

Revista Electrónica

Año I – N° 1 - 2007

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"

Año I – N° 1 - 2007

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) – 1er. Piso
Horario de Atención: Lunes a Viernes de 9 a 20 horas.
Teléfono: 054 –1-4-809-5629/32
URL: www.derecho.uba.ar/revistagioja
e-Mail: revistagioja@derecho.uba.ar



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

EDITOR RESPONSABLE

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"
(Av. Figueroa Alcorta 2263, primer piso, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina)

DIRECTOR

Carlos María Cárcova

COMISIÓN DE REDACCIÓN

Martín Aldao
Juan Carlos Frontera
Luciana B. Scotti

COMITÉ CIENTÍFICO

Atilio A. Alterini
David Baigún
José Osvaldo Casás
Sara L. Feldstein de Cárdenas
Cecilia P. Grosman
Hortensia D. T. Gutiérrez Posse
Abelardo Levaggi
Julio Maier
Guillermo R. Moncayo
Tulio E. Ortiz

ÁRBITROS

Mary Beloff
Griselda Capaldo
Aníbal D´Auria
Lidia Garrido Cordobera
Laura Pautassi
María Isabel Seoane

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Federico José Lago

Sumario

EDITORIAL

- | | Pag. |
|------------------------|------|
| • CARLOS MARÍA CÁRCOVA | 6 |

INVESTIGACIONES

- | | Pag. |
|--|------|
| • MARTIN ALDAO - <i>TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN Y DEMOCRACIA</i> | 8 |
| • EDUARDO CONESA – <i>LAS CAUSAS DE LA DECADENCIA ARGENTINA. EL ESTADO COMO BOTIN DE GUERRA DE LA LUCHA POLITICA, Y LA SOBREVALUACION CAMBIARIA. REMEDIOS – (primera parte)</i> | 17 |
| • SARA FELDSTEIN DE CÁRDENAS - <i>HISTORIA DE UNA ALDEA FAMOSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO</i> | 89 |
| • ABELARDO LEVAGGI – <i>IDEAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA ARGENTINA ENTRE 1870 Y 1920</i> | 120 |
| • TULIO ORTIZ - <i>EL PENSAMIENTO POLÍTICO DE ECHEVERRÍA</i> | 134 |
| • LUCIANA SCOTTI - <i>LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO DE FUENTE INTERNA</i> | 156 |
| • MARIA ISABEL SEOANE – <i>MIRADA SOBRE UNA MINORIA POBLACIONAL A TRAVÉS DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES. LOS AFROPORTEÑOS EN EL BUENOS AIRES FEDERAL.</i> | 191 |

MISCELÁNEAS

- | | Pag. |
|--|------|
| • RAÚL ARLOTTI - <i>LA FORMACIÓN DEL ESTADO MODERNO. Acotaciones desde la transdisciplinariedad</i> | 216 |
| • JUAN CARLOS FRONTERA - <i>LA DESCODIFICACIÓN COMO SÍNTOMA DE LA HISTORICIDAD DEL DERECHO</i> | 224 |
| • HÉCTOR SANDLER - <i>REALIDAD Y PERSPECTIVAS DE LA DEMOCRACIA REPUBLICANA Y EL FEDERALISMO EN LA ARGENTINA ACTUAL. ALGUNAS CONCLUSIONES DE LAS EXPOSICIONES</i> | 232 |

SEMINARIOS PERMANENTES DE INVESTIGACIÓN

| | Pag. |
|--|------|
| • DERECHOS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS | 242 |
| • LA PROBLEMÁTICA DE LOS DAÑOS EN LA SOCIEDAD ACTUAL | 244 |
| • REGIMEN LEGAL PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS | 248 |
| • TRANSDISCIPLINARIO: ARGENTINA: PODER, ESTADO, POBREZA Y DISTRIBUCIÓN | 250 |

PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN

| | Pag. |
|---|------|
| • GRISELDA CAPALDO (dir.). PROYECTO UBACYT D018 - 2004-2007 | 253 |
| • SARA FELDSTEIN DE CÁRDENAS (dir.). PROYECTO UBACYT D811 - 2006-2009 | 260 |
| • BEATRIZ NUÑEZ SANTIAGO (dir.). PROYECTO UBACYT TD028 - 2004-2007 | 264 |

CRÓNICAS

| | Pag. |
|---|------|
| • REGLAMENTO DE LA REVISTA | 271 |
| • FALLECIMIENTO DE LA DOCTORA BEATRIZ NUÑEZ SANTIAGO | 273 |
| • BICENTENARIO DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO. CONSTITUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL BICENTENARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO | 274 |
| • SEMINARIO PERMANENTE SOBRE LA HISTORIA DE LA FACULTAD DE DERECHO | 275 |
| • XI JORNADAS DE INVESTIGADORES Y BECARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES | 276 |
| • XXI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL | 277 |
| • IX CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS - DERECHO TECNOLÓGICO | 278 |

EDITORIAL

El Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", de la Facultad de Derecho de la UBA, presenta con esta publicación su "Revista Electrónica". Intentará reflejar en ella las expresiones más relevantes de las múltiples actividades que se desarrollan en su seno. Las principales, naturalmente, de carácter investigativo, serán divulgadas de distinto modo: mencionando el listado de las que se encuentran en curso de ejecución; dando a conocer las que ya se han concluido; presentando resúmenes de contenidos básicos y conclusiones de otros. Pero los investigadores y becarios del Instituto desarrollan en forma complementaria a la tarea que los liga a determinados proyectos, otras de contenido y proyección académica, que también son de fundamental importancia. Por ejemplo, la participación en grupos de estudio, talleres, workshop y actividades similares, en las áreas temáticas de sus respectivas especialidades; la elaboración de ensayos y artículos técnicos; las tareas de formación epistemológica y metodológica. Todo este cúmulo de trabajo, orientado tanto al análisis teórico, cuanto al análisis dogmático del fenómeno jurídico, debe trascender, ser conocido por la comunidad académica y por los operadores del derecho y ofrecerse al intercambio y a la crítica.

Este es el propósito que atribuye sentido a la iniciativa que se expresa con esta publicación. Una iniciativa, cumple ponerle de manifiesto, que surgió de nuestros jóvenes investigadores y becarios, que asumen hoy la responsabilidad de gestionar la edición de la Revista. Este Instituto que tiene ya más de treinta años de tarea ininterrumpida, en un espacio de trabajo intelectual en el que puede considerarse legítimamente pionero, bregará por alcanzar con la Revista Electrónica, un nivel de jerarquía, de seriedad, de continuidad, de diálogo, de apertura, de innovación tal, que la transformen en una referencia necesaria y si fuera posible imprescindible para estudiantes y estudiosos del derecho, en el territorio global de la comunicación de nuestro tiempo.

El Director



INVESTIGACIONES

TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN Y DEMOCRACIA

Por Martin M. Aldao

RESUMEN

En este trabajo se analiza la relevancia que la teoría de la argumentación en la fundamentación de los modernos estados democráticos. Tres modelos teóricos (Rawls, Nino y Habermas), son brevemente presentados y comparados, con el objetivo de mostrar las peculiaridades y las ventajas de los modelos basados en la racionalidad comunicativa, tal como el de Habermas.

PALABRAS CLAVE

TEORIA POLÍTICA - DEMOCRACIA - RACIONALIDAD - TEORIA DEL DISCURSO

COMMUNICATIVE RATIONALITY AND DEMOCRACY

By **Martín M. Aldao**

SUMMARY

The present work aims to show the relevance of communicative rationality in the foundations of modern democratic states. Three theoretical models (Rawls, Nino and Habermas) are briefly presented and compared, in order to grasp the originality and advantages of "communicative rationality" based models, such as Habermas.

KEYWORDS

POLITICAL THEORY - DEMOCRACY - RATIONALITY - DISCOURSE THEORY

TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN Y DEMOCRACIA*

Por Martín M. Aldao**

1. INTRODUCCIÓN

En la primera mitad del Siglo XX el austriaco H. Kelsen emprende, por vías separadas, la racionalización del derecho y la fundamentación del estado constitucional democrático. La primera en su *Teoría pura del derecho* y a partir de una racionalidad teórica tributaria de la asepsia valorativa de las ciencias empíricas, la segunda en el breve ensayo *¿Qué es la Justicia?* (entre otros) y a partir de un escepticismo ético tolerante que, en última instancia, descansa más en la coacción que en la razón. Si bien los defectos de ambos puntos de partida fueron apuntados por numerosos críticos, no será hasta el desarrollo de la teoría del discurso que se podrán retomar los objetivos de Kelsen -esta vez por una única vía que intenta conjuga racionalidad, derecho y democracia-, desde una perspectiva racional y constructiva.

El objeto de este trabajo es, entonces, explorar las implicaciones de la teoría de la argumentación para la teoría de la legitimación democrática. Para ello, en el 2. se esboza un panorama de las teorías contemporáneas de fundamentación de la democracia, a las cuales se agrega la teoría discursiva de J. Habermas. En el 3. se procura, a partir de una referencia crítica al texto de Nino, establecer el papel que la teoría del discurso de Habermas juega en la reconstrucción de los fundamentos del estado democrático. Por último, en el 4. se analizan algunos de los problemas que acarrea la perspectiva discursiva para una legitimación del orden jurídico de los estados de derecho contemporáneos.

2. PRINCIPALES TEORÍAS JUSTIFICADORAS DE LA DEMOCRACIA

Con Rawls y Nino, Habermas comparte el intento de legitimar el estado de derecho democrático, la preocupación por coordinar los intereses individuales con los colectivos, y el esfuerzo de recuperar la dimensión moral para la política desde una perspectiva racional. No obstante, es el único de los tres que se esfuerza por incluir en sus reflexiones del pensamiento post-metafísico contemporáneo.

En este sentido, las fuentes del pensamiento habermasiano hacen de su propuesta un cuerpo teórico tan extraño como novedoso: la introducción del *mundo de la vida* en el análisis sistémico de la sociedad (HABERMAS, 1992, 414) y la insistencia en la fundamentación radicalmente pragmática de la racionalidad (HABERMAS, 1983, 97) son apenas algunas muestras de esta peculiaridad; peculiaridad en la

* El presente trabajo fue realizado, fundamentalmente, en torno a los temas debatidos en el seminario de doctorado "Teoría de la Argumentación Jurídica", dictado en la Facultad de Derecho de la UBA en el segundo semestre de 2006 por el prof. J. R. Sieckmann.

** Docente auxiliar de Teoría del Estado, Facultad de Derecho, UBA. - Becario de doctorado CONICET-UBA -- Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" desde el año 2005 - Integrante del Proyecto UBACyT 2004-2007, D026: "PENSAMIENTO JURÍDICO ANARQUISTA" a cargo del prof. A. A. D'Auria.

que se insiste, quizá demasiado, por considerarla fundamental para una adecuada comprensión de su propuesta política.

A continuación se bosquejan brevemente las propuestas de los tres autores para poder, en el 3., establecer las ventajas que ofrece la aplicación de la teoría de la argumentación en el campo de la fundamentación del estado democrático de derecho.

2.1. EL LIBERALISMO POLÍTICO DE J. RAWLS

A través de la idea de *consenso traslapado* Rawls intenta solucionar el problema de la convivencia de una pluralidad de doctrinas heterogéneas entre sí. Frente a la concepción tradicional del pensamiento político occidental que pretende unificar las doctrinas de todos los ciudadanos en una única concepción válida del bien, Rawls opone la idea de un *pluralismo razonable*. En este sentido, supone que todos los ciudadanos tienen dos puntos de vista, uno comprensivo y doctrinario, y el otro político (RAWLS, 1993, 142), y basta con que acuerden en lo que denomina el *dominio especial de lo político* para que el ejercicio del poder político se encuentre adecuadamente justificado.

No se trata, no obstante, de un mero *modus vivendi*, de una convivencia forzada por las circunstancias, tal como esta escisión de puntos de vista puede hacernos creer. Si Rawls admite la pluralidad de doctrinas es precisamente para permitir que cada una de ellas haga su aporte particular a la convivencia política. De este modo, las razones que llevan a los ciudadanos a respetar una Constitución no son meramente estratégicas (en términos habermasianos), sino morales (RAWLS, 1993, 149). El procedimiento es bien interesante: se respetan los elementos positivos de cada doctrina y se rechaza la pretensión de universalidad respecto del resto de la sociedad –una solución que no deja de recordar el concepto de *religión civil* de J.J. Rousseau-. De hecho, la idea de un *pluralismo razonable* se libera por este camino de la objeción de ser escéptico: no se trata de negar los valores, sino más bien de aprovecharlos en la medida en que posibilitan la existencia de una sociedad justa a través del *equilibrio reflexivo*.

De este modo el ámbito de lo común no es más que un marco de referencia o una guía para la deliberación (RAWLS, 1993, 156) que es sostenido por las *virtudes de la cooperación política*. La plausibilidad de este modelo resulta, según Rawls, de tres puntos básicos: (a) los principios liberales aquietan las divisiones latentes en la sociedad, y fomentan (b) un razonamiento público dialógico que contribuye a establecer (c) un consenso constitucional (RAWLS, 1993, 161-163). Ahora bien, el consenso constitucional deviene consenso traslapado a través de: (a) la mayor profundidad que adquieren las doctrinas políticas en la discusión pública, (b) la mayor amplitud que se les impone (en tanto tienen que atender a cuestiones que exceden lo específicamente político) en este sistema y (c) la especificidad del consenso a través del respeto de dos ideas fundamentales: la sociedad como un sistema justo de cooperación y los individuos como ciudadanos libres e iguales (RAWLS, 1993, 166). Con este giro Rawls logra que la democracia, por decirlo de algún modo, se alimente a sí misma.

2.2. LA TEORÍA DISCURSIVA DE J. HABERMAS

El trabajo de Habermas comienza mucho antes de lo *propriamente político*, con una crítica de la concepción tradicional del sujeto y del conocimiento, y la posterior elaboración de una ética discursiva que, intentando escapar de las aporías de la metafísica de la modernidad, se aferra no obstante a algún tipo de racionalidad.

El primer paso es despegar la argumentación práctica de la pesada herencia descriptivista (que compartirían tanto las tesis objetivistas como las escépticas) a través de la adecuada formulación del problema desarrollada por S. Toulmin: en cuestiones morales, la pregunta no debe formularse en términos de adecuación a valores, sino más bien de acuerdo al peso de las razones esgrimidas por una y otra posición (HABERMAS, 1983, 72). Reemplaza, entonces, una "razón práctica" por una "racionalidad comunicativa" (HABERMAS, 1992, 71) en la cual la verdad moral ya no es ni un lugar fijo al que aproximarse, ni una utopía inalcanzable, sino más bien un presupuesto que es exigido por la comunicación (HABERMAS, 1985, 104). Este camino procedimental permite a Habermas rechazar los principios morales dogmáticamente establecidos en los que descansan las éticas tradicionales (HABERMAS, 1983, 111).

En este sentido, el proceso democrático entendido comunicativamente dota al estado de derecho de una legitimidad fundada en la formación de la opinión pública, retomando la importancia que al primero le da el liberalismo clásico, y a la segunda el republicanismo. Esta conceptualización del procedimiento democrático lo ubica tanto dentro como fuera del estado y permite captar el proceso por el cual la legislación transforma la deliberación pública (en sentido amplio) en poder utilizable administrativamente (HABERMAS, 1992, 375). La *racionalización* es, entonces, más que mera legitimación (liberalismo) y menos que constitución del poder del estado (republicanismo).

Tomando de la epistemología la distinción entre *contexto de justificación* y *contexto de descubrimiento*, Habermas ubica a la deliberación institucionalizada en el primero y a la formación informal de la opinión pública en la segunda (HABERMAS, 1992, 384). El derecho es introducido, entonces, como el puente que permite comunicar la idealizada "*sociación comunicativamente pura*" y las sociedades complejas efectivamente existentes (HABERMAS, 1992, 405). La democracia se justifica, entonces, en la medida en que permitiría evitar la autonomización del sistema administrativo (el estado) y lo orienta a limitar el mercado. De este modo logra reconstruir el proceso político de un modo que puede dar cuenta tanto de las acciones estratégicas (orientadas hacia los propios fines y predominantes en el mercado y en la burocracia política) como de las acciones comunicativas (que impregnan el mundo de la vida y constituyen el elemento legitimante del estado democrático de derecho) (HABERMAS, 1992, 416).

2.3. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE C. NINO

El núcleo central de la tesis de Nino descansa sobre el valor epistémico de la deliberación democrática. En este sentido podrían distinguirse dos etapas en su propuesta: **(a)** aquella en la cual se legitima el sistema democrático (entendido como deliberación pública) a través del teorema de Condorcet

y lo que denomina la *tendencia colectiva a la imparcialidad* (NINO, 1997, 178). En este nivel la argumentación de Nino adopta un giro cuasi-estadístico: A pesar de reconocer las virtudes de la racionalidad monológica para los casos particulares, intenta mostrar que para el conjunto de decisiones que una comunidad política debe adoptar, es más fiable la discusión colectiva (NINO, 1997, 182). Pero también en una segunda etapa **(b)** Nino debe adaptar su modelo a los estados demo-representativos contemporáneos, y con este objeto trata de trasladar la discusión colectiva informal a los aparatados deliberativos institucionalizados. De aquí sus reticencias frente a la representación –a la cual, sin embargo, termina por aceptar– y su insistencia en el desarrollo de los partidos en torno de posiciones ideológicas (NINO, 1997, 185). De todos modos, el valor epistémico de la democracia depende también del siguiente conjunto de condiciones: a) la participación libre e igual en el proceso de discusión y toma de decisiones, b) la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación, c) la ausencia de minorías congeladas y aisladas, y d) la existencia de un marco emocional apropiado para la discusión (NINO, 1997, 192).

En este sentido es que pretende ubicarse en un lugar intermedio entre aquello que denomina el “elitismo” de Rawls y el “populismo” de Habermas (NINO, 1997, 165). Si bien Nino no está dispuesto a abandonar completamente el “monologismo” de Rawls, propone matizarlo a través de la discusión pública, lo que le permitiría, en sus propios términos, escapar al “populismo habermasiano”.

De este modo, la democracia deliberativa sería justificable desde una perspectiva epistemológica, en tanto parece ser la mejor herramienta para tomar decisiones colectivas (NINO, 1997, 197-198). En este sentido es que propone mejorar la democracia a través del refuerzo de las instituciones deliberativas (NINO, 1997, cap. 6).

3. LA RELEVANCIA DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

En este apartado trataré de analizar el concepto de racionalidad que se maneja en cada caso y las consecuencias teóricas que producen, especialmente a la luz de las discusiones en torno de la plausibilidad y las ventajas de una teoría de la argumentación racional.

El problema central para la legitimación del estado democrático de derecho parece ser, para los tres autores, lograr la convivencia de los intereses y valores contrapuestos existentes en las sociedades contemporáneas de un modo no coercitivo. En este sentido Rawls apunta al *consenso traslapado*, Nino a la confiabilidad del proceso de deliberación colectiva y Habermas al valor racional-normativo de la argumentación racional.

Rawls, al afirmar una concepción monológica de la racionalidad, se encuentra, probablemente, en el extremo más conservador del grupo. Si bien en *El liberalismo político* parece acercarse un poco más a la posición de Nino a través de la noción de *equilibrio reflexivo*, la función que otorga a las creencias particulares dentro del sistema lo mantiene dentro de un paradigma tradicional, según el cual es posible conocer la verdad, y ésta debe ser, al menos en parte (el *consenso traslapado*), única para toda la sociedad, por eso afirma que la *justicia como imparcialidad* sólo es razonable si puede ganarse el apoyo de los ciudadanos apelando a la razón de cada uno de ellos (RAWLS, 1993, 145).

A pesar de adoptar una posición política más similar a la de Habermas (D'AURIA, 2004, 77), Nino parte de una posición ontológica similar a la de Rawls, en tanto la práctica discursiva constituye apenas una "mejora" epistémica respecto de la racionalidad individual, que es explícitamente reconocida (NINO, 1997, 182). El elemento dialógico de su propuesta no ocupa, entonces, el lugar fundamental que la asigna Habermas, el cual se desviaría, según Nino, hacia un populismo consensualista (NINO, 1997, 198).

En este punto parece relevante retomar algunos de los puntos discutidos en los primeros encuentros del seminario, en torno de la plausibilidad de una argumentación práctica racional. Según Habermas, tanto objetivistas como escépticos comparten una concepción descriptivista de las discusiones morales: los primeros para afirmarla, los segundos para negarla (HABERMAS, 1983, 72-73). La teoría de la argumentación racional se despega precisamente de este modelo de racionalidad teórica de las ciencias empíricas, reemplazando la concepción propositiva por otra, fundada en los presupuestos pragmáticos de la argumentación.

De acuerdo a esto, no parece razonable la descripción que Nino propone de las tesis de Habermas: Éste no afirma que *la verdad moral se constituye por el consenso que resulta de la práctica real de la discusión moral cuando se lleva a cabo de acuerdo con algunas restricciones procesales acerca de los argumentos que se esgriman*. (NINO, 1997, 161)

Describirlo de este modo es desconocer el giro pragmático-lingüístico que adopta la teoría de la acción comunicativa (D'AURIA, 2003a). Porque cuando Habermas reformula la idea de verdad en términos de racionalidad intersubjetiva no se dirige hacia el contextualismo relativista propuesto por Rorty y en el que parece ubicarlo Nino. Por el contrario, reconociendo que las pretensiones de validez reclaman una trascendencia respecto de su propio contexto situacional, intenta reformular esta última en términos de presupuestos racionales del discurso. No se trata de "descubrir" una verdad a través del consenso, puesto que esta verdad existe sólo como presupuesto de los participantes del acto dialógico.

Esto es, si pretenden mantener algún tipo de racionalidad, deben suponer que es posible llegar a una verdad común, pero esto no significa que esta verdad exista efectivamente, sino más bien que su rechazo torna irracional cualquier tipo de argumentación dialógica y por lo tanto intersubjetivamente entendida. El razonamiento es similar al esgrimido por Alexy para justificar las pretensiones de validez en el discurso jurídico de las partes: no se afirma –sería ingenuo hacerlo– que las partes realmente creen en todo lo que afirman, sino más bien que desarrollan su discurso de tal manera que no pueden no pretenderlo. Quien argumenta racionalmente tiene que estar dispuesto a dar cuenta de su posición a través de razones y con esto es suficiente para afirmar su pretensión de validez (ALEXY, 1983, 317).

A través de esta teoría Habermas intenta solucionar el problema del conflicto de valores e intereses. No se trata, como en Rawls, del reconocimiento cuasi-intuitivo de las ventajas del *consenso traslapado*, preñado de consideraciones morales tales como la igualdad, la imparcialidad y el concepto de persona moral. Tampoco de la esperanza de Nino en las ventajas epistémicas de la discusión pública para conocer una verdad moral que permanece objetiva.

