunciadas por el académico Dr. Roberto Martínez Ruiz, en el acto de entrega del Premio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba . . . . .	
--	--

cias Sociales de Buenos Aires en Derecho Privado, al abogado Diego César Bunge, el 21 de octubre de 1985 .....	311
--	-----

## VI. DECLARACIONES Y DICTÁMENES

Dictamen sobre el proyecto de ley de fideicomiso .....	351
Dictamen sobre el plan de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires .....	355
Dictamen en minoría .....	359
Dictamen en minoría .....	360
Declaración sobre el estado de sitio .....	363

## VII. OTRAS DISERTACIONES

<i>Las devaluaciones de 1981 frente a la teoría de la imprevisión. Sus proyecciones actuales.</i> Conferencia pronunciada por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce en la Academia Nacional de Ciencias Económicas, el 15 de mayo de 1985 .....	367
<i>Dalmacio Vélez Sarsfield: evocación de su vida y de su obra a ciento diez años de su muerte.</i> Conferencia pronunciada por el académico Dr. Marco Aurelio Risolía en el Club Universitario, el 27 de mayo de 1985 .....	389
Discurso pronunciado por el académico presidente, Dr. Segundo V. Linares Quintana en el acto de homenaje a Juan Bautista Alberdi, ante el monumento erigido al prócer en la Recoleta, el 29 de agosto de 1985, en nombre del Colegio de Abogados de Buenos Aires, con motivo del aniversario de su nacimiento y del Día del Abogado .....	409
Discurso pronunciado por el académico presidente, Dr. Segundo V. Linares Quintana, en el acto de homenaje al académico Dr. Isidoro Ruiz Moreno, celebrado en el Salón de Actos del Club Universitario de Buenos Aires, el 6 de setiembre de 1985, con motivo del octogésimo aniversario de su nacimiento .....	419

## VIII. OTROS TRABAJOS

<i>Las fuentes del derecho administrativo argentino.</i> Por el académico Dr. Manuel María Díez .....	433
<i>El ideario político de Santo Tomás de Aquino.</i> Por el académico Dr. Alberto Rodríguez Varela .....	461
<i>El doctor Luis José de la Peña y la ilustración en el Plata.</i> Por el académico Dr. Jorge M. Mayer .....	481

Se terminó de imprimir  
en el mes de abril de 1986, en  
GERMANO ARTES GRÁFICAS, S. R. L.  
Pedro Goyena 376.  
Buenos Aires.