El aporte fundamental de la teoría de la argumentación racional consiste, precisamente, en renunciar a la postulación de una verdad en sentido fuerte y centrarse en las *pretensiones* de corrección en tanto susceptibles de crítica y fundamentación por parte de los participantes. Esto, en términos políticos, implica que la democracia es la forma más racional de organización política en un sentido mucho más radical que el que puede afirmar Nino. La discusión pública que habilita el proceso democrático no es ya una mejora epistémica, sino una condición de racionalidad de la política.

Por otro lado, la teoría de la argumentación racional puede ser vista como una herramienta mucho más poderosa que una mera legitimación de la democracia, pues permite vincular de un modo relativamente consistente un amplio espectro de prácticas sociales.

4. LA RELEGITIMACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO A PARTIR DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

La postura de Habermas presenta, no obstante, una serie de problemas. **(a)** El precio de la racionalidad comunicativa parece implicar la deslegitimación de buena parte de las institucionalizaciones de la democracia en el estado de derecho, empujando a la teoría de la acción comunicativa hacia posiciones cuasi-anarquistas. Y **(b)**, las *condiciones ideales de habla*, es decir, aquellos supuestos que son condición de la racionalidad intersubjetivamente construida, parecen bien difíciles de alcanzar en las sociedades complejas contemporáneas.

Ambos problemas se encuentran, de hecho, íntimamente relacionados; puesto que precisamente en la dificultad para establecer las *condiciones ideales de habla* es que estriba la debilidad de las instituciones político-administrativas. Las cuales, en tanto *sistemas autonomizados* respecto del *mundo de la vida*, conspiran a su vez contra los esfuerzos comunicativos de los ciudadanos.

Este tipo de problemas surgen, no obstante, de un modo particular de plantear los problemas de la política: Este modo peculiar se caracteriza por ubicar a la *racionalidad* como objetivo o meta del estado de derecho. Si bien esta forma de plantear el problema permite poner de manifiesto las tensiones que atraviesan al estado demo-representativamente organizado, también es cierto que existen otro tipo de lecturas menos radicales que permiten salvar el problema.

Si retomamos las observaciones de R. Alexy a las críticas de Weinberg al *concepto relativo de corrección* (ALEXY, 1983, 303-304) podemos hallar una vía tentativa para solucionar el problema. En este sentido resulta fundamental el rol que Alexy asigna al discurso racional: no se trata de permitir a los participantes alcanzar una seguridad objetiva respecto de los resultados de la argumentación (actitud que parece más afín a una racionalidad monológicamente concebida); sino más bien de ofrecer una vía que permita escapar de la mera opinión o decisión a través de un procedimiento racional.

De este modo es posible ver la teoría de la argumentación racional no como el fundamento de un nuevo orden social plenamente comunicativo; sino de un modo mucho más modesto, como una herramienta que permite cercar o limitar las irracionalidades del sistema administrativo sin depender –al menos teóricamente– de las posiciones morales de los participantes.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., (1983): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, CEC, 1989.
- D'AURÍA, A., (2003A): *Los discursos del Derecho*, este trabajo fue leído en el Simposium Verfassung und Argumentation (Bamberg, 5-7. Dezember 2003).
- D'AURÍA, A., (2003B): *Liberalismo y democracia : Recuperación del radicalismo democrático moderno desde el pensamiento post-metafísico contemporáneo* (Tesis doctoral).
- D'AURIA, A., (2004): *Análisis político: poder, derecho y democracia*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- HABERMAS, J., (1992): *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2005.
- HABERMAS, J., (1983): *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Barcelona, Península, 1985.
- HABERMAS, J. y Rawls, J., (1998): *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, 1989.
- NINO, J. C., (1997): *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- RAWLS, J., (1993): *El liberalismo político*, Barcelona, Gijjalbo-Mondadori, 1996.

LAS CAUSAS DE LA DECADENCIA ARGENTINA EL ESTADO COMO BOTIN DE GUERRA DE LA LUCHA POLITICA, Y LA SOBREVALUACION CAMBIARIA. REMEDIOS

(Primera parte)

Por Eduardo R. Conesa

RESUMEN

Las causas del atraso económico argentino en el último medio siglo han atraído la curiosidad de gran cantidad de observadores e investigadores en economía y ciencias sociales, pero hasta ahora las explicaciones no han sido satisfactorias. La investigación a fondo del fenómeno es pertinente porque existe un clamor en la sociedad argentina que exige un mejor nivel de vida que la dirigencia de los últimos sesenta años no ha sabido entregar.

PALABRAS CLAVES

ECONOMÍA – ESTADO – POLÍTICA

CAUSES OF ARGENTINA'S DECLINE: THE SPOIL'S SYSTEM FOR THE APPOINTMENT OF PUBLIC SERVANTS AND THE EXCHANGE OVERVALUATION. REMEDIES.

(Part one)

By Eduardo R. Conesa

SUMMARY

Though the reasons for Argentina's economic failure to keep up with world development in the last half century have attracted the curiosity of many observers and researchers on both, Economics and Social Sciences, the explanations provided up until now, were not satisfactory enough.

The full research on this phenomenon is relevant because the Argentine society is strongly requiring for better standard of living, which, so far politicians have not been able to deliver.

KEY WORDS

ECONOMY – STATE - POLICY

LAS CAUSAS DE LA DECADENCIA ARGENTINA EL ESTADO COMO BOTIN DE GUERRA DE LA LUCHA POLITICA, Y LA SOBREVALUACION CAMBIARIA. REMEDIOS

Por Eduardo R. Conesa*

I.-INTRODUCCION

Las causas del atraso económico argentino en el último medio siglo han atraído la curiosidad de gran cantidad de observadores e investigadores en economía y ciencias sociales, pero hasta ahora las explicaciones no han sido satisfactorias. La investigación a fondo del fenómeno es pertinente porque existe un clamor en la sociedad argentina que exige un mejor nivel de vida que la dirigencia de los últimos sesenta años no ha sabido entregar. Además hay plena conciencia social en el sentido de que las generaciones que nos precedieron vivían mejor, comparando con otros países, no obstante los adelantos de la ciencia universal en la segunda mitad del siglo veinte. A principios de la centuria pasada poblaciones de todo el mundo querían inmigrar a la Argentina. Hoy los nietos y biznietos de esas generaciones inmigrantes quieren emigrar.

Una de las mayores dificultades del estudio de las causas del atraso argentino radica en la interferencia de las preferencias políticas del investigador. Por ello es recomendable que toda persona que estudie este problema se desprenda para esta tarea de toda preferencia a favor de conservadores, radicales, peronistas, socialistas, y también de sentimientos de extrema derecha, de extrema izquierda que aniden en su corazón. Solo así se puede comenzar a entender lo que pasó en nuestro país.

Hasta 1940, de acuerdo a las cifras más autorizadas que hay sobre el ingreso per cápita en todo el mundo, la Argentina (MADDISON, 2005 y FERRERES, 2005), tenía un nivel de vida similar al de Francia y Alemania, aunque debajo del de EEUU Inglaterra y Australia. Es decir que nos encontrábamos entre los países más ricos del planeta. Hoy el nivel de vida argentino es alrededor de la tercera parte del de los cinco países nombrados. Doy por supuesto que las causas de esta decadencia relativa son múltiples y no pretendo presentar una interpretación reduccionista, pero creo sin embargo que podemos adelantar como hipótesis dos causas del atraso: La primera es la organización clientelista del Estado Argentino que es un signo característico de todos los países subdesarrollados y su ausencia es un rasgo saliente de los más avanzados. La segunda consiste en la recurrente sobrevaluación de nuestra moneda, esto último conectado con el cierre de los mercados agrícolas internacionales ocurridos a partir de 1930.

* Investigador permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A. L. Gioja" y profesor de Economía y Finanzas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En primer lugar analizaremos las cifras de nuestro atraso para tomar conciencia de la magnitud del problema y destacaremos luego de qué manera el clientelismo de nuestro Estado ha sido un determinante importante de ese atraso y, finalmente enfocaremos la cuestión de la sobrevaluación del peso como concausa de nuestra decadencia. Anticipamos desde ahora que según las opiniones dominante, las causas de nuestro atraso son muy distintas a las mencionadas en este estudio y en ese sentido se mencionan el "fatal estatismo", la excesiva intervención del Estado en la economía, la falta de seguridad jurídica, la cultura hispánica y católica, o la escasa inversión en activos físicos. Nuestra concentración en dos causas, la ausencia de una meritocracia en el Estado y la sobrevaluación cambiaria, no implica, reitero, reduccionismo ni el descarte de otras muchas concausas de la decadencia argentina, pero pensamos que curado que sea el país de estos dos graves tumores, el cuerpo social estará en condiciones de ir corrigiendo los demás males que nos aquejan por acción misma de las fuerzas de la dinámica social.

Llenando el residuo de Solow

Empezamos primero con el encuadre del caso. Tenemos que hacerlo dentro del acervo de conocimientos hoy aceptados universalmente sobre el desarrollo económico. Los economistas clásicos del siglo XIX atribuían el desarrollo económico principalmente a la acumulación de capital físico, o sea, más fábricas, más tractores, más maquinaria y esto producía un aumento de la producción y en definitiva del desarrollo económico. Esta teoría quedó desacreditada en los años cincuenta por las investigaciones del Premio Nóbel de Economía Robert Solow (SOLOW, 1957) quien hizo un análisis del desarrollo económico de los EEUU entre el período de mil novecientos a mil novecientos cincuenta, y determinó que en el caso de aquél país, el crecimiento económico se debía solamente en un 12,5% a la acumulación de capital físico y en un 87,5% a un factor residual que el llamó "adelanto tecnológico" ¿Porqué esta falencia de la acumulación de capital para explicar el desarrollo económico? En gran medida por la ley de la productividad marginal decreciente, que es una vieja ley de la economía clásica y nos dice, por ejemplo, que si en un campo de mil hectáreas agregamos un primer tractor, el mismo va a tener un gran productividad, pero, si agregamos un segundo tractor, un tercero, un cuarto, a medida que lo vamos haciendo, vemos que el incremento de la producción es cada vez menor en relación al número de tractores, y el aumento de la productividad del último es prácticamente cero. Este es el gran problema que trae la acumulación de capital para explicar el desarrollo económico: la ley de la productividad marginal decreciente. Todo esto es investigado por el Profesor Solow (SOLOW, 1956). Pero su problema es cómo llenar ese enorme residuo del 87%. Así empezaron a surgir las teorías de los economistas tratando de dar contenido al 87% residual. Se han escrito miles de artículos para explicarlo, pero la conclusión mas importante fue determinar que lo que estaba en juego en ese 87% era la acumulación de capital humano, básicamente es la educación y el conocimiento que anida en el cerebro de los seres humanos, cuyo nivel es muy diferente en los distintos países. Ahora bien, El problema es cómo se mide el capital humano. Después de mucha econometría y discusiones (MANKIWI, 1992), se ha llegado a la conclusión que la mejor forma de medirlo es partiendo de la población de un país en edad de asistir a la escuela secundaria y obteniendo el porcentaje de asistencia efectiva a la escuela. Por ejemplo,

un país en el que solo un 5% de los jóvenes de doce a dieciocho años de edad concurre a la escuela secundaria es un país con muy poco capital humano; en EEUU ese porcentaje es del cien por cien. Por supuesto que también se puede utilizar la participación en la educación universitaria y en la primaria, o se puede hacer un promedio de todo. Sin embargo, la que estadísticamente tiene mas impacto es la concurrencia a la escuela secundaria como índice cuantificador del factor educación.

El encuadre de nuestra contribución

Dentro del enorme residuo del 87% de Solow, presentamos en este estudio dos hipótesis que pueden servir para rellenarlo. La primera encuadra en la consabida tesis sobre el capital humano como factor clave pero mas concretamente apunta a explicar a su vez cual es el factor inductivo más importante para la formación de ese capital humano. Esta es la primera parte de nuestra contribución. Pienso que el entusiasmo por la educación y por el estudio, no surgen espontáneamente en todos los pueblos con la misma intensidad. Es mucho mas grande en aquéllos países donde el Estado dá el ejemplo y recluta a sus empleados sobre la base de sus conocimientos. En aquellos donde para entrar en la carrera de funcionario del Estado hay que pasar un riguroso e igualitario examen inicial. En aquellos donde los candidatos a funcionarios son los mejores jóvenes recién graduados de abogados, ingenieros, economistas, médicos, administradores públicos o la profesión de que se tratare. Típicamente entre los 22 y 25 años de edad. Entonces se inicia la carrera administrativa sin nombramientos de favor, ni amiguismo, ni política, ni parentesco con senadores, ni diputados, o ministros, sino en función del esfuerzo, el estudio, la inteligencia y el mérito individuales de los candidatos. A su vez, como el Estado provee alrededor del veinticinco al treinta por ciento del empleo en todos los países, dado que la mayoría de los puestos de trabajo son los públicos, entre ellos por ejemplo los de la justicia, los de los distintos ministerios, el ejército, la policía etc, el impacto de la meritocracia es arrollador. Sostenemos que cuando el Estado da el buen ejemplo en el reclutamiento de su personal, toda la sociedad se entusiasma por la formación de capital humano, por la educación, por el conocimiento y ello posibilita la acumulación. Esta es la esencia de una de la tesis que estamos presentando. Por supuesto, a su vez surge la pregunta acerca de la "causa" de esa legislación tan exigente que reglamente el ingreso a la función pública y la posterior carrera administrativa. La respuesta es que en la historia de algunas naciones, ante determinados peligros, surgieron estadistas clarividentes con poder político que vieron las ventajas institucionales a largo plazo de la meritocracia e instalaron este sistema. Así por ejemplo los reyes de Prusia en el siglo XVIII. También el emperador Meiji en el Japón de fines del siglo XIX y luego en ese país, el mismísimo general Macarthur en 1945 quien opinaba que el régimen militar es en el fondo una meritocracia socialista y por eso, por afinidad profesional, impuso en el Japón una democracia meritocrática civil que actuaba en el interés de la sociedad en su conjunto. En esta tarea fue secundado eficientemente por el primer ministro japonés Shigeru Yoshida (NIXON, 1983, 83) (MANKIWI, 1992). Interesante es al respecto la cita que Richard Nixon, un astuto político conservador hace de un filosofo reformista como Juan Jacobo Rousseau, comentando la democratización anti-clientelística del Japón hecha por Macarthur:

Al enfrentarse con la espinosa cuestión de cómo establecer un sistema político justo, Jean Jacques Rousseau escribió: 'los hombres ... no se gobiernan a sí mismos por ideas abstractas; no se les puede hacer felices si no es forzándolos a serlo y se ha de hacerles experimentar la felicidad para que la amen. Esta es una labor que requiere el talento del héroe...' lo que decía Rousseau era que en las primeras etapas de una nueva sociedad, sus valores han de imponerse desde arriba por algún héroe prudente y con visión. En el caso japonés, Macarthur fue el héroe que hizo sentir la democracia y por lo tanto amarla. (NIXON, 1983, 131)

Debe destacarse también que los numerosos estadistas que gobernaron Inglaterra *circa* 1850 y Estados Unidos *circa* 1883-1900 eliminaron el clientelismo y estableciendo así democracias sustentables.

Cabe tener presente que la idea de democracia meritocrática siempre estuvo en la esencia de esa última nación y sin duda fue la base de su repugnancia al clientelismo y una de las causas de su crecimiento, pues como decía acertadamente la revista The Economist:

"Los Estados Unidos gustan pensarse a sí mismos como la misma corporización de la meritocracia: un país donde la gente es juzgada sobre la base de sus capacidades individuales antes que sus contactos familiares. Las colonias originales fueron asentadas por refugiados de Europa en la cual las restricciones a la movilidad social estaban entrelazadas con la fábrica del Estado, y la revolución americana era en parte una reacción contra el feudalismo. Desde el comienzo los norteamericanos creyeron que la igualdad de oportunidades les daba a ellos una ventaja sobre el viejo mundo, liberándolos de debilitadores snobismos y al mismo tiempo potenciando a cada uno para beneficiarse de las capacidades de toda la población. Ellos todavía lo piensan así. Para estar seguros, los norteamericanos a menudo han traicionado sus magníficos ideales. Los padres fundadores no admitían a las mujeres y a los negros en su república meritocrática. Las elites del país frecuentemente jugaron con el principio aristocrático, así por ejemplo, los brahmins de Boston o, mas flagrantemente, la clase dirigente rural del Sur. Sin embargo, los norteamericanos han sido repetidamente exitosos en vivir con su mejor esencia y hoy día la mayoría de los estadounidenses creen que su país todavía hace un razonable trabajo en la provisión de oportunidades para todo el mundo, incluyendo los negros y las mujeres. En Europa, la mayoría de los pueblos en todos los países, excepto en Inglaterra, la república Checa y Eslovaquia, creen que fuerzas mas allá de su control personal determinan su éxito. En los Estados Unidos solamente el 32% toma esta visión fatalística".¹

El general De Gaulle en la Francia de 1945; el Mariscal Chiang Kai Shek en Taiwán² en el decenio de 1950; el General Park Chung Hee en Corea del Sur en el decenio de los sesentas del siglo XX

¹ The Economist, del 29 de diciembre del 2004 (traducción del autor)- Editorial, London, 2004.

² En Taiwan existe un Poder del Estado de igual jerarquía que el Judicial para velar por la pureza del proceso de selección de los funcionarios públicos. Así el art. 83 de su Constitución dice:

El Yuan de examen es el organismo supremo de examen del Estado y tendrá jurisdicción sobre los asuntos relativos a los exámenes de selección, nombramiento, registro, control de las fojas de servicio, escalafón, salarios, promociones y

impusieron la meritocracia en sus respectivos países. A su vez, la ausencia notoria de una meritocracia estatal nombrada y ascendida sobre bases de una rigurosa competencia que institucionalice el sistema, fomenta el talento y descarta simples criterios de "lealtad" típicos de la clientela partidaria, determinó la caída estrepitosa del Estado Soviético en 1989.

La segunda parte de mi contribución apunta a otra muy importante manera de llenar el residuo de Solow. Dicha manera tiene que ver con el comercio exterior, la apertura de la economía y el tipo de cambio real. Adelantamos aquí que la historia económica del siglo XX registra casos de países que a pesar de tener una acumulación considerable de capital humano como Alemania e Inglaterra retrocedieron económicamente de manera lamentable en el decenio de los años veinte debido a fuertes sobrevaluaciones cambiarias (CONESA, 2006, 28 y 34). Y por otra parte, están los casos de países asiáticos que comenzaron su proceso de desarrollo económico con un capital humano poco significativo, como Corea del Sur, pero con apertura de la economía y tipo de cambio real muy alto y tuvieron un éxito espectacular. Estos hechos nos obligan a plantear la hipótesis del comercio exterior, la apertura de la economía y el tipo de cambio real como factores vitales detrás del desarrollo económico.

II.-CRECIMIENTO DEL PBI PER CAPITA: COMPARACIONES CON ARGENTINA DESDE 1900 HASTA 2004

Antes de entrar de lleno en las cuestiones específicas al impacto del clientelismo y del tipo de cambio real sobre el crecimiento, conviene tener presente la magnitud y las cifras del atraso relativo de nuestro país comparado con otros. Para ello nada mejor que valernos de Gráficos. En el Grafico 1 comenzamos con el crecimiento comparado del PBI per capita entre Argentina, Brasil y Chile partiendo de 1900 y terminando en el 2004 (MADDISON, 1985).

traslados, protección de empleos, recomendaciones, asignaciones familiares, retiro, jubilación y pensión de vejez de los empleados públicos."

Por su parte el art. 85 de la misma Constitución dice:

La selección de los funcionarios públicos se hará por un sistema de exámenes públicos. Los exámenes tendrán lugar en diferentes regiones, con el número de candidatos asignados separadamente para las diferentes y regiones. Nadie podrá desempeñar un cargo público sin ser calificado por examen.

Con respecto a Corea, en un volumen del Banco Mundial titulado *East Asian Economic Miracle*, Oxford University Press, 1991, p. 176, se lee con referencia a la labor institucional del Presidente Park Chung Hee:

Dándose cuenta de la necesidad de una burocracia competente y honesta que lo ayudase a poner a Corea en la jerarquía de los países industrializados, Park reorganizó el servicio civil y reemplazó el spoils system que había gobernado la administración del personal con un sistema basado en el mérito. El control de las actividades de los servidores públicos mejoró y el reclutamiento y la promoción fueron fundados en la capacidad y el desempeño. Se introdujo un sistema de jubilaciones estructurado de manera similar al japonés para alentar a los individuos más brillantes a permanecer en la burocracia. Este plan indujo una aguda competencia entre los burócratas y mejoró la ética del trabajo.

Por lo demás, la idoneidad de los funcionarios públicos de carrera está bien documentada en el libro de Mason, Kim, Perkins, Kim y Cole titulado *The Economic and Social Modernization of the Republic of Korea*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980. p. 253, 254, 265, y 274, entre otras.

La Argentina tenía en 1900 un nivel de vida cuatro veces más alto que el de Brasil y 50% más elevado que el de Chile. Sin embargo, Brasil recuperó terreno con un crecimiento extraordinario durante los gobiernos militares, bajo la aparente guía inicial de la CIA, desde 1965 hasta 1984. Es sabido que el entonces agregado militar norteamericano coronel Vernon Walters prácticamente dirigió entre bambalinas el golpe de Estado que derrocó al Presidente Joao Goulart en 1964. En 1984 Brasil volvió a la democracia pero su PBI per capita se estancó desde 1985 hasta el 2004. Chile por su parte tuvo un desempeño claramente inferior al de Argentina hasta 1982, a pesar de que el crecimiento argentino fue extremadamente pobre. Pero a partir de 1984 Chile comenzó a crecer en serio. Todavía gobernaba el General Augusto Pinochet quien terminó su gobierno en 1990. Y desde allí los gobiernos democráticos, hasta el 2004, continuaron con excelente desempeño. Ese desempeño superior tiene ya 20 años de duración continuados, lo cual permitió al vecino trasandino superarnos finalmente en PBI per capita hacia 1998.

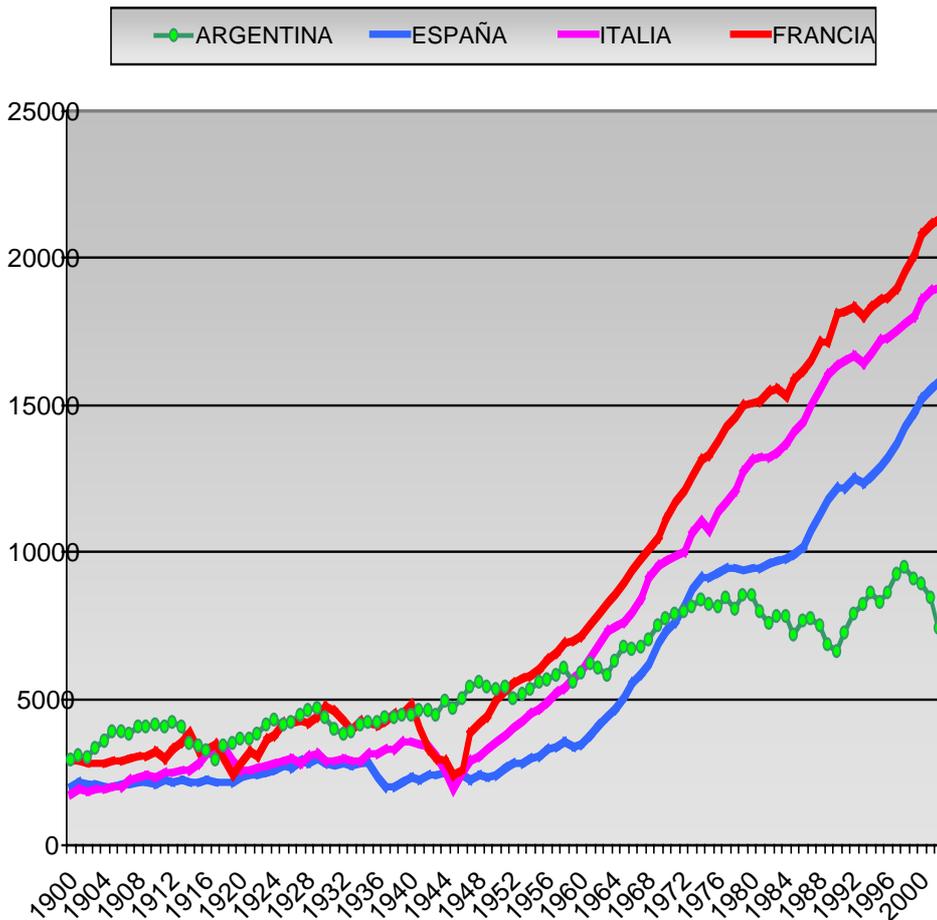
GRAFICO 1
PBI PER CAPITA DESDE 1900 A 2004. ARGENTINA, BRASIL Y CHILE



El quiebre abrupto de la política económica chilena se dio en 1983-84 dentro del gobierno de Pinochet, desde la muy mala economía inicial del general desde 1973 hasta 1982 hasta la excelente luego de 1983, después de que la Argentina se lanzó a la reconquista de Malvinas. Esta guerra valorizó estratégicamente a Chile a los ojos de la NATO. Nuestro vecino allende los Andes comenzó a seguir, a partir de entonces, los consejos estratégicos del Departamento de Estado y de la CIA en materia de política económica, e inauguró así una política de tipo de cambio real alto y finanzas públicas sanas. Así fué que Chile pudo superar ampliamente a la Argentina en el ingreso per cápita *circa* 1998 según puede verse en el Grafico 1 según las cifras de Maddison. Además Chile fue el primer país sudamericano que ingresó al NAFTA, the North American Free Trade Association, lo cual le abrió el enorme mercado norteamericano con lo cual el país podrá consolidar su tasa de crecimiento a largo plazo. Si la Argentina no lleva a cabo una política de crecimiento igualmente inteligente, tendrá serios problemas en el largo plazo con la adhesión de la Patagonia y las provincias andinas del oeste, las que dudarán entre la conducción de Santiago y la de Buenos Aires, ante la evidencia irrefutable de la ineptitud de nuestro actual

sistema de gobierno fundado en el mero clientelismo de asalto al Estado por hordas famélicas de militantes partidarios a la búsqueda del goce rentístico del puesto público prebendario.

GRAFICO 2
PBI PER CAPITA DESDE 1900 A 2004. ARGENTINA, FRANCIA, ITALIA Y ESPAÑA



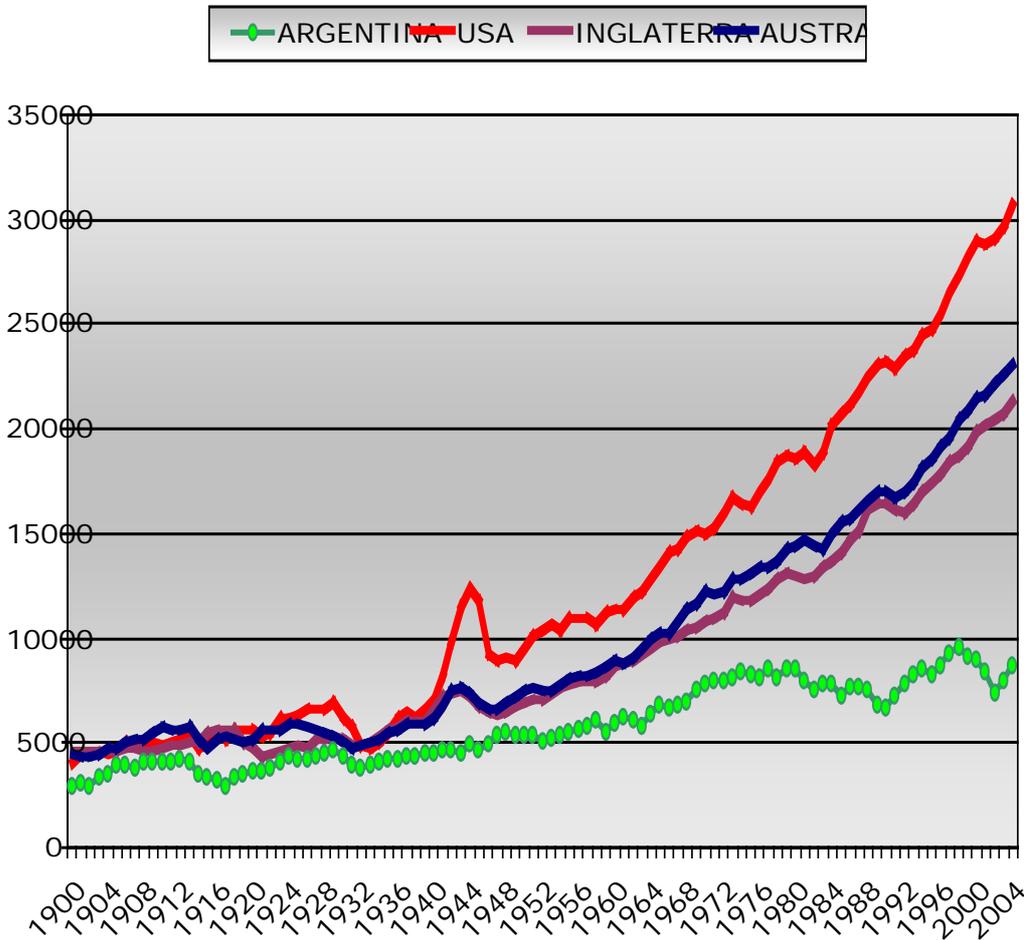
En el Grafico 2 tenemos otra comparación: en este caso de Argentina con tres países latinos de similar nivel cultural, religioso y racial: España Italia y Francia. La Argentina en 1900 tenía un ingreso per capita similar al de Francia y continúa emparejada con este país hasta el año 1940 en el que Francia cae derrotada, pero la gentil tierra de Galia se recupera rápidamente a partir de 1945 y nos alcanza en PBI per capita hacia 1952 llegando en el 2004 a ostentar un PBI per capita tres veces superior al nuestro. Algo similar ocurre con Italia, país que en 1900 muestra un PBI per cápita claramente inferior al Argentino pero que nos alcanza hacia 1960, llegando finalmente al 2004 con un PBI per capita 2 veces y media superior al argentino. Cabe dejar constancia que ambos países, Francia e Italia, crecieron extraordinariamente en la posguerra bajo regímenes completamente democráticos.

Todavía tenemos el caso español, país que recién empieza a crecer extraordinariamente a partir del año 1958 y sigue a fuerte ritmo hasta 1975, durante la autocracia del Generalísimo Francisco Franco. A

mediados de los setenta el PBI per cápita español alcanza al argentino, que había sido menos de la mitad del nuestro en la primeras décadas del siglo XX. Después de aquella fecha se produce la transición democrática que genera un aplanamiento en la curva del crecimiento claramente visible en el Grafico 2. Pero hacia fines del decenio de los ochentas España consiguió entrar al Mercado Común Europeo y el impacto de las instituciones europeas le dió un nuevo impulso al crecimiento español cuyo ingreso per capita en la actualidad es el doble del argentino.

Luego tenemos mas comparaciones aun para convencernos del lamentable estancamiento de nuestro país en el período 1950-2004:

GRAFICO 3
PBI PER CAPITA DESDE 1900 A 2004. ARGENTINA, USA, INGLATERRA, Y AUSTRALIA

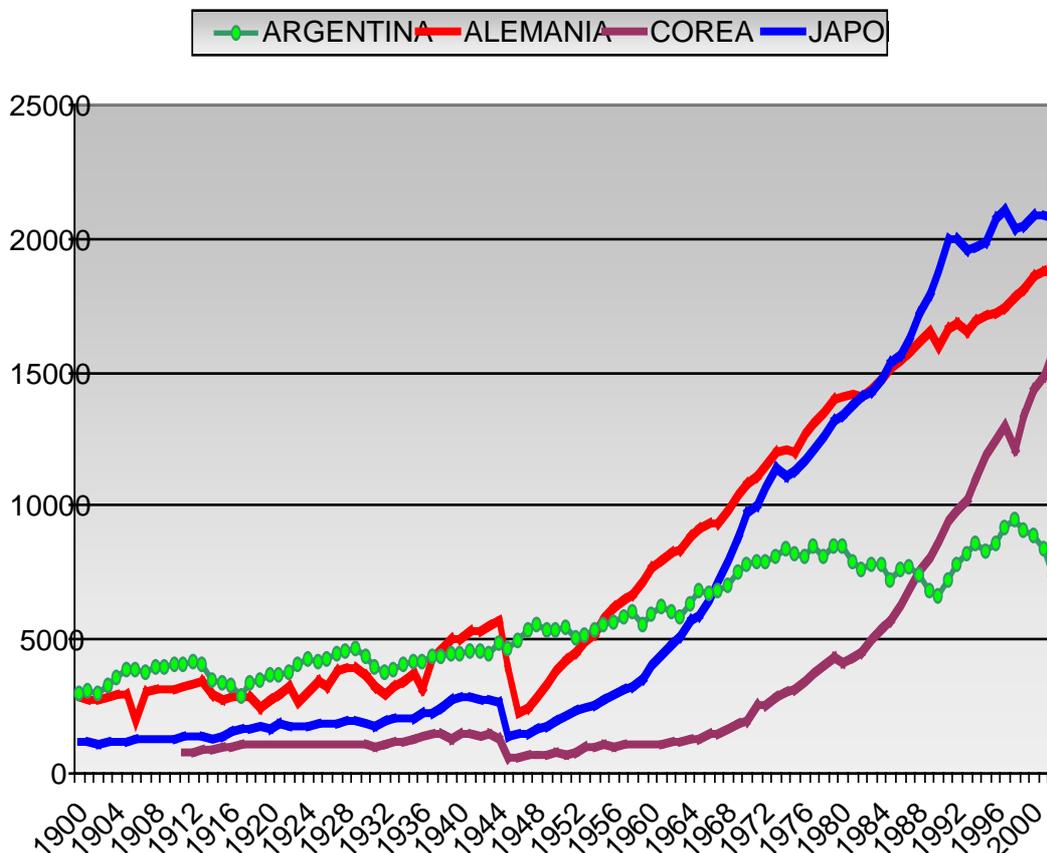


El Gráfico 3 muestra que EEUU, Inglaterra y Australia, siempre tuvieron un nivel de vida más alto que la Argentina, pero la diferencia en año 1900-1940, no era grande. Los cuatro países estaban bastante pegados. Luego EEUU se despegó del grupo durante y después de la segunda guerra mundial y Australia e Inglaterra continúan creciendo a un nivel similar, un poco más alto el australiano que el inglés.

Pero la Argentina queda atrasada hacia el 2004 con un nivel de vida igual a la cuarta parte del estadounidense y la tercera parte del inglés y australiano.

Y seguimos con una última comparación, esta vez con países mas exóticos, lejanos y algo extraños a nuestra cultura: Alemania, Japón y Corea. Los dos primeros tienen ambos una muy fuerte caída en su nivel de vida con motivo de su derrota en la segunda guerra mundial que puede verse en los años 1944-45. Por otra parte los PBI per cápita alemán y argentino fueron muy similares desde 1900 a 1940. Argentina empieza a fracasar después de la segunda guerra mundial con el gobierno del General Perón, que entre otras siguió una política de fuerte sobrevaluación del peso. Alemania por el contrario tuvo un resurgimiento impresionante en esa época acompañada de un tipo de cambio real muy alto. En el Gráfico 4 el crecimiento alemán contrasta fuertemente con la línea argentina que tiende a aplanarse. También puede observarse que Alemania tendió a estancarse en el decenio de los noventa porque debió absorber a Alemania del Este y esto ha tenido un costo importante, y por eso la línea alemana tiende a aplanarse hacia la derecha del gráfico. Además, desde ya adelantamos que por acción de una ley universal de la economía, todos los países cuando llegan a un nivel alto de ingreso per cápita tienden a aminorar su tasa de crecimiento.

GRAFICO 4
PBI PER CAPITA DESDE 1900 A 2004. ARGENTINA, ALEMANIA, JAPON Y COREA



El caso de Japón es paradigmático ya que partiendo de un nivel de vida equivalente a un tercio del nuestro en el año 1900, después de la segunda guerra mundial, tiene un crecimiento realmente notable y en el 2004 nos llegó a superar con PBI per cápita cuatro veces mayor. Y esto se hizo bajo un régimen democrático muy interesante porque fue impuesto a la fuerza por el General Douglas MacArthur con la ayuda del premier Yoshida. Inmediatamente después de ocupar Tokio e instalarse en el gran edificio de una compañía de seguros, el comandante de las fuerzas de ocupación recibió la visita del Emperador. Este le comunicó que él, el Emperador, era el único responsable de todos los crímenes de guerra cometidos porque él dio todas las ordenes y no sus generales y almirantes que solamente las cumplieron. El general norteamericano escuchó pero fusiló a todos los altos mandos militares y, sin embargo, al Emperador no lo tocó. Dictó una nueva Constitución y lo dejó como símbolo de la Nación pero sin poderes de gobierno, traspasando la soberanía al pueblo y estableciendo un sistema democrático, donde gobiernan los partidos políticos. Pero conociendo que los partidos políticos son organizaciones débiles y propensas a ser copadas por mafias y grupos de presión no siempre aptos para la función del bien común, el General estableció, como contrapeso, un sistema de meritocracia estrictísimo para la administración pública japonesa, donde el Primer Ministro de Japón elegido por el voto popular nombra solamente a sus Ministros y Secretarios de Estado, pero no puede nombrar a nadie en la administración pública, excepto cuatro funcionarios del partido ganador de las elecciones. Todos los demás funcionarios del Estado son nombrados por exámenes y ascienden por carrera administrativa. Este sistema, unido a un tipo de cambio real muy alto, también establecido por MacArthur, fue uno de los factores que más contribuyó al crecimiento del Japón de la posguerra y al afianzamiento de la democracia, sistema de gobierno que no estaba en las tradiciones japonesas.

Por último, en el Gráfico 4 tenemos a Corea, país de un nivel de vida realmente paupérrimo hasta el decenio de los sesenta del siglo XX. Sin embargo a partir de 1961 siguió una política del tipo de cambio alto y de meritocracia en la administración pública bajo la Presidencia (1961-1979) del General Park Chung Hee, apoyado por Estados Unidos. Y tuvo también un crecimiento espectacular desde 1961 al 2004, al punto que ahora nos duplica en PBI per cápita.

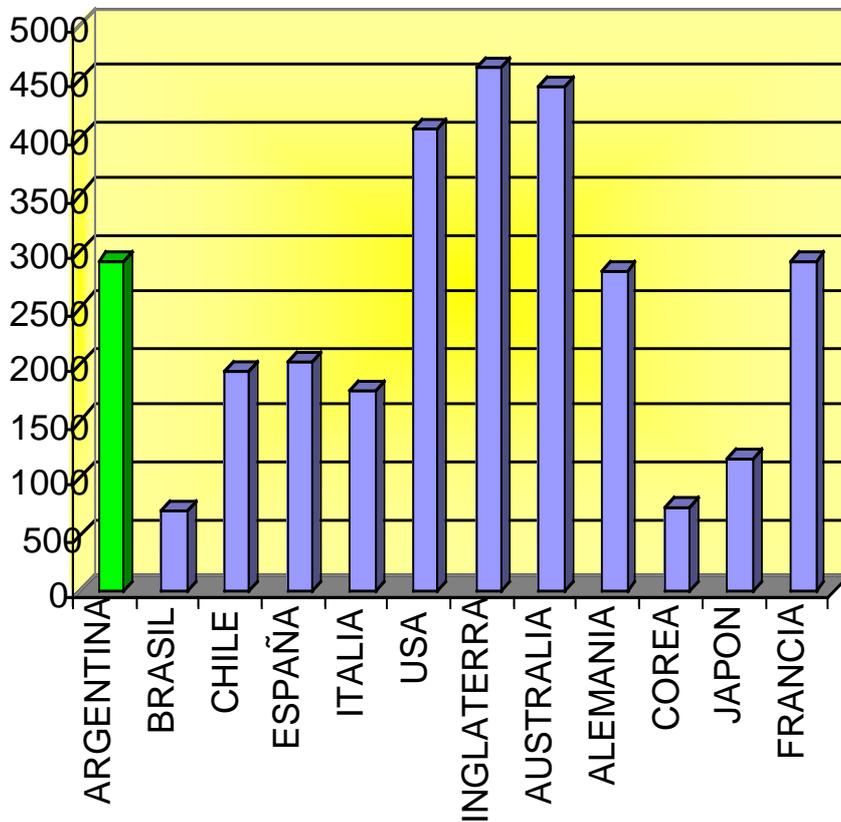
III.-COMPARACIONES DEL PBI PER CAPITA EN CORTES TRASVERSALES: 1900-1920-1940-1960-1980 Y 2004

El tema de la decadencia argentina es desfigurado por algunos ideólogos de la historia política a los cuales les agrada cuestionar la organización social y política del país de 1880-1940. Sin embargo las cifras muestran una realidad distinta: esos años fueron muy buenos años para la Argentina como nación, comparativamente hablando, se entiende. Las estadísticas no mienten. No cabe duda alguna que los años de gloria de la economía Argentina en materia de crecimiento y bienestar, repito, comparativamente hablando, fueron los de 1880-1940. Durante estos años hubo gobiernos que podríamos calificar de conservadores, excepto en 1916-22 y 1928-30. Puede ser cierto que la distribución de la renta no fuera equitativa, pero es seguro que era más progresiva que en la actualidad. Quizá la tierra debió ser distribuida

igualmente en porciones medianas siguiendo el modelo del "homestead" norteamericano, pero en esa época vinieron mas de 3.3 millones de inmigrantes a la Argentina desde Italia, España, Francia, Irlanda, Alemania, Rusia y otros países donde evidentemente estaban peor. No es concebible pensar que grandes masas de inmigrantes busquen peores condiciones de vida en la Argentina de esos años, sobre todo en cuanto a perspectivas futuras. En cuanto al presunto elitismo del sistema político de 1860-1940, también se exagera. El presidente Sarmiento era de origen humilde e instituyó un sistema educativo igualitario, que fue el más sólido fundamento de la democracia en la Argentina. El presidente Victorino de la Plaza era un indio salteño. Hipólito Yrigoyen era nieto de un mazorquero de Rosas y él mismo fue comisario de Balvanera. El general Agustín Pedro Justo, Presidente de 1932 a 1938 era nieto de inmigrantes genoveses de apellido "Giusto". De igual manera el Presidente Roberto M. Ortiz (1938-41) era hijo de inmigrantes vascos. El General Perón comenzó a actuar en cargos importantes de la dirigencia argentina en el decenio de 1930 con el golpe del General Uriburu, y luego fue edecán del Ministro de Guerra del Presidente Justo, el General Manuel A. Rodríguez. Más tarde en el mismo decenio de 1930 se desempeñó como agregado militar en Italia, lo cual le permitió observar de cerca los entresijos del poder interno de la Argentina y del mundial. Todo esto siendo además hijo natural de la modesta aborigen Juana Sosa. Es que las Fuerzas Armadas, poseedoras de un sistema de carrera y nombramientos por mérito, eran en realidad una formidable maquinaria de rotación social y renovación de la dirigencia. Este sistema de promoción y renovación de las cúpulas debió ser extendido comprendiendo a la burocracia civil, cosa que no llegó nunca a plasmarse en nuestro país.

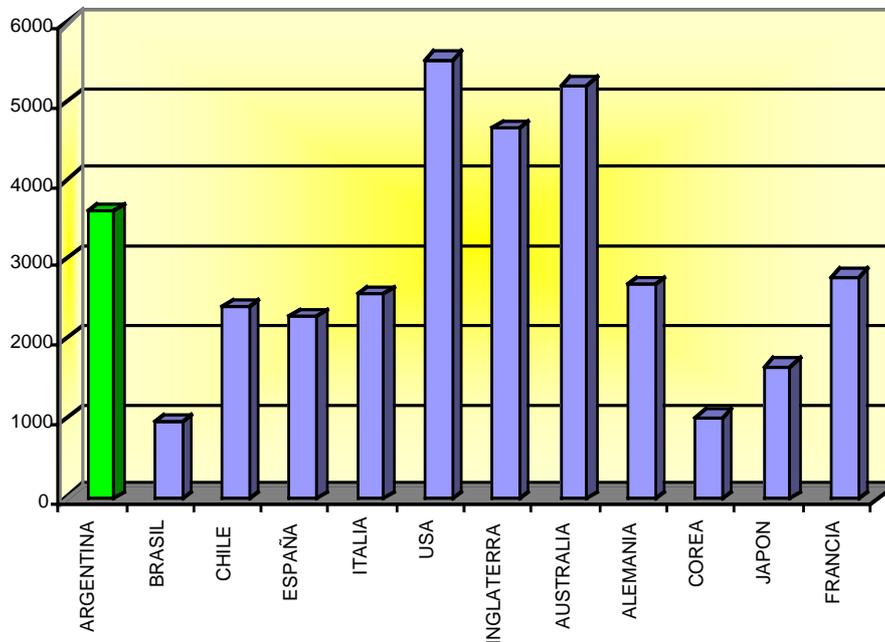
El año corte transversal del año 1900 confirma que la Argentina tenía un nivel de ingreso per cápita muy por arriba del de Brasil, Chile, Italia y España e igual al de Francia y Alemania, pero ciertamente inferior a Australia, Inglaterra y EEUU.

GRAFICO 5
CORTE TRANSVERSAL DEL PBI PER CAPITA COMPARADO EN 1900



En 1920 se mantiene más o menos la situación de 1900. Argentina, solamente ostenta un PBI per capita inferior al de EEUU, Australia, e Inglaterra y su nivel es algo superior al de Francia y Alemania, países que se habían desangrado en una guerra devastadora y que habían firmado el tratado de Paz de Versailles, con pesadas reparaciones de guerra que Alemania debía pagar a los aliados, especialmente a Francia, cuyo cumplimiento resultó imposible según predijera John Maynard Keynes en aquellos tiempos.

GRAFICO 6
CORTE TRANSVERSAL DEL PBI PER CAPITA COMPARADO EN 1920



El corte trasversal de 1940 permite visualizar todavía esta preeminencia de la Argentina, aunque estamos ahora a un nivel algo inferior al de Francia y Alemania, países que se habían recuperado del desastre de la primera guerra mundial. Respecto de Alemania es conveniente destacar que el dictador Adolfo Hitler, un ex cabo de escasa cultura, llegó al poder por vía democrática electoral en 1932 y tuvo notables aciertos en la política macroeconómica por cuanto consiguió rápidamente el pleno empleo en el primer año de su gobierno en 1933-34 y una fuerte alza en el PBI per cápita que fue del 47% desde 1932 hasta 1937 implicando una tasa de crecimiento del 7% anual en esos años. Este éxito macroeconómico se vió magnificado por el opuesto desastre que fue la conducción macroeconómica de Alemania en los años veinte y lo convirtió en un semi-dios a los ojos de muchos de sus compatriotas, posibilitando así una concentración de poder enorme que lo llevó a cometer grandes errores que terminaron en una derrota catastrófica de ese país en 1945. La enseñanza que dejó el caso alemán es que el éxito macroeconómico en manos de gobernantes del tipo "mono con navaja" puede ser letal para cualquier país, independientemente del nivel cultural medio de la población. En el nuestro, el decenio de 1990 se parece al alemán de 1920 por el triunfo categórico sobre la hiperinflación, pero también por las debacles del alto desempleo y el endeudamiento externo, en tanto que el resurgimiento económico esperanzador de 2002-2007 se parece al crecimiento alemán de 1932-37.

El corte transversal del Grafico 7 referido al año de 1940 permite observar también la caída de España, país que sufrió la terrible guerra civil de 1936-39 con un millón de muertos y fuerte destrucción de su aparato productivo. Como consecuencia, el PBI per cápita argentino casi duplicó al español en ese

período. Puede observarse que el ingreso per cápita de Argentina se mantuvo claramente superior al de Italia y Chile y Japón. Con respecto a Brasil y Corea nuestro ingreso per cápita era cuatro veces mayor.

Como dijimos antes, algunos escritores, sobre bases más bien subjetivas e ideológicas y bastante "wishful thinking" cuestionan la idea de que la Argentina fuera un país avanzado en 1940. Pero las cifras referidas de Angus Maddison (MADDISON, 1985) en los gráficos que presentamos lo desmienten categóricamente. Incluso desde el punto de vista cualitativo hay gran abundancia de opiniones imparciales de observadores extranjeros que visitaron nuestro país, como fue el caso del prestigioso periodista norteamericano Jack Gunther (GUNTHER, 1941, 282) quien escribía en 1940 en un libro descriptivo de las Américas:

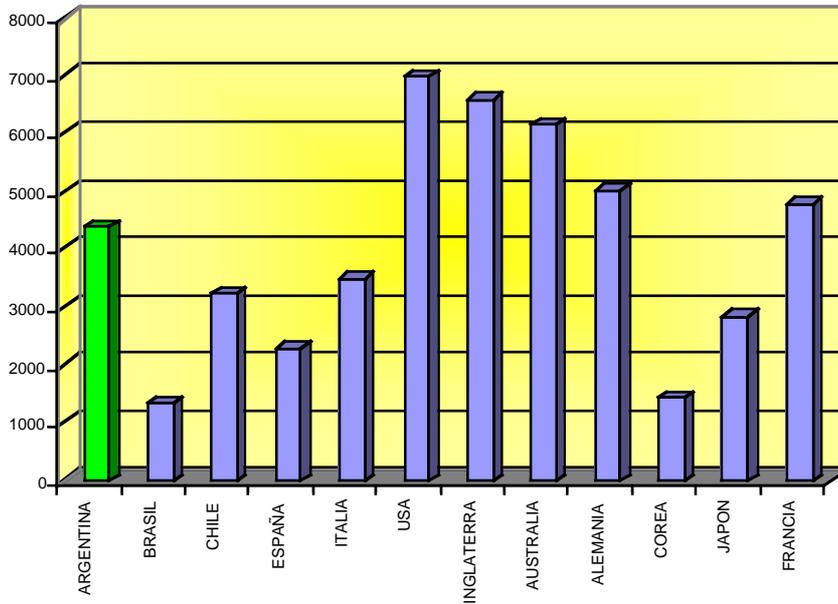
Ahora venimos a la Argentina que es la clave de todas las cosas. Aquí está el más rico Estado de América latina, el más poderoso y el más progresista desde el punto de vista material. Es el menos americano de los países del hemisferio, porque sus raíces, sus instintos, sus mercados han sido principalmente europeos; a veces parece casi una proyección de Europa en el hemisferio occidental. Es un país fieramente sensitivo a las afrentas y profundamente orgulloso de su nacionalismo y su reconocida misión, cual es la de ser el Estado dominante en América latina. Es el país donde el bife es el rey y donde Buenos Aires es la resplandeciente reina.

También obras objetivas muy documentadas de autores nacionales avalan la consideración y el prestigio que inspiraba la Argentina en el mundo de aquellos tiempos, como por ejemplo, surge de la siguiente cita:

En el centenario de la Revolución de Mayo la República Argentina había logrado una posición relevante en la comunidad internacional donde pocos estados podían considerarse soberanos. El mundo se dividía entre fuertes y débiles. Estábamos en el pequeño grupo de los fuertes y ninguna potencia imaginaba siquiera que nuestros gobiernos no trataran a las grandes potencias de igual a igual. Eramos independientes como pocos estados lo podían ser ...³

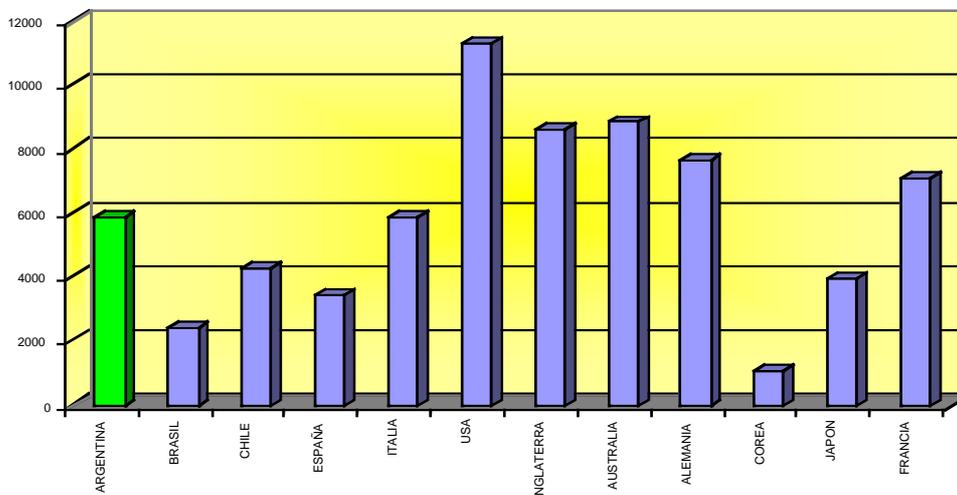
³ Lanús Juan Archibaldo, *Aquel Apogeo. Política Internacional Argentina 1910-1939*, Emecé, Buenos Aires, 2001, p. 299

GRAFICO 7
CORTE TRANSVERSAL DEL PBI PER CAPITA COMPARADO EN 1940



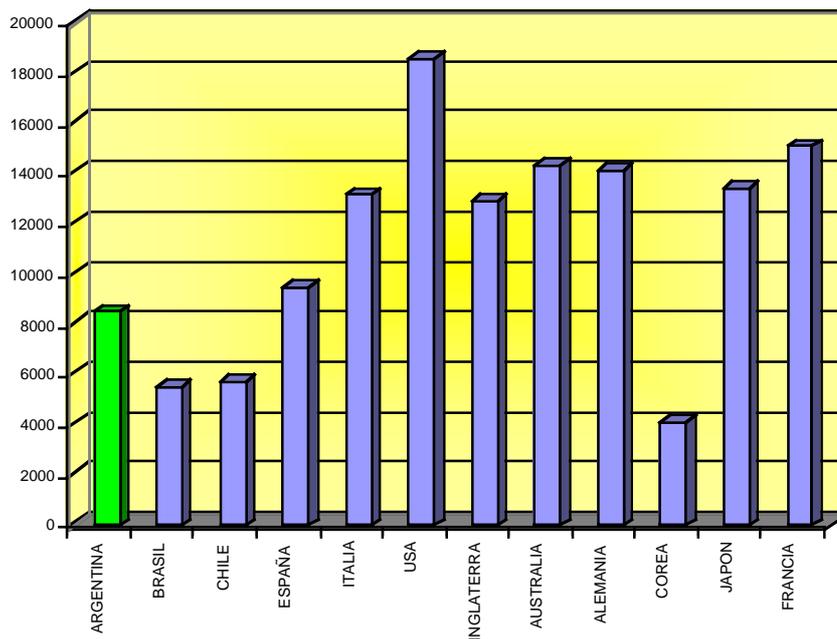
En el Grafico 8 referido al corte transversal de 1960 comienzan a verse las consecuencias de las políticas erradas de los decenios de los cuarenta y cincuentas: vemos como la Argentina se va quedando más atrás pero todavía estamos en una posición mejor que España, Chile, Japón y Corea.

GRAFICO 8
CORTE TRANSVERSAL DEL PBI PER CAPITA COMPARADO EN 1960



Entre los grandes hechos macroeconómicos argentinos de la segunda mitad de los cuarenta y primera mitad de los cincuenta debe mencionarse la sobre-valoración de nuestra moneda con sus consecuencias devastadoras en el sistema de asignación de los recursos y su contrapartida de manejo arbitrario de los permisos de cambio y su añeja corrupción. Pero sobre todo el peso sobrevalorado generó la llamada limitación externa al desarrollo (*"Foreign exchange constraint"*)

GRAFICO 9
CORTE TRANSVERSAL DEL PBI PER CAPITA COMPARADO EN 1980



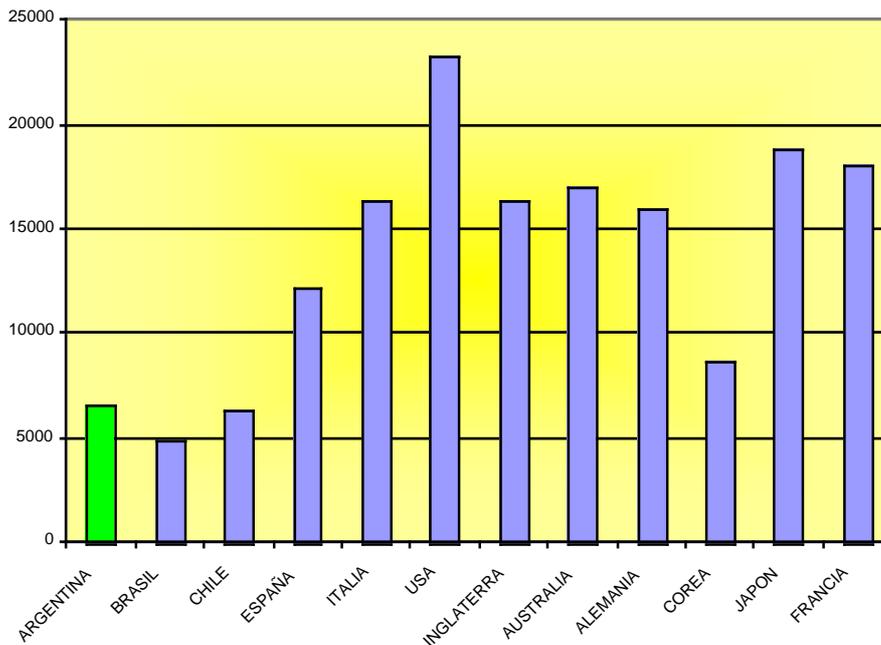
Hacia 1980 superaban a la Argentina en PBI per capita no solamente EEUU, Australia, Inglaterra, Alemania y Francia como en 1960, además nos superaban Italia, Japón y España. Solamente mantuvimos un ingreso per capita superior al de Chile, Brasil y Corea. ¿Qué elementos pesaron en el atraso económico de 1980? Indudablemente el carácter cíclico "stop and go" de nuestro crecimiento ya que el país atravesó fuertes recesiones en 1962-63, en 1966, en 1975, y en 1977-78. Para colmo de males el Ministro de Economía del proceso militar, el Dr. José Alfredo Martínez de Hoz, quien tuvo poderes extraordinarios y pudo constituirse en el refundador del desarrollo argentino, erró garrafalmente en su enfoque asesorado por egresados en Economía de Chicago y Minnesota nombrados por él en el Banco Central, y volvió a cometer el grave error de sobrevaluar fuertemente nuestro peso, lo cual aumentó enormemente la vulnerabilidad externa de nuestra economía y determinó que nuestra deuda externa que era de 9 mil millones de dólares en 1976, se multiplicara por cinco alcanzando 45 mil millones en 1983.

También debe mencionarse que a comienzos de los años setenta Inglaterra entró al Mercado Común Europeo con lo cual se nos cerró el último gran mercado libre que nos quedaba para nuestras

exportaciones tradicionales. En realidad el proteccionismo agrícola mundial generalizado vigente en la posguerra y acentuado a partir del establecimiento del Mercado Común Europeo en 1957 fue perjudicial para nuestro crecimiento en todo el resto del siglo XX y extendiéndose hasta la actualidad.

Llegamos así al corte transversal de 1990 donde también nos sobrepasó en PBI per cápita Corea del Sur y nos alcanzó Chile. Nuestro ingreso quedó solamente superior al de Brasil, país que en los ochentas y noventas tuvo una muy mediocre política económica y cuyo crecimiento per capita desde 1984 hasta el 2004 fue del cero por ciento anual. Así fue que en el peor momento, nuestra conducción política y económica nos unió al Brasil en el abrazo del MERCOSUR, precisamente en el periodo en que Brasil dejó de crecer, y por lo tanto mal podía ser la locomotora del desarrollo argentino.

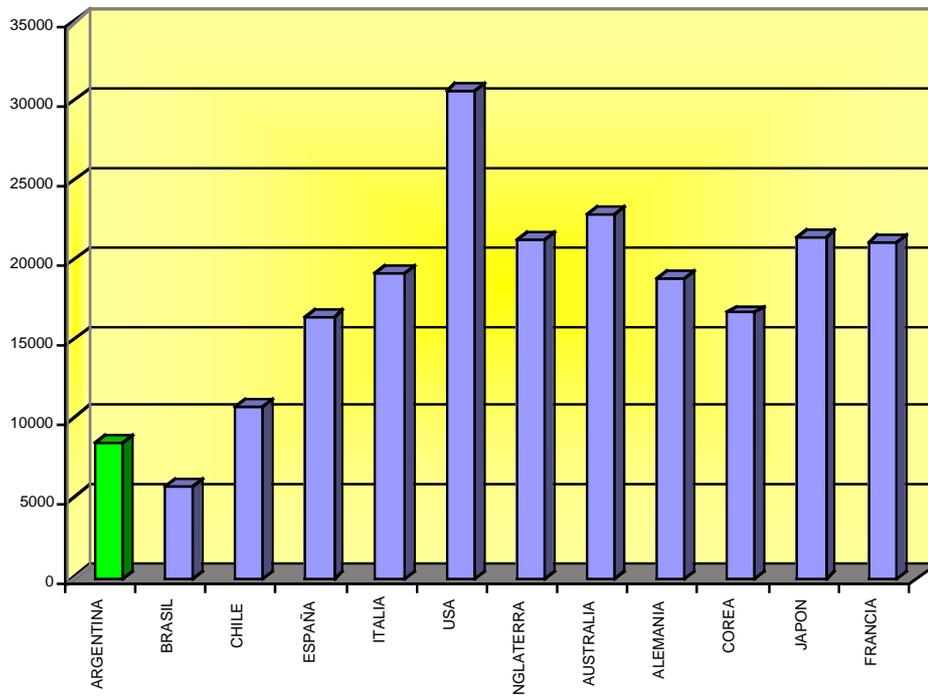
GRAFICO 10
CORTE TRANSVERSAL DEL PBI PER CAPITA COMPARADO EN 1990



En 1990 sufrimos las consecuencias de la errónea política económica de ambos regímenes, el autocrático del proceso militar terminado en 1983, como el democrático del Presidente Dr. Raúl Alfonsín, quien reivindicando la representación de un clientelismo político llevado a su paroxismo, se ocupó de colocar a sus partidarios en el gobierno en detrimento de las finanzas publicas y de la idoneidad en el Estado. El exceso de gasto público improductivo y el enorme déficit fiscal, el cuasi-fiscal y el crédito hipotecario para radicales a tasas de interés harto negativas, terminaron provocando una hiperinflación de 4984% en el año 1989.

El Presidente Dr. Alfonsín ante el colapso económico resultante se vió obligado a entregar el poder a su sucesor con seis meses de anticipación el 10 de julio de 1989. El radical cometió además el grave error de hacer convalidar como legítima la deuda externa contratada sin autorización del Congreso en 1976-83, cuando tuvo una oportunidad única para cuestionarla con fuerte autoridad moral y jurídica, dado el original juicio que había hecho a las Juntas Militares que lo precedieron. Lo cierto es que después de estos desguisados y de las recesiones de 1981-82 y 1988-89, el PBI per cápita de 1990, era en términos reales, un 20% inferior al de 1980, un hecho inédito en la historia económica mundial.

GRAFICO 11
CORTE TRANSVERSAL DEL PBI PER CAPITA COMPARADO EN 2004



Llegamos así al año 2004 donde Chile también nos ha superado en PBI per cápita. Nuestro ingreso per capita supera solamente al brasileño. Brasil no nos sobrepasó simplemente porque como dijimos antes, la política económica del los gobiernos democráticos desde 1984 hasta el 2004 que sucedieron a los militares de ese país (1964-1984) fue inadecuada, como lo demuestran sus resultados: el PBI per capita de nuestro gigante vecino creció al cero por ciento anual en 1984-2004, después de haber crecido al 6% acumulativo anual en 1964-1984

Durante el decenio de 1990 se inauguró en la Argentina una política de liberalización de la economía con privatizaciones y reducción de las actividades estatales, todo acompañado de una fuerte sobrevaluación cambiaria de bastante más de 10 años de duración que destruyó literalmente a miles de pequeñas empresas industriales y agrícolas y generó un desempleo que sumado al subempleo llegó al 40%

de la fuerza de trabajo. Y además de ello, se quintuplicó la deuda externa neta. En efecto, la deuda externa debió reducirse en 30 mil millones de dólares por el producido de las ventas de las empresas del Estado, y, en cambio, aumentó en 100 mil millones. La consecuencia de estas políticas fue la recesión de 1998-2002, la más profunda y dañina que registra toda la historia argentina, comparable en muchos aspectos a la terrible depresión norteamericana de los años treinta, y a las inglesas y alemana del decenio de los años veinte.

Los Gráficos anteriores ponen en evidencia que la Argentina tiene un grave problema. Indican que hay algo que está muy mal en nuestra sociedad y debe ser corregido. ¿Pero qué es lo que está mal? Hay muchas explicaciones. Algunas tienen algo de verdad pero carecen de rigor científico y deben ser descartadas. Por ejemplo, hay quien echa la culpa de nuestro subdesarrollo a la cultura latina, hispánica, o al catolicismo (HARRISON, 1985). Pero ¿Cómo explicar entonces el imponente crecimiento de España durante la dictadura ultramontana del Generalísimo Francisco Franco desde 1958 hasta 1975? ¿Como explicar entonces el extraordinario crecimiento de Italia, Francia, Bélgica y mas recientemente Irlanda en la posguerra, todos países ultra-católicos y los tres primeros, además latinos? ¿Como explicar entonces nuestro propio brillante desempeño en 1880-1940 cuando los valores religiosos tradicionales estaban mucho mas arraigados? ¿Como explicar entonces súbito comienzo del desarrollo del Japón después de la restauración de Meiji en 1868, cuando antes de esa fecha era una sociedad hiper-feudal, mucho mas que Francia en el siglo XI? La teoría cultural del desarrollo económico esta plagada de problemas y contradicciones⁴ Tiene el inconveniente de que la cultura y la cosmovisión del mundo de un pueblo es muy difícil de cambiar. Y por lo tanto conduce a un radical pesimismo que la historia del desarrollo de una gran cantidad de países con cultura supuestamente anti-crecimiento no respalda. Pienso lo contrario. Que un país, si quiere desarrollarse y ser feliz, debe preservar al máximo sus valores culturales fundamentales y sus tradiciones. Y que la cultura no debe cambiarse solamente para beneficiar a la economía.

Otra idea simplista, poco científica o convincente que circula es inculpar a los gobiernos militares más allá de los errores que cometieron. Pero desde 1983 no hubo gobiernos militares en la Argentina y sin embargo la decadencia argentina se acentuó. Por otra parte en Brasil (1964-84), Corea (1961-1979), Taiwán (1958-78) y España (1958-75) tuvieron sus "take-off" y sus mejores años de crecimiento durante gobiernos militares. Menos que menos las formas de gobierno estrictamente democráticas como tales pueden ser inculpadas porque hemos visto en la posguerra el extraordinario crecimiento de verdaderas democracias no clientelistas como EEUU, Inglaterra, Australia, Francia, Alemania e Italia.

⁴ Una clara exposición de esta vieja idea puede verse en Grondona, Mariano, *Las condiciones culturales del desarrollo económico*, Ariel, Planeta, Buenos Aires, 1999.

CUADRO 1.-RESUMEN ATRASO RELATIVO DE ARGENTINA EN PBIPC (EN DOLARES DE GEARY-KHAMIS DE 1990)

| | ARG | BRA | CHI | ESP | ITA | FRA | UK | USA | AUTL | ALE | JAP | COR |
|------|-------|-------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| 1900 | 2,756 | 678 | 2,194 | 1,786 | 1,785 | 2,876 | 4,492 | 4,091 | 4,013 | 2,985 | 1,180 | |
| 1920 | 3,473 | 963 | 2,768 | 2,177 | 2,587 | 3,227 | 4,548 | 5,552 | 4,766 | 2,796 | 1,696 | 1,092 |
| 1940 | 4,161 | 1,250 | 3,236 | 2,080 | 3,505 | 4,042 | 6,856 | 7,010 | 6,166 | 5,403 | 2,874 | 1,600 |
| 1960 | 5,559 | 2,335 | 4,270 | 3,072 | 5,916 | 7,546 | 8,645 | 11,328 | 8,791 | 7,705 | 3,986 | 1,226 |
| 1980 | 8,206 | 5,198 | 5,680 | 9,203 | 13,149 | 15,106 | 12,931 | 18,577 | 14,412 | 14,114 | 13,428 | 4,114 |
| 1990 | 6,436 | 4,923 | 6,402 | 12,055 | 16,313 | 18,093 | 16,430 | 23,201 | 17,106 | 15,929 | 18,789 | 8,704 |
| 2003 | 7,666 | 5,563 | 10,950 | 17,021 | 19,150 | 21,861 | 21,310 | 29,037 | 23,287 | 19,144 | 21,218 | 15,732 |

Otra interpretación sindical como culpable al “fatal estatismo” ya que las actividades estatales llegaron al 40% del PBI en nuestro país. Pero el argumento no es convincente pues Francia, Alemania, Suecia y en general las democracias europeas registran una participación del Estado en la economía cercana al 50% y sin embargo han crecido vertiginosamente en la posguerra. Por otra parte, la Argentina “privatizó” y “liberalizó” rabiosamente en los noventa con resultados que todavía estamos sufriendo. En otros países, la mera consigna de Milton Friedman de “privatizar , privatizar y privatizar” como la gran receta para el desarrollo también produjo resultados rayanos en el desastre.

Otros autores enfatizan la importancia del respeto de los derechos de propiedad y el sistema de cumplimiento y ejecución forzada de los contratos y la seguridad jurídica en general en el proceso de desarrollo. No cabe duda que un buen sistema legal tiene un fuerte impacto en el crecimiento, pero dicho sistema legal requiere de buenos jueces y de una maquinaria estatal competente que lo aplique. Mucho mas importante que el texto de la ley en sí es su interpretación y aplicación y esto está relacionado con los funcionarios del Estado. El problema de fondo radica entonces en el proceso de selección y organización de la burocracia estatal. Por otra parte la historia demuestra la extraordinaria importancia de la redistribución de la propiedad en los momentos iniciales de un proceso de desarrollo o “take off”. Es sabido que Japón, Corea del Sur y Taiwán iniciaron su proceso de desarrollo con una revolución en el sistema de tenencia de la tierra con el fin de favorecer a los pequeños agricultores en detrimento de los latifundios feudales preexistentes. En los Estados Unidos en el siglo XIX en lugar de hacer lo fácil que era vender grandes extensiones de tierra publica a latifundistas se optó por la entrega de medianas parcelas de 130 Ha. a colonos agricultores (JOHNSON, 2001, 276 y SS , 486 y SS)

que formaron una clase de pequeños propietarios que fue una de las bases de la gran democracia norteamericana. Lo paradójico es que aquellos autores que más destacan la importancia del respeto al derecho de propiedad y a la libre empresa en el proceso de crecimiento (GARCÍA HAMILTON, 2006, 151), se ocupan de señalar las enormes limitaciones en la aplicación del principio en los mismos Estados Unidos, al punto de anular su argumento.

Esto nos lleva a volver sobre dos hipótesis distintas pero complementarias sobre las causas del atraso argentino. Una es la naturaleza de “botín de guerra” de nuestro Estado. Los saqueadores son las masas de afiliados de los partidos políticos, esto es el llamado “clientelismo político” que todo lo

corrompe y es la causal de la inestabilidad del sistema democrático y del desaliento a la acumulación de capital humano en el país⁵. La otra es la sobrevaluación del peso recurrente que experimentó la economía argentina en 1948-1954, en 1978-79-80 y en 1990-2001 que afectó gravemente el crecimiento de la productividad. Desarrollaremos ambos argumentos en el orden indicado.

IV.-EL ESTADO CLIENTELISTA, CAUSA DE INESTABILIDAD POLITICA

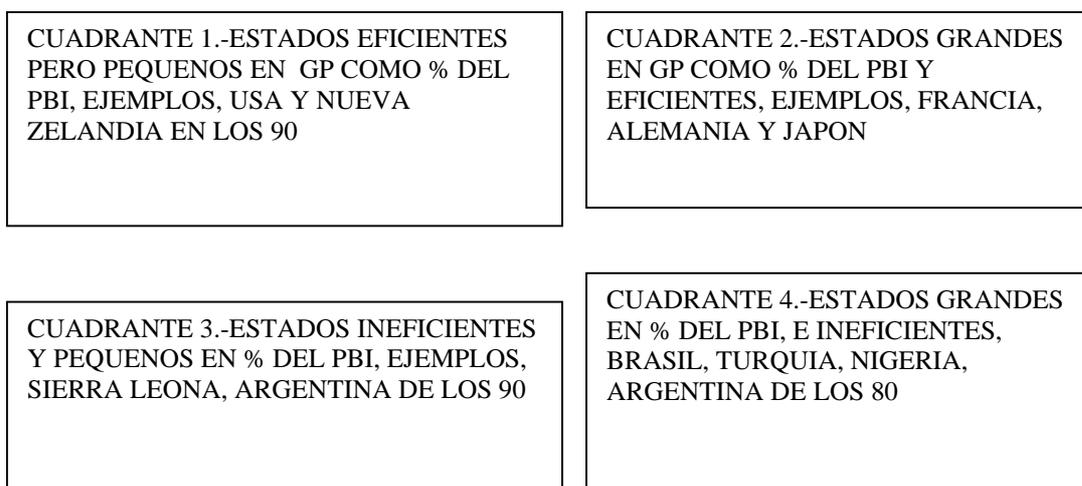
La problemática de los Estados fracasados ha sido motivo últimamente de estudio en los países mas avanzados porque ha surgido de las entrañas de esos Estados el peligro del terrorismo, especialmente después del atentado de las torres gemelas, en EEUU. Muchos autores, particularmente Francis Fukuyama, consideran que en los "Estados fracasados" facilitan la formación de nidos de terrorismo, porque esos Estados son incapaces de mantener el monopolio del uso de la fuerza dentro de su territorio y de esta manera, controlarlo. El Estado, según la definición de Max Weber, es una organización que tiene el monopolio del uso de legítimo de la fuerza en un territorio determinado, y en los Estados fracasados, nadie tiene exactamente el monopolio del uso de la fuerza. Entonces, ahí es donde anidarían los grupos terroristas que después atacan en otros países, por ejemplo, las torres gemelas, Atocha o el subte de Londres. O también se generan situaciones de caos interno como ocurre en Brasil con la droga, que en el pasado año mantuvo en vilo a la ciudad de San Pablo y luego a la de Río de Janeiro.

El tema de los Estados fracasados indujo una revisión muy fuerte de las teorías liberales ingenuas y superficiales vigentes en los EEUU y en todo el mundo después de la caída del muro del Berlín y de la Unión Soviética. En aquellos tiempos se había llegado a la conclusión que esta última Nación había fracasado porque su Estado era muy grande, abarcaba demasiadas actividades por eso "del que mucho abarca poco aprieta". Cuando todo depende del Estado, se genera una gran ineficiencia y todo finalmente se derrumba. Parecía el gran triunfo del liberalismo ingenuo y el Estado gendarme. Aparecieron los economistas liberales extremos con Milton Friedman a la cabeza lanzando como gran solución para todo el problema del desarrollo económico el slogan de "privatizar, privatizar y privatizar". Por supuesto esta ola de ideas llegó también a la Argentina donde se produjo también un triunfo resonante del liberalismo económico ingenuo en el decenio de los noventas. Pero después se ha visto que muchos países han privatizado todo, la Argentina entre ellos, y han retrocedido mucho más. Estos hechos han llevado a una reevaluación del papel del Estado. Fukuyama por ejemplo clasifica a los Estados en cuatro grupos como en el GRAFICO 12. En el cuadrante de arriba y a la izquierda, tenemos los Estados eficientes y pequeños. El tamaño del Estado lo medimos como el porcentaje del gasto público en relación al PBI. Ejemplos típicos pueden ser EEUU y Nueva Zelanda en los noventa. Pero por otra parte hay países desarrollados que tienen Estado grande: es el caso de Francia, de los Países Escandinavos, de Alemania y de Japón. Son muy desarrollados y aquí el Estado tiene alrededor del 50% del PBI. Tienen empresas del Estado eficientes y el nivel de vida es muy alto. Esto hechos van en contra de los argumentos del liberalismo ingenuo

⁵ Una gran cantidad de autores argentinos señalan al clientelismo y la mala calidad de la administración pública como factores coadyuvantes al subdesarrollo, pero no le asignan el papel central y determinante que esta cuestión tiene en nuestra opinión. Ver por ejemplo, Grondona Mariano, *La Argentina como vocación*, Planeta, Buenos Aires, 1995, p.180. Helbling Carlos Conrado, *Derecho a la esperanza*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1978, p.18. Lanus, Archibaldo, *La causa argentina*, Emece, Buenos Aires, 1987, p.282

que no puede explicar esta situación. También tenemos del lado izquierdo abajo en el cuadrante a Estados pequeños e ineficientes tal como los que tienen muchos países del África y ciertamente la Argentina donde se achicó el Estado, pero no se lo hizo más eficiente, con la resultante de que el desarrollo económico, si bien, comenzó a florecer a comienzos de los noventa, después se frenó en la segunda mitad de ese decenio y se convirtió en la mayor decepción argentina del siglo.

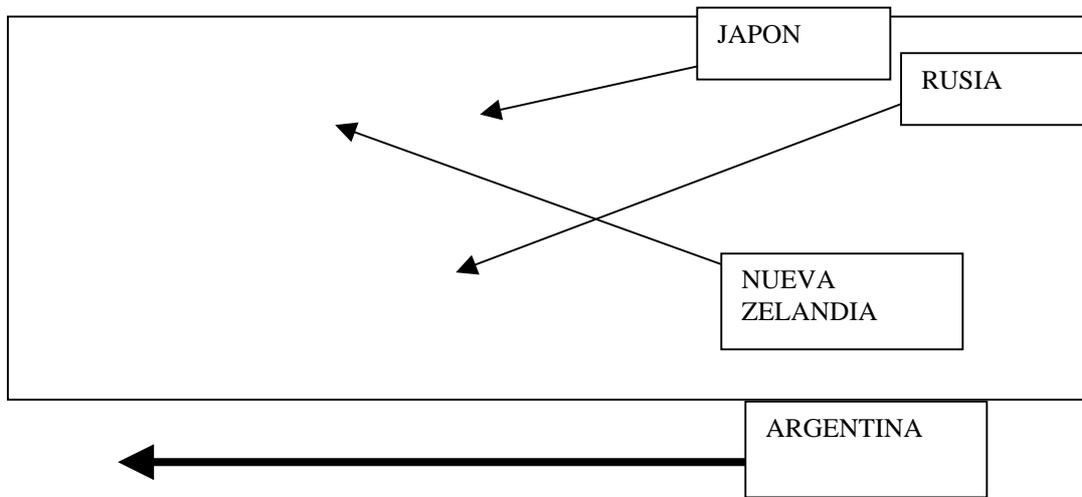
GRAFICO 12
CLASIFICACION DE LOS ESTADOS SEGÚN TAMAÑO RELATIVO EN EL EJE
HORIZONTAL Y EFICIENCIA EN EL VERTICAL



La eficiencia aumenta hacia arriba y el tamaño del Estado medido como % del gasto público en relación al PBI aumenta hacia la derecha

En el cuadrante de abajo a la derecha tenemos el caso de países con Estados grandes e ineficientes, como es el caso de Argentina en el decenio de los ochenta, de Turquía, de Brasil y una cantidad considerable de países. Está claro entonces que en todo caso el problema con el Estado era hacerlo más eficiente, es decir era moverlo hacia arriba, no necesariamente hacia la izquierda. Dentro de la movida eficientista estaba la opción hacia el achicamiento del Estado, o bien mantenerlo grande.

CUADRO 13.
DIRECCION DE LAS REFORMAS DEL ESTADO DE LOS NOVENTAS



Lo correcto era moverse hacia arriba, en la dirección de la eficiencia. No necesariamente hacia la izquierda, achicando el Estado como lo hicieron Argentina y Rusia

Esto es lo que ahora se piensa y está ilustrado en el GRAFICO 13. Argentina se movió en la dirección del achicamiento del Estado, pero no, hacia el mejoramiento de la calidad del mismo. Nueva Zelanda achicó su Estado y lo mejoró. Japón lo achicó y lo empeoró un poco. Rusia, bajo Yeltsin, lo achicó considerablemente y lo convirtió en un ejemplo acabado de ineficiencia, corrupción y decadencia.

Los golpes de Estado y su causa principal, el Estado clientelista

Acá entramos a explicar porqué el Estado concebido como “botín de guerra” de los partidos políticos, sistema vigente en la Argentina está cerca de ser un Estado fracasado. Ese fracaso estatal se pone en evidencia principalmente en los momentos cruciales de la vida de todo país que son los momentos de la transición de un gobierno a otro. Los países desarrollados tienen transiciones ordenadas y previsibles donde la Constitución se cumple a rajatabla precisamente y con más fuerza en ese momento. En la Argentina la Constitución y las leyes son violadas o burladas exactamente en ese momento, introduciéndose así una gran incertidumbre sobre las “políticas de Estado” que se tornan inexistentes e imprevisibles. Por lo pronto es evidente no tenemos un Estado meritocrático, donde todos los funcionarios que forman parte del servicio civil, son contratados en base de exámenes y ascendidos por carrera administrativa. Esto en nuestro país no existe. Hay excepciones, sin embargo, que confirman la regla. En la UBA por ejemplo rige un sistema de concursos abiertos que es la base del prestigio de la Universidad. También existe un sistema de concursos en el Poder Judicial aunque para la designación de jueces solamente. Esto último es inadecuado. Debíó establecerse un sistema de ingreso para toda la carrera judicial. Lo importante son los exámenes para que los abogados más capaces recién recibidos

tengan la oportunidad de ingresar al Poder Judicial. Lo primero es concentrar materia gris en el Estado. Después, los ascensos hay que hacerlos según el desempeño y la aplicación a su trabajo de los funcionarios. En efecto, puede ser que un concursante para Juez tenga muchos libros y artículos publicados y sepa mucho de derecho, pero una vez designado y ganado el concurso quizá no tenga mucho interés en los expedientes y prefiera dedicarse a la investigación, escribir libros, etc. Lo que necesita nuestro poder judicial es Jueces que dicten buenas sentencias y en cantidad, acertadas, precisas y cortas, y el sistema de concursos vigente entre nosotros no nos lleva a esto. Lleva a una justicia ineficiente, donde quizá los jueces pretendan ser grandes profesores y los grandes profesores, jueces. Pero no necesitamos esto, necesitamos buenos jueces por un lado y buenos profesores por el otro. En definitiva, el sistema de concursos para jueces está viciado porque debe empezarse la selección desde abajo, cuando los profesionales están recién recibidos. Este es el sistema que en general siguen los países avanzados.

En el Estado argentino los cargos públicos no se proveen por exámenes sino simplemente por la amistad del senador, del diputado, del ministro, de la conexión política, de la afiliación al partido, e incluso por razones de alcoba etc., etc., Tenemos pues un estado ineficiente y esto trae un primer problema que son los golpes de estado. Cuando existe una enorme masa de "funcionarios públicos" nombrados por razones exclusivamente políticas, cuando llega el momento del recambio de la autoridad política dichos "funcionarios" corren peligro; porque, por supuesto, el nuevo Presidente tiene derecho de nombrar a su propia gente y desplazar a los fueron nombrados por el régimen anterior. Esto crea una gran resistencia al cambio en el sistema político, porque los que están en los cargos hacen una enorme presión contra dicha renovación por el riesgo que conlleva para ellos y sus prerrogativas.

Durante la presidencia de Sarmiento (1868-1874) tres grandes ministerios quedaron fuera de la partidocracia clientelista y dejaron de ser el botín de guerra de la clase política. Este presidente creó el Colegio Militar y la Escuela Naval a partir de las cuales las nuevas generaciones de militares y marinos en sus respectivos ministerios debían ser profesionales que asciendieran por carrera administrativa rigurosa y no por política. Lo mismo ocurría en el ministerio de educación con sus funcionarios.

Pero en el resto de los ministerios y en el Poder Judicial faltó una reglamentación rigurosa de los nombramientos y ascensos por carrera administrativa quedando ellos como cotos de caza de los políticos predominantes. Esta fue la mayor omisión de la llamada generación del 80, que en otras áreas tuvo grandes aciertos en la organización del país y en la formación de nuestra Nación. Esta omisión fue fatal al llegar el año 1916, en que habría elecciones con sufragio universal, secreto y obligatorio bajo el sistema la ley Sáenz Peña de 1912. Si antes de sancionar esta ley en 1912, se hubiese dictado una ley reglamentando la idoneidad que exige el artículo 16 de la Constitución Nacional, otra hubiera sido la historia política y económica de la Argentina.

Pero esa ley no se dictó y el presidente Yrigoyen, elegido democráticamente en 1916, como todo "animal político", nombró a su gente por doquier. Intervino casi todas las provincias con ese objetivo, circunstancia que provocó mucha animosidad ya en aquellos tiempos. Pero por otra parte creó una fuerte

tendencia a su auto-perpetuación por la presión de sus amigos nombrados⁶. Como la Constitución de 1853, impregnada en la tradición republicana de un anti-rosismo acérrimo, prohibía estrictamente la reelección, al expirar su propio mandato de 6 años en 1922, Yrigoyen tenía que designar un sucesor fiel y obediente. Creyó haberlo encontrado en la persona del Dr. Marcelo T. de Alvear, quién no hizo campaña política. Yrigoyen pensó que por gratitud, su favorecido sería su dócil instrumento. Alvear vino directamente desde París donde era embajador nombrado por Yrigoyen para asumir la Presidencia de la República. Sin embargo, para sorpresa de su benefactor, lo primero que hizo antes de asumir fue pasar por la sede del partido radical y entregar su renuncia al mismo pues se consideraba el Presidente de todos los argentinos, y no solamente de los radicales. Y así comenzó el conflicto entre Yrigoyen y Alvear. Entre el Estado "botín de guerra" y la Republica.

Alvear no utilizó el clientelismo como medio de auto-perpetuación política. Su gobierno fue eficiente. Argentina mantuvo su status internacional de nación desarrollada. Todos sus ministros eran expertos que conocían a fondo su materia. Por ejemplo, el Ministro de Agricultura, Tomás Le Bretton, era un gran experto en semillas que había estudiado a fondo las últimas variedades utilizadas en EEUU, para poder utilizarlas en la producción de granos con destino a la exportación.

El golpe de Estado de 1930 y el fraude electoral subsiguiente

En 1928 Yrigoyen fue reelegido Presidente. Su liderazgo partidario se pudo mantener principalmente por la gratitud generada por el sistema de nombramientos. Pero en 1930 la crisis económica hizo extraordinariamente valiosos a los puestos de trabajo en el Estado, dado que la economía privada se desbarrancaba. Por ejemplo, los precios de las exportaciones argentinas de materias primas como el trigo, el maíz, la carne vacuna y la lana cayeron en un 70%. Cuando la economía privada se cayó y no pudo crear puestos de trabajo, se revalorizó el empleo en el Estado. Este fue uno de los factores determinantes de la "revolución" de 1930. El *establishment* local no podía dejar al antojo del partido radical el monopolio del manejo discrecional de las rentas públicas y los puestos públicos en tiempos de crisis. El golpe se auto-continuó con las elecciones de 1932 donde hubo fraude. En el subconsciente social, el fraude se justificaba porque no se podía entregar las rentas y el sistema de nombramientos discrecionales del Estado al adversario, especialmente cuando el consenso social consideraba que los nombramientos de la concordancia demócrata, radical anti-personalista y socialista eran de bastante mejor calidad, en promedio, que los del radicalismo clientelista de Yrigoyen. Esto también podía deducirse fácilmente comparando la calidad de los ministros de los Presidentes Justo e Yrigoyen. Así la mejor defensa que puede hacerse del Presidente radical es simplemente que murió pobre.

⁶ O'Donnell, Pacho, en Historia Confidencial, p.189, Planeta, 2003 afirma con razón: "De lo que sí se ocupaba Yrigoyen era de ubicar su gente en puestos de la administración pública; en algunos casos lo hacía como premio a la lealtad o por algún servicio y en otros para cooptar nuevos adherentes. Ello fue imitado por los gobiernos posteriores, lo que llevó inevitablemente a la situación actual de una administración pública ineficiente cuyos integrantes en su inmensa mayoría no ingresaron en ella por méritos administrativos o profesionales sino por favores políticos. Soy un convencido de que el principal problema no son los ñoquis, es decir la deleznable persona que cobra y no trabaja, sino la muchedumbre de empleados y jefes que fichan todos los días y cumplen con sus horarios pero son absolutamente ineptos para la tarea que deben desempeñar."

Pero no engañarse, lo que en definitiva estaba en juego era el botín de guerra de las rentas del Estado. El fraude electoral y el cambio de las urnas así como el asado y la empanada, eran solamente una forma grosera de retener las rentas públicas por parte del viejo partido conservador, y el abuso de los nombramientos de favor para la clientela partidaria era una forma fraudulenta de ganar elecciones del partido radical. El fraude lo practicaban ambos partidos, aunque asumía distintas formas. Algo más disimulado y elegante era el fraude de los radicales que el de los conservadores, aunque probablemente fuese socialmente más corrosivo el tipo de fraude practicado por los primeros que el de los segundos⁷.

Al respecto resulta de sumo interés reproducir el texto con el cual el Presidente Agustín Pedro Justo, insinuaba una velada justificación del fraude con cita de Juan Bautista Alberdi, en su mensaje presidencial al Congreso de 1937:

*Mi opinión sobre la democracia es conocida. La considero el régimen indispensable para la dignificación del hombre y para el pleno desenvolvimiento de la personalidad en sus múltiples aspectos, que no puede ni debe ser absorbida por el Estado. Tiene serios defectos, como toda obra humana, y tiene sobre todo elevadas exigencias. Ella requiere un alto grado de cultura que no ha podido ser alcanzado aun por los pueblos que recién se aproximan a la mayoría de edad política. Los defectos del régimen resultan considerablemente agravados cuando se trata de democracias incipientes, inorgánicas. Pero no debe olvidarse que el remedio no está en cambiar el sistema, ya que cualquiera que se adoptase resultaría también perturbado por las mismas causas que desvirtúan el régimen democrático, tales como la ignorancia, el encono, el odio y la miseria que engendran el atraso político... Como factor concurrente para nuestro mejoramiento político, corresponde recordar que voces autorizadas han expresado a menudo sus dudas sobre las ventajas de la extensión ilimitada del derecho de sufragio. Dirigentes políticos de alta autoridad moral han compartido recientemente ese escepticismo. Sin dejarnos dominar por concepciones caras a nuestros sentimientos corresponde analizar serenamente si ellos han resistido la prueba de los hechos o si por el contrario, una larga experiencia ha confirmado las previsiones de uno de nuestros mas grandes constitucionalistas, el ilustre Alberdi -consignadas en forma de acotaciones a un proyecto de constitución para un país hermano- según las cuales el sufragio universal, ilimitado y por igual, ha dado malos resultados aun en países de alta cultura política. He ahí un problema que debiéramos abordar con serenidad para saber si conviene mantenerse en el camino seguido o rectificar el rumbo.*⁸

A mi juicio, el error del Presidente Justo y una gran cantidad de compatriotas que piensan como él, radica en no distinguir entre la democracia clientelística que es una mala forma de gobierno que no ha

⁷ Según Felipe Pigna, un historiador que despierta fuertes polémicas, en Historia Confidencial, Op. Cit, p. 214, el diario socialista "La Vanguardia", previo a la Revolución de 1930 decía textualmente "La inscripción en los registros del partido radical viene a ser una especie de pasaporte o salvoconducto para llegar a cualquier puesto, sistema que, generalizado con el fin de dar ubicación en las oficinas públicas a las hordas famélicas de la causa, ha convertido a todas las reparticiones nacionales y municipales en otros tantos asilos de incapaces"

tenido éxito en ningún país del mundo, ni siquiera en países desarrollados, y la democracia a secas, donde el sufragio determina las personas que ocuparán los cargos de cúpula, como el del presidente, gobernadores, senadores y diputados, pero el sufragio no afecta ni provee los cargos administrativos del Estado desde director general de ministerio para abajo, los cuales se proveen por el método del examen de ingreso competitivo en el nivel mas bajo del escalafón y luego por ascensos en la carrera administrativa fundada en el mérito.

La experiencia estadounidense: el sistema del botín (The spoils' system)

Al respecto es bueno recordar que el fraude vía promesas de nombramientos en el Estado no fue un invento del partido radical argentino, sino de la primitiva democracia estadounidense del siglo XIX. El sistema era llamado por los norteamericanos "el sistema del botín" traducido como "The spoils' system". Ellos lo conocían muy bien porque lo sufrieron desde 1800 hasta 1883, año en que se aprobó la "Civil Service Reform Act" que le puso fin y que permitió que los Estados Unidos sean hoy una gran potencia (JOHNSON, 2001, 513 y 514). Antes de esa fecha era costumbre en los Estados Unidos que si ganaba el Partido Demócrata despedía a todos los empleados públicos republicanos, incluidos los ocupantes de cargos menores como los carteros. Y viceversa, si triunfaba electoralmente el Partido Republicano. La terrible corrupción que generó tal sistema alarmó de tal manera a la sociedad norteamericana que por reacción ocurrió la sanción de la ley referida.

La opinión de Max Weber

Es cierto que el nombramiento de la clientela partidaria en los cargos del Estado es una forma de fraude más elegante que la sustitución de urnas, el asado y la empanada y mucho más inocente que la lucha armada y la guerra civil. Pero el Estado como botín de guerra de ejércitos mercenarios al servicio de reyes, duques, barones y condes es típico la Edad Media y de las sociedades primitivas. El sistema político argentino es en realidad arcaico, aunque esté más disimulado bajo apariencias más democráticas y elegantes. Max Weber, afirmaba que frente a la utilización del Estado para extraer ventajas o como botín de guerra, en los tiempos antiguos, se sitúa ahora el funcionalismo moderno en un cuerpo de trabajadores intelectuales altamente calificados y capacitados profesionalmente por medio de un prolongado entrenamiento especializado, con un honor de cuerpo altamente desarrollado en interés de la integridad, sin el cual gravitaría sobre nosotros el peligro de una terrible corrupción o de una mediocridad vulgar, que amenazaría al propio tiempo el funcionamiento puramente técnico del aparato estatal, cuya importancia, mayormente con una socialización creciente, ha ido aumentando sin cesar y seguirá haciéndolo (WEBER, 1964, 1068)

La opinión de José Ortega y Gasset

Este autor visitó la Argentina por primera vez en 1916 y varias veces en el decenio de 1920 y luego en los de 1930 y 40. Sobre la base de estas experiencias, ya en 1929 escribió un ensayo titulado "El hombre a la defensiva" donde hace un diagnostico de nuestro país que resultó a mi juicio, exacto. Ortega

⁸ (MASSOT, 2007, 245)

reconoce ciertas condiciones naturales excepcionales del hombre argentino y sobre todo quedó impactado por la grandiosa idea que los argentinos de entonces teníamos del futuro de nuestra patria. Puntualiza también la importancia y perfección del Estado argentino de entonces, aunque ello estaba en contradicción con ciertas características de "factoría" que nuestro país tenía y todavía tiene. En su magistral ensayo, Ortega observa rajaduras y debilidades en la personalidad de los argentinos y así destaca la excesiva preocupación del hombre argentino por su puesto social. Dice Ortega textualmente:

Lo excesivo de semejante preocupación solo se comprende si admitimos dos hipótesis: primera, que en la Argentina el puesto o función social de un individuo se halla siempre en peligro por el apetito de otros hacia él y la audacia con que intentan arrebatarlo; segunda, que el individuo mismo no siente su conciencia tranquila respecto a la plenitud de títulos con que ocupa aquel puesto o rango. Es natural que donde ambos factores existan, sea frecuente esa actitud inquieta, soliviantada y defensiva. Yo creo que en la Argentina acontece así y me explico sin dificultad este estrato mas externo de la estructura psicológica que he llamado "hombre a la defensiva" (ORTEGA Y GASSET, 1983, 653y ss.).

Aunque la observación de Ortega trasciende a los puestos públicos y abarca todas las posiciones sociales, el análisis del filósofo encaja perfectamente en el fenómeno del clientelismo y el uso del Estado como botín de guerra por parte de los partidos políticos. Pongamos un ejemplo: merced a su militancia partidaria o a su amistad con un Ministro de turno, un partisano consigue el nombramiento de Director General de Administración en un ministerio. Obviamente, este funcionario estará siempre a la defensiva. Seguramente no tendrá los conocimientos ni la experiencia que el cargo exige y por lo tanto tendrá la conciencia sucia por ocupar una posición que no merece. Por lo tanto hará un alarde artificioso de conocimientos y títulos que en realidad no tiene. Estará siempre a la defensiva, aunque nadie lo ataque. Pero además la situación de peligro de su puesto es real: si el Ministro que lo nombró de favor llega a renunciar, su reemplazante tendrá derecho a colocar allí a otro amigo de su confianza. Significativamente el ensayo de Ortega sobre el "hombre a la defensiva" fue escrito en 1929, durante la segunda presidencia de Yrigoyen. La implicancia de la observación de Ortega consiste en que si gran parte de las posiciones sociales son inmerecidas por sus ocupantes, el sentimiento de justicia más elemental alienta por lo menos a cambiar frecuentemente los gobiernos para abrir más el juego de los puestos públicos. Pero como cabría esperar una cerrada defensa de sus sinecuras por parte del "statu quo" y el uso de toda clase de estratagemas desde el poder para defenderse por parte de los usufructuarios actuales del botín, no quedaban otros instrumentos de cambio que las mismas revoluciones, las que en un primer momento siempre fueron recibidas con beneplácito por el pueblo.

La teoría de Vilfredo Pareto sobre las revoluciones. Remisión

Pareto fue un matemático, economista y sociólogo eminente de fines del siglo XIX y comienzos del XX e hizo importantes aportes a la ciencia económica y a la sociología. Dentro de esta última reviste particular interés su teoría sobre la rotación de las dirigencias en los distintos países y períodos históricos.

Su tesis consiste en que cuando por alguna razón ese proceso de rotación virtuoso de la dirigencia de un país se traba, aparece la revolución o el golpe de Estado. Así la falta de renovación de la dirigencia en la Francia borbónica del siglo XVIII, condujo a la revolución de 1789. La teoría paretiana explica también muy bien nuestros golpes de estado durante el siglo XX. Sin embargo, para no desviar excesivamente la atención del lector remitimos al Apéndice I.

El golpe de Estado de 1943

Llegamos así a 1943. El golpe del 4 de junio de ese año se produce porque en el año siguiente debía haber elecciones y era evidente que el "establishment" conservador quería ubicar como Presidente al senador y empresario salteño Robustiano Patrón Costas y éste no era aceptable para la amplia clase media de Buenos Aires. Era creencia general en aquellos tiempos que una minoría sucesora del General Roca, tradicionalista y un tanto provinciana, se había enquistado del poder ilegítimamente. No había suficiente renovación en la dirigencia. Todo el mundo pensaba que había habido fraude en las elecciones de 1932 y 1938. Conocedores de sus propios pecados, los dos grandes partidos, tanto el Demócrata como el Radical adulaban a las fuerzas armadas como posible arbitro de las contiendas políticas por las rentas públicas. El mismo partido radical provocó la chispa que alentó el incendio del golpe militar ofreciendo la candidatura presidencial al General Pedro Pablo Ramírez, ministro de Guerra del Presidente Castillo⁹. Por otra parte, el general Arturo Rawson jefe nominal del golpe del 4 de junio de 1943 tenía simpatías radicales. En realidad el radicalismo venía buscando un General ya inmediatamente después del 6 de septiembre de 1930. En 1933, por ejemplo, hubo un conflicto con el Uruguay porque llegó al puerto de Buenos Aires una cañonera uruguaya y se decía que en ella venía el General Severo Toranzo, quien supuestamente venía a liderar un golpe militar radical. Fue así, que el gobierno del presidente Agustín P. Justo ordenó que se registrara esta cañonera para ver si realmente estaba allí Toranzo. No estaba, pero esto provocó un conflicto mayúsculo con el Uruguay, peor que el actual de las papeleras. Quiero decir con esto que, ante el fraude de los conservadores, la respuesta de los radicales era el intento de golpe de estado. Esto no debe extrañarnos dado que ésta fue también la postura de Leandro Alem primero en 1890 e Hipólito Yrigoyen después, en 1893 y 1905. Yrigoyen desistió del golpismo recién en 1916 cuando Alvear¹⁰ lo convenció a último momento durante la convención radical que en las elecciones de ese año no iba a haber fraude. Pero hasta entonces "don Hipólito" era partidario de la ascensión revolucionaria y de

⁹ Luna, Félix, *Revoluciones, estallidos políticos y soluciones constitucionales*, Planeta, Buenos Aires, 2006 confirma que "tal vez por la inminencia de un nuevo fraude, un grupo de dirigentes radicales tuvo una brillante idea: ofrecerle la candidatura presidencial del frente democrático al ministro de Guerra, Pedro Pablo Ramírez. Pensaron que a un militar en actividad no se le podía hacer fraude, menos tratándose del ministro de guerra. Hablaron con el general Ramírez, que no se mostró demasiado disgustado con esa posibilidad. El presidente Castillo se enteró de que su ministro estaba negociando con estos dirigentes radicales y le pidió explicaciones públicas. Como respuesta, el general Ramírez emitió un comunicado bastante ambiguo, y Castillo lo conminó a que hiciera un comunicado desmintiendo terminantemente que pudiera ser candidato. Campo de Mayo no esperó y directamente se levantó en armas: en una mañana como cualquiera, que resultó la del 4 de junio de 1943, derrocó a Castillo". p 90-91

¹⁰ Según Felipe Pigna, Historia Confidencial, op. cit. P. 217, en declaraciones a un diario porteño dos días después del derrocamiento de Yrigoyen, Alvear dijo "El que dirigió varias revoluciones de las que nosotros participamos y no logró hacer triunfar ninguna, en cambio, ve triunfar la primera que le hacen a él. Mas le valiera haber muerto al dejar

cortejar a los militares para el golpe de Estado. Incidentalmente, en enero de 1943 falleció el ex Presidente General Agustín P. Justo, que tenía fuertes inclinaciones aliadófilas y era poseedor de un gran prestigio en todo el ejército. Si Justo hubiese estado vivo, el golpe del 43 no hubiera sido tan fácil. Hay quien afirma que el servicio secreto nazi estuvo involucrado en la muerte de Justo. Lamentablemente los archivos con los informes secretos del caso habrían desaparecido, siendo ello un indicio más de la desorganización del Estado argentino y la consiguiente vulnerabilidad nacional ante las políticas de otros Estados.

El continuismo justicialista engendró, como antídoto, a la revolución

Llegamos así las elecciones de 1946. Dos meses antes de las elecciones, el coronel Perón, el auténtico, oculto y discutido líder del golpe, hace dictar el decreto 33.302 de 1945, otorgando el sueldo anual complementario a todo el mundo, que era una novedosa y distinta forma, de hacerse popular. Ganó las elecciones y por supuesto luego de acceder al poder, se perpetuó en él porque resultó el maestro supremo en la utilización del aparato estatal como maquinaria política, compra de voluntades y nombramientos de partidarios en el Estado. Superó en esto ampliamente a Hipólito Irigoyen. Los nombramientos a los afiliados al partido peronista estaban a la orden del día. Además no tenía los remordimientos de conciencia republicanos de los conservadores y radicales. Seguía en esto a Benito Mussolini. Consistente con su auto-perpetuación más cruda, modificó la Constitución de 1853-60 y estableció la posibilidad de su reelección indefinida. Era como establecer un Rey electivo y anular el sistema republicano. Supo manipular artísticamente la opinión popular con el monopolio de los medios de comunicación, con los millones de afiliados al partido, con los gremios y con casi todos los empleados públicos para retener para siempre el gobierno y no transferirlo jamás¹¹. Hasta pretendió crear una iglesia propia al mejor estilo de Enrique VIII de Inglaterra. Pero este último intento fue su perdición. Cegado por su poder sin límites, se puso en contra a la Iglesia Católica. Finalmente el conflicto con la Iglesia y la corrupción extrema de su régimen determinó una reacción en las Fuerzas Armadas que eran, desde la época de Sarmiento, casi las únicas organizaciones meritocráticas no clientelistas que quedaban en el Estado. El golpe de Estado militar era la única alternativa para revertir esta situación. El principal partido opositor, la Unión Cívica Radical, lo sabía, y por lo tanto se pasó largos años buscando desesperadamente contactos con generales y coroneles en actividad. Y aunque más no sea, en retiro. Y finalmente el golpe se produjo en 1955.

El golpe de Estado de 1955

La Revolución Libertadora de 1955 también buscó su continuidad, pero fue más cuidadosa de las formas republicanas y aceptó ser sucedida por una oposición moderada como la del Dr. Arturo Frondizi, no la de los peronistas, después de las elecciones de 1958. El partido justicialista fue proscripto en las

su primer gobierno, al menos hubiera salvado al partido, la única fuerza electoral rota y desmoralizada por la acción de su personalismo”

¹¹ Ancarola, Pedro, *La Argentina como definición*, Corregidor, Buenos Aires, 1983, p. 413. Este autor refleja la opinión muy difundida de que “hay un gran responsable del fracaso del proyecto nacional, del sueño de nuestros prohombres que se llamó Juan Domingo Perón”. Sin embargo, después de 30 años de fallecido Perón, los problemas institucionales de la República Argentina continúan, lo cual sugiere la acción de un cáncer profundo, más allá de la figura de Perón que, en mi opinión, es el clientelismo y la ausencia de un Estado meritocrático.

elecciones del 23 de febrero de 1958. Con la ventaja de la mirada retrospectiva se puede afirmar que la Revolución de 1955 cometió un grave error al proscribir al Partido Justicialista. Simplemente debió reformar la Constitución de 1853-60 quitando al Presidente de la Republica la facultad de nombrar a los empleados públicos de todas las categorías. Solamente reservarle la facultad de nombrar "ad libitum" a sus Ministros, Secretarios y Subsecretarios de Estado. Y también la de remover y trasladar funcionarios. Pero nunca nombrar. Y establecer un sistema constitucional donde todos los nombramientos en las distintas especialidades se hagan por exámenes rigurosos e igualitarios en los grados mas bajos del escalafón, el que debió ser dividido en dos partes no intercambiables, la profesional y la no profesional. El servicio publico debió ser una carrera de por vida desde los 22 años de edad hasta los 55, con ascensos según el desempeño y la aplicación puesta en el cargo. Los empleados debieron tener prohibida la afiliación a cualquier partido pues deben servir con lealtad la política del partido que gane las elecciones, aunque no sea de su preferencia personal. Del mismo modo quien tenga afiliación partidaria debiera tener vedado el acceso a un cargo de la administración, excepto los cargos políticos, se entiende, porque estos últimos son, precisamente, la razón de ser de los mismos partidos políticos.

Por 10 años debió dejarse el cuidado de la correcta aplicación de este régimen al único sector de la administración publica con experiencia en él: las Fuerzas Armadas. Con un régimen de empleo público como el propuesto y con el amparo constitucional, el peronismo no representaba ningún peligro para las instituciones de la Republica. Y no se justificaba su proscripción. Muy posiblemente hubiese perdido las elecciones de 1958 y tal vez hubiese podido volver en 1964. O tal vez se hubiera disuelto y dividido en mil fracciones, porque un peronismo no clientelista hubiese sido en realidad un peronismo completamente distinto. Su propia esencia hubiese quedado desvirtuada.

Pero lo cierto es que esta reforma no se hizo y nuevamente se volvió el eterno problema de la transición constitucional imposible, porque en 1964 nuevamente debía haber elecciones presidenciales. Y ello significaba casi con seguridad el triunfo del peronismo fortalecido ahora por los años de proscripción y por sus mártires. Y la reiteración de la entrega de toda la maquinaria estatal con todas las prebendas era inaceptable para la clase media que presionó a las Fuerzas Armadas para que no se entregara el poder y determinó incluso la caída del Presidente Frondizi en 1962. Quizá hubiese sido interesante observar como un astuto Presidente, como Frondizi, hubiese manejado la transición, si no hubiese sido depuesto por el golpe de marzo de 1962. En mi opinión, en caso de no ser depuesto, Frondizi debió haber nombrado Ministro del Interior al mismo General Aramburu y luego sostener la candidatura de este General en las elecciones de 1964 con el apoyo de todo el espectro democrático contra la candidatura del mismo Perón, o un lugarteniente de éste. Pero siempre en elecciones limpias y sin proscripciones. Sin embargo, los hechos fueron otros. El mismo General Aramburu, seguramente mal asesorado, arruinó su mejor opción al pedir públicamente la renuncia de Frondizi en marzo de 1962, precipitando así el golpe de Estado.

El golpe de Estado de 1962

Luego de la caída de Frondizi, las Fuerzas Armadas se dividieron en dos sectores irreconciliables. Por una parte, los sectores partidarios de llamar a elecciones democráticas, que tocó comandar al General

Juan Carlos Onganía por la mera circunstancia de resultar ser el militar más antiguo de Campo de Mayo, aunque nunca fue su ideólogo. La verdadera inspiración de este movimiento estuvo en manos de los "coroneles azules" junto con algunos civiles. Y por la otra parte los grupos partidarios del anti-peronismo rabioso, los colorados, también llamados "gorilas" propiciaban un gobierno militar por muchos años, sin salida electoral. La mayoría de los radicales, conservadores e incluso buena parte de los socialistas apoyaba esta última alternativa. Pero se impuso por la fuerza de las armas la idea democrática y el comandante azul: las elecciones se realizaron en julio de 1963.

Pero lamentablemente dos días antes de las elecciones el gobierno dictó un decreto prohibiendo las candidaturas del Frente Nacional y Popular. ¿Que pasó para que se cometiese tremendo error político? La elección debía dirimirse entre, por una parte, la fórmula Vicente Solano Lima-Silvestre Begnis candidatos del Frente Nacional y Popular respaldados por Perón y Frondizi, y por la otra el General Aramburu quien encabezaba una amplia coalición con dos candidatos a vicepresidente. Aramburu era el favorito de la clase media argentina y la única personalidad capaz de encabezar a un anti-peronismo unido. Como líder tenía el prestigio de haber realizado las elecciones de febrero de 1958 y entregado el poder el primero de mayo de ese año contra viento y marea, al elegido por las urnas. Por ello, su figura despertaba bastante consenso y además contaba con equipos técnicos competentes.

Eran los dos candidatos con posibilidades. Pero al proscribirse a Solano Lima, indirectamente se proscribió también a su polo opuesto, es decir al General Aramburu, y el candidato que venía tercero, sin ninguna probabilidad de ganar, un médico de Cruz del Eje, el Dr. Arturo Humberto Illia, ganó. Seguramente si la elección hubiera sido entre Solano Lima y Aramburu, hubiera sido algo así como cuarenta y ocho contra cuarenta y siete por ciento y el resto de 4 o 5 % restante para Illia. Tan inesperado fue el triunfo de Illia, que el propio doctor Ricardo Balbín, jefe del partido Radical, se excluyó a si mismo de la candidatura presidencial, convencido de la derrota en ciernes. Y así ascendió el Dr Illia, con el veinte y tres por ciento de los votos a la Presidencia en elecciones defectuosas aunque era evidente que la culpa por la trampa no la tenía el Presidente electo. Sin embargo Illia no se consideró a si mismo un Presidente electo por el azar de las circunstancias, sino uno legítimo, y como tal pretendió ejercer el poder de la Constitución sin limitaciones.

¿Por qué la absurda proscripción de 1963? Pocos días antes de las elecciones de octubre del año 1963 el ministro del Interior recibió un ultimátum del Regimiento de Tanques de Magdalena que comandaba el Coronel Tomás Sánchez de Bustamante y del Brigadier Reynaldo Pastor, comandante de la base aérea militar de Morón diciendo que, si ganaba el Frente Nacional Popular, el Regimiento de Tanques Magdalena avanzaría sobre la Casa Rosada. Y Onganía que había propiciado siempre las elecciones de buena fe, se quedó sin mas alternativas que reprimir, con derramamiento de sangre, o proscribir. Por lo tanto optó por la solución momentáneamente mas expeditiva y fácil que fue proscribir al Frente Nacional Popular. Así fue como se desnaturalizó el proceso democrático, y se sembró la semilla de la vuelta arrolladora y sin condiciones de Perón en 1973.

El golpe de Estado de 1966

En las elecciones de 1963 faltó valentía para avanzar con la democracia contra viento y marea aunque esto representase un derramamiento de sangre en el corto plazo. De cualquier manera, ese derramamiento hubiera sido muchísimo menor que el ocurrido en los setenta. El triunfo de la idea democrática era muy importante en ese momento sobre todo porque el peronismo parecía dispuesto a transar, reformarse y democratizarse al haber elegido un candidato conservador de transición, aceptable tanto a sectores sociales más encumbrados como a los más desamparados, aunque no quizá a la poderosa clase media argentina de ese entonces. El problema del Dr. Illia era que el radicalismo iba a perder seguramente las elecciones de 1969 y ello significaba el retorno de un peronismo lleno de mártires. Illia no estaba en condiciones de ser árbitro entre el peronismo y la poderosa clase media anti-peronista de entonces. Illia no le podía hacer sombra al astuto y extraordinario estratega que era Perón con la sola arma de su bonhomía. Era evidente que en el año 1969 nuevamente el Presidente de la República iba a ser Juan Domingo Perón y esto significaba transferir todas las rentas del Estado al clientelismo peronista. Incluso los puestos de jueces. Esto era inaceptable pues la clase media de entonces que tenía fresca todavía en la memoria el "Evita me ama" de los libros de lectura de primer grado inferior de la anterior época peronista. O los negocios con los permisos de cambio para la importación de televisores del enfermero de Perón, Jorge Antonio, o el estupro en el mas alto nivel de la señorita de 12-13 años Nelly Rivas, por ejemplo.

¿Cuál era la solución? La solución era que el mismo General Onganía fuese el candidato electoral y constitucional de la transición, arbitro entre peronistas y anti-peronistas, elegido por una gran coalición de salvación nacional en 1969 ¿Cuál era el obstáculo? La dificultad consistía en que en ese caso, Illia como Presidente en ejercicio del poder debía respaldar al General Onganía. Pero Illia no quería al General porque en las reyertas militares de 1962-63, el radicalismo apoyó al sector colorado golpista del ejercito y la marina, como lo hizo la antigua tradición de Alem e Yrigoyen. Illia no quería a Onganía a pesar de que éste había sido su benefactor, y, en el fondo, su gran elector.

Al destituir a Onganía, Illia fabricó quizá sin quererlo su autogolpe de Estado. La historia registra la tensión existente entre el secretario de Guerra del Dr Illia, el General Avalos quien hostigaba administrativamente al jefe azul. Onganía habló con Illia y le comunicó que si quería que él continuara como Comandante en Jefe del Ejercito, entonces tenía que nombrar como Secretario de Guerra al General Roberto Repetto. Caso contrario, Onganía pediría su pase a retiro. Illia designó al general Castro Sánchez en ese cargo creyendo que así solucionaba el diferendo, pero Onganía cumplió su palabra. Este fue el suicidio político de Illia. Sin proponérselo, el radical fabricó el golpe de Estado porque la clase media argentina definitivamente no estaba preparada para ver a Perón nuevamente en el poder y el único individuo que tenía una aureola de prestigio, verdadera o falsa, para frenar su venida y podía hacer de mediador entre el peronismo y anti-peronismo logrando un equilibrio, era el propio Onganía. El golpe de Estado de 1966 pretendió ser en realidad un reaseguro contra la vuelta de Perón en 1969.

¿Qué hizo el General Onganía, ya instalado en el poder en junio de 1966, aparte de cometer un gravísimo error inicial con la cuestión universitaria? Justificó su accionar con la teoría de los tres tiempos, el tiempo económico, el social y político. Era en el fondo una teoría para ganar tiempo hasta la muerte natural de Perón. Lamentablemente Onganía cambió su pensamiento una vez llegado al poder. El tiempo político, esto es, las elecciones, solo podía comenzar una vez fallecido Perón. Las vicisitudes de los tempranos sesentas ahora le habían llevado a la convicción de que la democracia solamente sería posible sin Perón. La teoría de Onganía era simplemente una teoría para ganar tiempo. Pero el ejercicio de gobernar desgasta a los gobernantes y a su elenco, y ciertamente también a Onganía. Este presidente en realidad tuvo una magnífica oportunidad para ser el De Gaulle de la Argentina reformando el Estado con criterio meritocrático y eliminando para siempre al clientelismo corruptor. Y luego llamar a elecciones sin proscripciones y sin esperar la muerte de Perón en la certeza que un peronismo sin prebendas, sin nombramientos de la clientela, sería un raro peronismo republicano que no hubiera creado en realidad peligros para la auténtica institucionalidad constitucional. Sin embargo, por falta de un diagnóstico acertado, Onganía perdió el tiempo. Debía hacer la reforma constitucional meritocrática reorganizando el Estado argentino al estilo francés o japonés quitando al presidente constitucional la facultad de nombrar y así terminando con el abuso del Estado como botín de guerra de los políticos, civiles o militares triunfantes. Ante esta pérdida del tiempo, a los 3 años del golpe de 1966 empezaron los problemas traídos por el desgaste de su gobierno. En rigor los presidentes militares argentinos con poder político, tanto Uriburu, como Onganía, Aramburu o Videla en su momento, desaprovecharon la extraordinaria oportunidad que tuvieron para mejorar definitivamente la calidad institucional argentina como lo hicieron De Gaulle, Chiang Kai Shek, Park Chung Hee, o Francisco Franco, entre otros líderes militares. El problema argentino ahora consiste en que esta reforma meritocrática del Estado debe ser hecha por políticos. Pero ¿Qué político será tan grande y tan prócer como privarse del placer de nombrar a su clientela?

El golpe de Estado de 1970

La teoría de los tres tiempos de Onganía implicaba una larga y aburrida "dicta-blanda" que resultaba inaguantable para las mentes más imaginativas y para la juventud de aquella época que había visto ya demasiados golpes militares. Fue así que algunos periodistas inquietos, entre otros, Bernardo Neustadt, Jacobo Timerman y Mariano Grondona, viajaron a Madrid para hablar con Perón y salieron convencidos de que el mito (LABOURDETTE, 2003, 9) del viejo dictador totalitario fascista y corrupto de los años cuarenta y cincuenta era falso. Ahora el astuto líder estaba totalmente renovado. Ahora era un verdadero demócrata. La vuelta de estos periodistas con esta nueva visión desmitificada y más realista de Perón, distinta de la de Onganía, le vino cómo anillo al dedo al General Alejandro Agustín Lanusse, Comandante en Jefe del Ejército, que tenía ambiciones presidenciales y buscaba un justificativo para derrocar a Onganía. A decir verdad tanto Onganía como Lanusse no eran considerados militares de intelecto excepcional por sus propios camaradas. Onganía tenía a su favor sus victorias de 1962 y 1963 al frente del Ejército Azul "para que el pueblo vote", pero lamentablemente desde 1966 en adelante, influido

por el consejo de sus asesores, pensaba que el voto popular solo podría verificarse después de la muerte natural de Perón. Lanusse, por su parte, tenía el antecedente de sus cuatro años de cárcel (1951-55) durante el gobierno peronista y era el reconocido jefe supremo del anti-peronismo. Pero Lanusse se flexibilizó y adoptó entonces la teoría de Grondona-Neustadt-Timmerman según la cual había que conversar con Perón. Y buscar una salida negociada a la crisis ¿Qué pensaba hacer exactamente Lanusse? Reemplazar a Onganía con Aramburu en la Presidencia de la República para que éste último negocie con Perón. Aparentemente también Aramburu había hecho su viaje secreto a Madrid y estaba convencido de la democratización de Perón y de la posibilidad de arreglar una salida negociada con éste. De la negociación resultaría la candidatura presidencial constitucional de Lanusse por elecciones libres (GRONDONA, 1999, 427). En abril de 1970 Lanusse comunica a Aramburu que en cualquier momento mandaría dos oficiales del Comando en Jefe del Ejército a buscarlo para llevarlo al Comando y desde allí ambos, Lanusse y Aramburu, cruzarían hasta la Casa Rosada para que Aramburu reemplace a Onganía. Pero los montoneros por la intermediación de su jefe de inteligencia militar, el conservador salteño Rodolfo Urtubey, sabían todo lo que Lanusse conversaba en su mesa (LARRAQUY y CABALLERO, 2000, 148; ARAMBURU, 2005; ALONSO, 2005).

· Con esta información invaluable, los montoneros planean y ejecutan a sangre fría el secuestro y el asesinato del Teniente General Pedro Eugenio Aramburu.

El asesinato de Aramburu frustró la capacidad negociadora de Lanusse con Perón, pero no impidió la caída de Onganía, quien contradiciendo su propio comunicado número 150 del año 1962, no fue capaz de establecer las condiciones adecuadas *"para que el pueblo vote"*. Esas condiciones eran nada mas ni nada menos que la supresión del sistema del botín. Y así fue reemplazado sin pena ni gloria por un General menos conocido hasta entonces, Roberto Marcelo Levington. Resultó evidente al final que Lanusse no pudo negociar con Perón. Finalmente se llamó a elecciones, y volvió Perón. Se demostró una vez mas que las posiciones meramente "anti" no son superadoras y llevan necesariamente a la derrota, como tantas veces ocurrió en la historia universal. El problema de fondo continuaba siendo el "clientelismo", el Estado como "botín de guerra" de los políticos, "the spoils' system", "el sistema de la ruina", que ni Aramburu ni Onganía, teniendo ambos en su momento la posibilidad y el prestigio social para eliminarlo, no lo hicieron, y no estuvieron, por lo tanto, a la altura de un De Gaulle, o de un Mac-Arthur. Los Generales determinaron, sin quererlo, en cambio la vuelta recurrente de esta calamidad que difícilmente pueda ser eliminada por los políticos comunes puesto que ellos son los grandes beneficiarios de este sistema altamente ruinoso para la sociedad en su conjunto. Así pues, ahora, ante el ocaso de los Generales, Argentina necesitaría un gran político con visos de héroe, visionario, un Sarmiento por ejemplo, como no lo tiene desde hace mucho tiempo, para resolver su problema de fondo.

El excesivo numero de afiliados

Incidentalmente cabe señalar que una de las mayores evidencias de los vicios de la democracia clientelista que aqueja a nuestro país es el número de afiliados de sus dos grandes partidos en comparación con el número de afiliados a los grandes partidos europeos o estadounidenses. Así, por ejemplo se ha

observado que el partido Justicialista tiene casi 3.2 millones de afiliados, y la UCR casi 2.5 millones¹², cuando el poderoso partido socialista francés de Mitterrand y Segòleme Royale no pasa de 216 mil afiliados en un país con una mucho mayor cantidad de habitantes. ¿Porqué esa diferencia? Porque los partidos políticos en las democracias no clientelistas sólo sirven para proveer el cargo electivo, esto es el de concejal, intendente, diputado, senador, gobernador o presidente, y sus respectivos gabinetes, pero nunca los partidos son los que alimentan a la administración pública, la cual no se nutre de la clientela partidaria, sino que es seleccionada sobre la base de la idoneidad profesional y la carrera administrativa. Por eso naturalmente hay menos afiliados en los países desarrollados. La ficha de afiliación no es el pasaporte al puesto público. Así de simple.

Terrorismo y contraterrorismo en el periodo 1973-83

La transferencia del poder de Lanusse a Perón estuvo signada por el surgimiento del fenómeno terrorista que comienza con el asesinato del General Aramburu en 1970. En un comienzo la reacción del Estado Argentino ante el fenómeno terrorista fue la correcta. El Estado Argentino reaccionó en un principio como corresponde a un Estado de Derecho: se estableció ya en la época de Onganía, en la Justicia Federal, por ley, una Cámara compuesta por 18 jueces y seis salas para juzgar a los terroristas. Se dictaron 1600 sentencias condenando a los malhechores con todas las garantías de la defensa en juicio. Pero en 1973 dicha ley de creación de la Cámara Federal fue derogada, los terroristas liberados y los jueces perseguidos y algunos asesinados por el terror. El premio al terrorismo que ello representó le dio un gran impulso a los grupos Montoneros y al llamado Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP)¹³. El Estado Argentino perdió así el monopolio de uso legítimo de la fuerza generándose como reacción una represión indiscriminada, que esta vez no podía ser contenida dentro de los principios constitucionales de la defensa en juicio, dada la experiencia con la Cámara Federal. El terrorismo de los setentas hizo trastabillar al débil Estado argentino¹⁴. Dicho terrorismo estaba determinado por dos razones, una externa y otra interna. La externa consistía en que las dos grandes potencias que se disputaban la hegemonía mundial, los Estados Unidos y la Unión Soviética, no podían ir a una confrontación directa entre ellas porque cada una contaba con una arsenal nuclear similar de más de diez mil y tal vez llegando a quince mil ojivas propulsadas por

¹² Diario Clarín, 24 de Julio de 2007, Buenos Aires, p. 12 Ver también www.clarin.com/diario/2007/07/24/elpais/p-01201.htm

¹³ El diario Clarín del domingo 24 de septiembre de 2006 p.12 informa sobre la ceremonia de sepultura del conocido terrorista Enrique Gorriarán Merlo, segundo de Mario Santucho, el jefe del ERP. Dice textualmente el diario: "A su velatorio asistieron dirigentes y militantes de la izquierda y de organismos de derechos humanos. Entre otros, el secretario general del Partido Comunista, Patricio Echegaray; el diputado kirchnerista y ex miembro de la conducción de montoneros, Miguel Bonasso y el ex piquetero y actual funcionario bonaerense Emilio Pèrsico"

¹⁴ La situación argentina de los setentas y particularmente antes de 1973 parece validar la teoría del Leviathan de Thomas Hobbes del siglo XVI. Al respecto dice un prestigioso autor de ciencia política "los hombres-los individuos no los padres-al fundarse el Estado artificial delegan el poder supremo en un hombre o a una asamblea por miedo recíproco, el miedo a una muerte violenta, y el miedo compulsivo en sí mismo es compatible con la libertad. En otras palabras, reemplazan voluntariamente el miedo recíproco compulsivo por el miedo nuevamente compulsivo a un tercer poder neutral, el gobierno, y por lo tanto sustituyen un peligro incommensurable, infinito e inevitable-el peligro de la amenaza de un enemigo-con un peligro mensurable, limitado y evitable-el peligro que desde los tribunales amenaza solo a los infractores" Strauss, Leo, *La Filosofía Política de Hobbes*, FCE, Buenos Aires, 2006, p.103. En la Argentina de 1973, al derogarse el Tribunal Judicial encargado de juzgar los crímenes terroristas, reapareció el Leviathan.

cohetes balísticos intercontinentales capaces de destruirse recíprocamente, y también destruir todo vestigio de vida humana sobre la Tierra. Por ello la Unión Soviética recurrió al fomento del terrorismo en los países en desarrollo. Se trataba de debilitar los ya débiles Estados de estos países quitándoles el monopolio del uso de la fuerza para luego sustituir a sus gobiernos por jóvenes revolucionarios de estilo montoneros o ERP o como los propios revolucionarios rusos de 1917, tanto en el Asia como en Africa y en América Latina. La estrategia consistía rodear así a Estados Unidos y a Europa occidental para provocar su rendición final. Estados Unidos respondió con la represión contraterrorista de las fuerzas armadas regulares de los países en desarrollo, entre otros, las del nuestro.

Sin embargo, en 1977, con la llegada del Presidente James Carter al poder y su asesor de Seguridad Nacional Zbigniew Brzezinski, Estados Unidos cambió de táctica al advertir la vulnerabilidad intrínseca del propio Estado soviético, el “quedantismo” de su régimen sucesorio del poder, y su consiguiente carácter represivo y corrupto a la vez. Así fue que levantó con cierto hábil oportunismo, la bandera de los “human rights” como arma moral para hacer caer a su adversario. En efecto, el Estado soviético con el pasaje del tiempo evolucionaba rápidamente hacia un sistema hedonista clientelista que se auto-perpetuaba en el poder, que carecía de mecanismos válidos de auto-renovación y que perdía legitimidad ante los ojos de su pueblo por su despotismo e ineficacia. Ese Estado se iba caer por la escasa velocidad en la rotación de las elites, por falta de fuerza moral interna, como fue el caso de los Borbones, por ejemplo, y como todas las aristocracias de las distintas civilizaciones humanas¹⁵, pero mucho más rápidamente aun, dada la aceleración de la historia.

Con respecto al terrorismo conviene transcribir la opinión actual de Brzezinski (BRZEZINSKI, 2005, 50):

los terroristas son irredimibles pero las condiciones que favorecen su existencia puede que no sean. Se trata de una distinción importante. Los terroristas suelen vivir en su propio mundo, arrebuados en su supuesta superioridad moral patológica. La violencia se convierte así en algo más que un medio para conseguir un fin: pasa a ser su razón de ser. Por eso resulta necesaria su eliminación. Pero para asegurar que sus filas no vuelven a nutrirse de nuevos elementos se necesita una estrategia política que debilite las complejas fuerzas políticas y culturales en las que nace el terrorismo. Se trata de eliminar políticamente aquello que crea terroristas

En mi opinión, la razón sociológica interna del surgimiento del terrorismo en nuestro país estuvo dada por la falta de rotación de su sistema político que cerraba el acceso al gobierno a los elementos más dinámicos de las nuevas generaciones, ya sea por la acción de un *establishment* político “quedantista”, o por la vía directa de los gobiernos militares. Y también, y esto es muy importante, estaba cerrado el acceso al poder político indirecto por la vía de la carrera administrativa de mérito en el Estado, dado que esa carrera no existía, ni existe todavía. La suma de estos frenos artificiales a la rotación natural de las elites fue fatal.

Lamentablemente los dos factores causales continúan operando actualmente en la Argentina de 2006. Continuamos con un "establishment" político quedantista, imposible de renovar, dados los privilegios presupuestarios con que cuenta el político que ejerce el poder por una parte, y siempre bajo el supuesto de una razonable política macroeconómica, y por la otra, la ausencia de carrera administrativa civil meritocrática en el Estado que provea un método institucional automático de renovación de la dirigencia

Incidentalmente, desde que el terrorismo tiene vocación por apoderarse del Estado, carece de sentido sancionar como delitos de lesa humanidad y declarar imprescriptibles los del contraterrorismo estatal, y en cambio declarar prescriptibles como delitos menores los delitos propios de los terroristas, que son siempre peligrosos gobernantes en potencia, tal como lo hizo nuestra Suprema Corte de Justicia en el caso del terrorista etarra "Lariz Iriondo". Esta jurisprudencia tiende a convertir a la Argentina en una suerte de refugio¹⁶. para los terroristas internacionales debilitando aun más el prestigio del Estado argentino y refirmando así su carácter de Estado fracasado. De acuerdo a esta jurisprudencia los delitos de las "torres gemelas" de Nueva York del 11 de septiembre de 2001, o el de la AMIA en Buenos Aires de 1994, no serían delitos de lesa humanidad y serían prescriptibles. Esta jurisprudencia contradice abiertamente al artículo 7 del Estatuto de Roma del año 1998 que define como crímenes de lesa humanidad los asesinatos, exterminio y otros actos graves contra una población civil "de conformidad con la política de un Estado o una organización". Como afirma Marcos Aguinis (AGUINIS, 81), "sin duda integran el nefasto paquete de *organizaciones* que cometen crímenes de lesa humanidad, entidades como Al Queda, Hezbolla, Hamas, Montoneros, ERP, ETA, Brigadas Rojas, Baader-Meinhof, Sendero Luminoso, FARC, etc, etc, que simpatizan entre ellas aunque sus orígenes, teorías y objetivos sean muy variados".

No cabe duda que la jurisprudencia de nuestra Corte no es sostenible pues tiene su origen en un estado artificial de la opinión pública argentina que influye sobre los jueces y que ha sido caracterizado adecuadamente por el embajador Abel Posse de la siguiente manera¹⁷:

Ahora a treinta años después de aquel 24 de marzo, la laboriosa desinformación mediática, el victimismo y la intencionada ocultación de los crímenes terroristas presentan la realidad de tal manera como si una secta sangrienta de militares de las tres armas, tal vez ebrios o drogados, hubiera salido a matar jóvenes muy de su casa y de sus estudios... la justicia logró censar 22000 hechos subversivos entre 1969 y 1979: 5125 atentados con explosivos, 1311 robos de armamentos, 1748 secuestros de personas, 1501 asesinatos de empresarios, funcionarios, políticos, periodistas, militares, policías, niños, etc... Galimberti, el mas interesante, lúcido y perverso miembro de la fuerza subversiva, pudo decir con

¹⁵ Ver el Apéndice I de este trabajo sobre la teoría de Pareto sobre la rotación de las elites.

¹⁶ Opinión Editorial, La Nación, Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

¹⁷ Posse, Abel, *Consagración de la muerte*, La Nación, Buenos Aires, 24-3-2006

naturalidad: "Hubo un día en que matamos 19 vigilantes"... Dos días antes del golpe La Opinión titulaba: "Un muerto cada 5 horas; una bomba cada tres"

El terrorismo no es más que una de las caras de la falencia de un Estado: los terroristas le disputan el monopolio del uso de la fuerza. La preocupación actual de los Estados Unidos con el terrorismo en el nuevo milenio radica en que si los Estados débiles del tercer mundo no logran controlar su territorio, allí suelen aprovechar para esconderse y anidar las bandas terroristas que amenazan ahora a los propios Estados Unidos, o a Israel. Afganistán con Al Qaeda y Bin Laden, o el Líbano con el Hezbollah fueron y son los casos en punto.

La imprevisión de Perón al dejar como herederos suyos a su esposa y al Sr Lopez Rega fue imperdonable y condujo a un desastre nacional. La "señora" no estaba en condiciones intelectuales de conducir los destinos de la Nación y por otra parte el clientelismo típico del peronismo y el consiguiente exceso de gasto público, provocaron un recalentamiento en la economía, devaluación, aumentos masivos de salarios y un brote de hiperinflación. La situación era caótica no solamente por los peligros del terrorismo sino también por la hiperinflación en ciernes. Gran parte de la población clamaba para que los militares asumieran el poder nuevamente. Por supuesto que había mejores alternativas. Quizá el propio senador peronista Italo Luder podría haber sido Presidente, pero no quiso aceptar. Incluso hubo propuestas de los partidos conservadores y el radical en la Cámara de Diputados para hacer juicio político a Isabel perón y sustituirla por Italo Luder, pero los peronistas desecharon esta alternativa, y el país desembocó en la tragedia del 24 de marzo de 1976. Las opiniones sobre la historia política argentina de 1976-83 están muy divididas¹⁸ y quien quiera formarse una idea cabal debe escuchar las dos campanas¹⁹. Pero además uno debe preguntarse qué hubiera ocurrido si el terrorista Mario Firmenich, jefe de montoneros, hubiese alcanzado la Presidencia de la República, por ejemplo, y hubiese tenido el monopolio del uso de la fuerza. Quizá hubiera habido un paredón con cien mil fusilados. O fosas con doscientos mil desaparecidos. Quizá todo esta imaginaria masacre resulte benévola si comparamos con los millones de víctimas de la revolución rusa de 1917 y su secuela Stalinista.

Por otra parte, debe observarse que una guerra civil como la de 1974-78 crea circunstancias óptimas para grandes reformas pues las instituciones se tornan excepcionalmente maleables en tiempos de crisis, como los metales ante las altas temperaturas. Pero los gobernantes de la época no eran estadistas del nivel de un De Gaulle o un Mac-Arthur. No solamente se desaprovechó la oportunidad para

¹⁸ Quizá la mejor síntesis jamás escrita de estos años lamentable de la historia argentina sea el artículo de Posse, Abel, *Consagración de la muerte*, La Nación, 24-3-2006. Compiten en agudeza las brillantes páginas de Marcos Aguinis, *El atroz encanto de ser argentinos 2*, op.cit. p.79 a 85.

¹⁹ www.nuncamas.org/investig/investig.htm ; www.nuncamas.org/document/document.htm. También Acuña Carlos Manuel, *Por Amor al Odio. Crónicas de Guerra. De Campora a la muerte de Perón*. Tomo II. Ediciones del Pórtico, Buenos Aires, 2001. Bonasso, Miguel, *El Presidente que no fue*, Planeta, Buenos Aires, 1997; Ciancaglini, Sergio y Granovsky Martin, *Nada mas que la Verdad, El juicio a las Juntas*, Planeta, Buenos Aires, 1995; Marquez, Nicolás, *La Otra Parte de la Verdad*, Edición del Autor, Buenos Aires, 2004, Vervitsky, Horacio, *Ezeiza*, Planeta, Buenos Aires, 1995; Vervitsky, Horacio *El Silencio. De Paulo VI a Bergoglio. Las relaciones secretas de la Iglesia con la ESMA*.

establecer la gran reforma meritocrática del Estado argentino, sino que se cometieron groseros errores de conducción monetaria y cambiaria que impidieron el crecimiento económico en 1976-83 y desprestigiaron enormemente a los gobiernos militares del período. En tiempos modernos todo gobierno que aspire a auto-perpetuarse debe acertar al menos en la política de desarrollo económico. Y las políticas monetarias y cambiarias seguidas en el período resultantes en altísimas tasas de interés reales, por momentos del 100% anual, acompañadas de una fuerte sobrevaluación del peso, destructora de la industria y las exportaciones hundieron al país en el subdesarrollo. Ante el fracaso económico del proceso militar, el General Galtieri, Presidente de facto en 1982 se le ocurrió recuperar prestigio para las fuerzas armadas invadiendo Malvinas. Y este fue el final.²⁰

Margaret Thatcher, madre de la democracia argentina

¿Porqué en 1983 los militares llamaron a elecciones para desprenderse del gobierno? Simplemente por el desprestigio que les causó la derrota de Malvinas (GRONDONA, 1999, 442) (SORMAN, 1989, 92). La guerra perdida en Malvinas contribuyó a acentuar la duda internacional acerca del fracaso del Estado Argentino. La coerción es el carozo del Estado. Pero esa coerción debe tener lugar dentro de la ley. Por supuesto, la derrota permitió poner al descubierto ante la opinión pública nacional e internacional el grave error del terrorismo de Estado. Resultó entonces obvio que la lucha contra el terrorismo debió hacerse con el Código Procesal Penal en la mano, o al menos con el Código de Justicia Militar. La pregunta que surge es si, en estas condiciones, el terrorismo de Montoneros o el del ERP no hubiesen sido acaso los triunfadores en la lucha armada. Y así se hubiesen constituido en el terrorismo de Estado oficial sin código ni restricción alguna, al mejor estilo stalinista o hitleriano: Mario Firmenich Presidente y Roberto Quieto vice. Más allá de esta hipótesis, lo cierto es que el intento de reconquistar un territorio arrebatado ilegalmente por el Reino Unido en 1833 fracasó en gran medida por nuevos errores de la alta conducción militar, mas que por la falencia de nuestras tropas que tuvieron un desempeño muy digno, a pesar del enorme desnivel de recursos tecnológicos que significaba luchar contra la OTAN. El gran error de nuestro alto comando fue, según observadores imparciales de la misma OTAN, simplemente no prolongar la pista de aterrizaje de Puerto Argentino. Si ello se hubiese hecho la Argentina hubiera tenido superioridad aérea y la flota británica no se hubiese atrevido a aproximarse a las islas. La guerra perdida tuvo el efecto de desprestigiar fuertemente a las Fuerzas Armadas ante la opinión nacional y las descalificó como factor de poder político, posiblemente para siempre. Pero la historia de 1983-2003 demostró que la causa de nuestra decadencia no fueron nuestras Fuerzas Armadas solamente pues cuando ellas se apartaron del poder, la decadencia continuó y casi puede decirse que se acentuó.

Se transfirió así el poder el 10 de diciembre de 1983. Esta transferencia, al igual que la de mil novecientos dieciséis, es una de las pocas donde se otorgó el poder a la oposición lisa y llana, sin restricciones. Del partido militar desmoralizado por la derrota de Malvinas a uno de los partidos

Sudamericana, Buenos Aires, 2005; Pigna, Felipe, *Lo pasado pensado, Entrevistas con la historia argentina, (1955-1983)* Planeta, Buenos Aires, 2005

²⁰ Ver el informe del General Benjamín Rattenbach en www.nuncamas.org/document/document.htm

clientelistas establecidos, que en este caso resultó ser el partido radical. Ni corto ni perezoso, el líder radical, Dr Alfonsín, defensor del terrorista Santucho, Jefe del ERP en el juicio por el asesinato del empresario Oberdan Salustro, Presidente de la Fiat, procedió a armar el juicio político a las Juntas, para de esta manera dar el tiro de gracia al enemigo político máximo de la clase política, el partido militar ya caído y políticamente herido de muerte por Thatcher.

El Dr. Alfonsín fue un típico líder clientelista tradicional. El exceso de gasto publico provocado por los nombramientos partidarios sumado al intento del repago de la deuda externa provocada por la anterior sobrevaluación del peso del Dr. Martinez de Hoz determinaron la alta inflación de 1983-88 y finalmente la hiperinflación de 1989.

Incidentalmente, el mantenimiento del Estado clientelista en la Argentina hace mucho mas fácil la presión de los Estados extranjeros para la obtención de sus objetivos políticos respecto de la Argentina. El estado clientelista es, por esencia, una presa fácil para los servicios de espionaje extranjeros. Por ello es que las agencias internacionales, supuestamente interesadas en ayudar a nuestro crecimiento, jamás han recomendado, ni recomendarán, el establecimiento del Estado meritocrático en la Argentina como el camino más directo y fácil hacia la meta de ser un país desarrollado.

La transición irregular y caótica de 1989

Cuando en julio 1988 el Dr. Carlos Saul Menem ganó las internas del partido justicialista se produjo un escalofrío en la opinión seria, nacional e internacional. El FMI decidió entonces frenar la candidatura de Menem e intervenir en agosto de 1988. Lo hizo mediante un préstamo de Stand By al gobierno del Dr. Alfonsín con la intención de evitar el colapso de la economía radical. Pero el importe del préstamo duraba hasta mayo del 1989 solamente. La UCR en el poder adelantó 6 meses las elecciones que debieron tener lugar en octubre de 1989 al mes de mayo del mismo año, concordante con la idea de que hasta esa fecha podía durar el dinero del FMI otorgado en agosto de 1988. Menem respondió amenazando al FMI, por medio del diputado Domingo Cavallo que actuó como su mensajero en Washington. La amenaza consistió en que si ese organismo favorecía al candidato radical Angeloz, y si a pesar de ello, el Justicialismo llegaba a triunfar, entonces él, Menem, se iba a encargar de desconocer la deuda externa. El FMI decidió finalmente no entrometerse en la política interna argentina y canceló así el Stand By en enero de 1989. Y de esta manera comenzó la hiperinflación que permitió el triunfo electoral del Dr. Menem el 14 de mayo de ese año, ante el desprestigio enorme que la vertiginosa suba de precios significaba para el radicalismo. Obviamente esta no fue una transición normal.

La transición irregular de 1995

Tampoco lo fue la de 1995 pues el Presidente incumbente movió todos los resortes posibles para quedarse y lo logró, mediante el Pacto de Olivos y la reforma constitucional de 1994 que abría la posibilidad de reelección. Los métodos para el logro del Pacto de Olivos no parecen haber sido del todo claros al punto que determinaron la indignada renuncia del Ministro del Interior Gustavo Beliz y dicha reforma finalmente se gestó sobre la base de la íntima amistad entre el gremialista Luis Barrionuevo y el ex Ministro Enrique Nosiglia (GALLO y ALVAREZ GUERRERO, 2005, 253 y 266).

En efecto, la utilización de fondos reservados para la compra de leyes del Congreso parece ser una constante del nuevo sistema político. Ello parece haber ocurrido en el caso de la ley de flexibilización laboral del año 2000, donde el Poder Ejecutivo habría extraído fondos secretos para sobornar a legisladores por montos que según informa la prensa alcanzaron a los cinco millones de dólares. Este hecho presta apoyo adicional a la tesis de la falencia de nuestro Estado. Así como ocurrió con la llamada "ley Banelco", algunos indicios bastante serios sugieren que la ley de declaración de la necesidad de la reforma constitucional que diera lugar a la Constitución de 1994, con la que se consagró la reelección del ex presidente Menem, también habría sido obtenida utilizando medios parecidos aunque tal vez por sumas mucho más altas dado los mayores intereses en juego.

Incidentalmente, existe consenso en los historiadores sobre el origen del movimiento piquetero argentino. Este ocurrió en Cutralcú, provincia de Neuquén el 20 de junio de 1996. Ese día los obreros despedidos de YPF cortaron la estratégica ruta nacional 22 y forzaron al gobierno provincial a negociar quedando la ruta libre a cambio de generosos subsidios del Estado. La pueblada se repitió con éxito en otras ciudades petroleras con alta desocupación como Plaza Huincul, Tartagal y General Mosconi. (SVAMPA y PEREYRA, 2003). El éxito de los cortes de ruta como instrumento de presión contagió a todos los demás sectores de la economía y hoy lo tenemos como el deporte golpista nacional privado, luego de los millones de desocupados que creó la convertibilidad y de la manifiesta incapacidad de gestión de los gobiernos nacional y provinciales provocada por el mismo clientelismo²¹.

La transición venenosa de 1999

Finalmente la transición presidencial del Justicialismo al Radicalismo-Frepaso de 1999 tampoco fue normal. El Presidente Menem trató de forzar una interpretación imposible de la Constitución de 1994 que le permitiera otra reelección. Y tal vez lo hubiera logrado porque la Corte Suprema le era incondicional y el mayoritario Partido Justicialista, tradicionalmente imbuido de verticalismo y aceitado por el dinero del poder, lo hubiera aceptado. Pero finalmente desistió cuando su Ministro de Economía Roque Fernández lo convenció de que la Convertibilidad se había tornado insostenible a raíz de la devaluación brasileña del 13 de enero de 1999 y que convenía entregarle la bomba empaquetada al Presidente de la Rúa para que la misma estalle en las manos del radical y así hacer que la UCR pagara los costos que dejara la imprudente y errada política económica Menemista-Cavallista. Por ello la transición aparentemente regular de 1999 fue en realidad una estratagema para evitar enormes responsabilidades políticas y volver en el 2003²².

²¹ Según el Centro de Estudios para una Nueva Mayoría que dirige el Dr. Rosendo Fraga, los cortes de ruta fueron subiendo en los noventa y llegaron a 2330 en el año 2002. Pero a partir de allí empezaron a descender alcanzando 1199 en el 2005 y 713 en el 2006. El mismo estudio revela que de mayo a noviembre de 2006 el 30.6% de los cortes provenía de vecinos, estudiantes y comerciantes, el 26,1% de organizaciones sindicales, el 17,9% de la agro-industria, el 11.3% de los aborígenes, solamente el 7,9% de los piqueteros, el 2,7% de los cartoneros y el resto de otros sectores. Ver La Nación, 5 de diciembre de 2006, p.5

²² Ante el fracaso sucesivo de los gobiernos democráticos de Alfonsín, Menem y De La Rúa cabe cuestionar la solución simple muy bien expuesta por el propio Dr. Alfonsín: "democracia o totalitarismo, decir desarrollo o decadencia" Ver al respecto Alfonsín, Raúl, *La cuestión Argentina*, Editorial Propuesta Argentina, Buenos Aires, 1981, p.242. Con la democracia solamente no basta. La verdadera solución está en una democracia donde los

Las nuevas formas del Golpe de Estado sin militares

¿Porqué en los últimos 22 años no han habido los golpes de Estado clásicos de nuestra historia? Gracias a Margaret Tatcher y la guerra de Malvinas (GRONDONA, 1999, 428). Esta guerra significó una enorme pérdida de prestigio para las Fuerzas Armadas argentinas ante la opinión pública. Por ello es que Malvinas tiene tanto poder explicativo sobre la historia política argentina reciente. El desprestigio de las fuerzas armadas tiene así un beneficio: no más golpes militares, pero también costos. Un costo es que en rigor casi no tenemos fuerzas armadas. No tener fuerzas armadas en la pos-modernidad donde las Naciones Unidas está totalmente trabadas en su accionar, nos convierte en una nación de existencia precaria y nos acerca peligrosamente al paradigma de los estados fracasados. Si Chile no tuviera un gobierno socialista y pacifista, podría tal vez intentar apoderarse de la Patagonia y así pondría fin a la existencia del Estado argentino. Ello podría ocurrir por ejemplo cuando la Argentina se vea obligada a suspenderle sus exportaciones de gas natural debido al agotamiento y depredación de su recurso, imprudentemente cedido a la empresa estatal española Repsol, que no tiene interés en explorar²³. Al respecto un camarista jubilado me decía ¿Y eso que importa? Se empezó a preocupar cuando le recordé que no podría cobrar más su jubilación de un Estado inexistente. Y se fue muy preocupado y ahora sí, es muy nacionalista. En síntesis, el servicio civil de carrera y meritocrático debió haber sido el antídoto contra los golpes militares. No la guerra perdida de Malvinas. Porque ahora los golpes siguen existiendo pero están privatizados, como el de diciembre de 2001. Los elementos de Clase II están ahora difusos en el pueblo indignado contra la corrupción y la terrible ineficiencia del Estado. Pero el pueblo actúa por medio de turbas en forma desordenada donde cualquier cosa puede pasar. Los nuevos golpes se parecen algo a los de 1789 y 1848 en Francia. El Presidente Kirchner pudo hasta ahora aventar los golpes privatizados erigiéndose mediáticamente en campeón de la defensa de los intereses nacionales y apoyándose fuertemente en un buen manejo de la economía, el que se refleja en las altas tasas de crecimiento de 2003, 2004, 2005 y 2006. Pero si éstas tasas llegan a caerse, por ejemplo, por la aparición repentina de una crisis energética importante con falta masiva de combustibles o gas, no deben descartarse episodios similares a los que provocaron la caída del Presidente de la Rúa en el 2001. En realidad, después de este golpe de estado privatizado todos los presidentes argentinos viven atemorizados por las turbas y piquetes. Antes tenían temor de las Fuerzas Armadas. Ahora de los piquetes. Se dice que en el 2002-2003 el ex presidente Eduardo Duhalde estaba buscando secretamente su propia reelección, esta vez por el voto popular hacia finales del 2003, cuando vencía el mandato que le había otorgado el Congreso para finalizar el período presidencial del caído Fernando de la Rúa. Pero la muerte de los piqueteros Kosteki y Santillán cuando estaban cortando ilegalmente el puente Pueyrredón a manos de la represión policial lo atemorizó de tal manera, que abandonó su proyecto. Decidió acortar su mandato y terminó propiciando

nombramientos en el Estado sean fundadas en la idoneidad, es decir en exámenes y carrera administrativa, como en Francia, Alemania, Inglaterra o Japón, no en el clientelismo.

²³ La Presidente Michelle Bachelet intimó al Presidente Nestor Kirchner en una reunión que tuvieron en Mendoza en septiembre de 2006 a entregar a Chile una provisión de gas que no tenemos, a precios menores de la mitad de lo que debemos pagar a Bolivia por importar ese gas.

la candidatura de Néstor Kirchner. Este Presidente vive también atemorizado por los piquetes y las manifestaciones públicas. Le cortan las rutas. Le cortan las calles de la ciudad capital, o le toman comisarías, y el Estado no actúa. En todo caso parece que conviene comprar o cooptar piqueteros con cargos públicos como fue el caso de D'Elía, esto es con más clientelismo. No vaya a ser cosa que los piqueteros se agranden y volteen al Presidente. La única diferencia con el régimen anterior de 1916-1983, consiste en que las turbas y piquetes si bien pueden voltear presidentes, no tienen la organización, la disciplina y la fuerza suficiente para imponer al sucesor, que sería entonces el vicepresidente, el que también ejercerá su mandato asediado por las turbas y piquetes. El punto del argumento es que el Estado tiene que tener necesariamente el monopolio del uso de la fuerza, si queremos ser un país en serio. Pero para ello necesitamos un Estado prestigiado y meritocrático que sepa arbitrar entre los distintos sectores sociales e imponer un orden con justicia, no el Estado parasitario, desprestigiado e inútil que padecemos. Lo primero para imponer el orden es asegurar el pleno empleo: que todo el que quiera trabajar pueda hacerlo, lo cual es un problema técnico de la macroeconomía que requiere el adecuado uso de la moneda y el crédito a la producción. Restablecer las escuelas de fábrica. Restablecer el impuesto de aprendizaje y orientación profesional para aquellas empresas que no entrenen al personal. Crear la mística del trabajo y no la de la prebenda clientelista. En el 2004 había 200 mil planes asistenciales, pero un aspirante a beneficiario debía demostrar que estaba dispuesto a participar activamente en la protesta. No había comida si no se piqueteaba. En definitiva el Estado inepto subsidia al piquete que puede llegar a voltear al propio Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRA (s.f.) *La Banca en Tiempos de Ajuste*. Buenos Aires, Tesis, s.f.
- AGUINIS, M. (2001) *El atroz encanto de ser argentinos*. Buenos Aires, Plantea, 2001.
- ALARCÓN, M. (2006) "No perdamos una oportunidad histórica". En *La Nación*, 18 de Julio de 2006.
- ALBERDI, J. B. (1886) *El Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*. Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1886.
- ALFONSÍN, R. (1981) *La cuestión Argentina*. Buenos Aires, Propuesta Argentina, 1981.
- ALONSO, J. (2005) *Quien Mató a Aramburu*. Buenos Aires, Sudamericana, 2005.
- ANCAROLA, P. (1983) *La Argentina como definición*. Buenos Aires, Corregidor, 1983.
- ARISTÓTELES (1941) *La Política*. Madrid, Espasa Calpe, 1941.
- ARROW, K. (1973) "Higher Education as a Filter". En *JPE*, July, 1973.
- BAGWATI, J. (1958) "Inmiserizing Growth, a Geometrical Note". En *Review of Economic Studies*, 1958, 24.
- BAUMOL, BLACKMAN y WOLFF (1989) *Productivity and American Leadership*. Cambridge, The MIT Press, 1989.

- BAUMOL, W. (1976) "Macroeconomics of Unbalanced Growth: The Anatomy of Urban Crisis ". En *Selected Writings of William Baumol*, New York, New York University Press, 1976.
- BERLINSKI, J. (1977) *La protección arancelaria de actividades seleccionadas de la industria manufacturera argentina*. Buenos Aires, Ministerio de Economía, 1977.
- BLAUG, M. (1987) "Where are we now in the Economics of Education" en *Economics of Education and the Education of an Economist*, New York, New York University Press, 1987.
- BRZEZINSKI, Z. (2005) *El Dilema de EEUU ¿Dominación Global o Liderazgo Global?*. Buenos Aires, Paidós, 2005.
- CONESA E. (2006) *Macroeconomía y Política Macroeconómica*. Buenos Aires, La Ley, 2006.
- CONESA, E. (1983) *Términos de Intercambio y Tarifa Óptima en la Argentina*. Buenos Aires, BID-INTAL, 1983.
- CONESA, E. (1996) *Desempleo, Precios Relativos y Crecimiento Económico*. Buenos Aires, Depalma, 1996.
- CORDEN, W. M. (1974) *Trade policy and Economic Welfare* Oxford, Clarendon Press, 1974.
- FRAGA, R. y PANDOLFI, R. (2005) *Aramburu. La Biografía*. Buenos Aires, Vergara, 2005.
- FUKUYAMA, F. (1992) *The End of History and the Last Man*. New York, Avon Books, 1992.
- GALLO, D. y ALVAREZ GUERRERO, G. (2005) *El Coti, El Dueño De Todos Los Secretos, Biografía No Autorizada De Enrique Nosiglia*. Buenos Aires, Sudamericana, 2005.
- GARCÍA HAMILTON, J. I. (2006) *Porqué Crecen los Países*. Buenos Aires, Sudamericana, Buenos Aires, 2006.
- GRONDONA M. (1995) *La Argentina como vocación*. Buenos Aires, Planeta, 1995.
- GRONDONA, M. (1999) *Las condiciones culturales del desarrollo económico*. Buenos Aires, Planeta, Buenos Aires, 1999.
- GUNTHER, J. (1941) "The Argentine Complex". En *Inside Latin America*, New York Harper Brothers, 1941, XIX.
- HARRISON, L. (1985) *Underdevelopment is a State of Mind, The Latin American Case*. Cambridge, The University Press of America, 1985.
- HELBLING C. C. (1978) *Derecho a la esperanza*. Buenos Aires, Sudamericana, 1978.
- INSTITUTE FOR INTERNATIONAL ECONOMICS (1991) *INTERNATIONAL ADJUSTMENT AND FINANCING. THE LESSONS OF 1985-1991*. Washington DC, 1991.
- JOHNSON, C. (s.f.) *The Miti and the Japanese Miracle*. California, Stanford University Press, s.f.
- JOHNSON, P. (2001) *Estados Unidos. La Historia*, Buenos Aires, Vergara, 2001.
- KRUGMAN, P. (1992) *Currencies and Crisis*. Cambridge, The MIT Press, 1992.
- LABOURDETTE, S. (2003) "Mito y Política". En *Escritos Sociológico Políticos*, Buenos Aires, Grupo Editor Iberoamericano, 2003.
- LANÚS J. A. (2001) *Aquel Apogeo. Política Internacional Argentina 1910-1939*. Buenos Aires, Emecé, 2001.
- LANUS, A. (1987) *La causa argentina*. Buenos Aires, Emece, 1987.

- LARRAQUY, M. y CABALLERO R. (2000) *Galimerti, De Perón a Susana. De Montoneros a la CIA*. Buenos Aires, Norma, 2000.
- LAYARD, R. y PSACHARAOULUS, G. (1974) "The Screening Hypothesis and the Return to Education". En *JPE*, 1974, 82.
- LUNA, F. (2006) *Revoluciones, estallidos políticos y soluciones constitucionales*. Buenos Aires, Planeta, 2006.
- MADDISON, A. (2005) *La Economía de Occidente y la del Resto del Mundo: Una Perspectiva Milenaria*. Universidad Carlos III de Madrid, 2005. www.theworlddeconomy.org
- MANKIW G., ROMER D, y WEIL D. (1992) "A Contribution to the Empirics of Economic Growth". En *QJE*, mayo de 1992.
- MANKIW, G., ROMER, D. y WEIL, D. "A Contribution to the Empirics of Economic Growth". En *Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, Mayo de 1992.
- MASON, K., PERKINS, K. Y COLE (1980) *The Economic and Social Modernization of the Republic of Korea*. Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- MASSOT, V. (2007) *Las ideas de esos hombres. De Moreno a Perón*. Buenos Aires, Sudamericana, 2007.
- MASSUH, V. (1982) *La Argentina como sentimiento*. Buenos Aires, Sudamericana, 1982.
- MAYER, J. (1973) *Alberdi y su Tiempo*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1973.
- MYRDAL, G. *The Challenge of World Poverty*. New York, A Vintage Book, 1971.
- NIXON, R. M. (1983) *Líderes. Perfiles y Recuerdos de los Hombres que han Forjado el Mundo Moderno*. Buenos Aires, Planeta, 1983.
- O'DONNELL, P. (2003) *Historia Confidencial*. Buenos Aires, Planeta, 2003.
- ORÍA, J. (1995) *La Reección Presidencial y la División de los Poderes*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- ORLANDO (2005) *Dos Siglos de Economía Argentina*. Buenos Aires, Fundación Norte Sur, 2005.
- ORTEGA y GASSET, J. (1955) "España Invertebrada" En *Obras Completas*, Madrid, Revista de Occidente, 1955, III.
- ORTEGA y GASSET, J. (1983) "El hombre a la defensiva". En *Obras Completas*, Madrid, Alianza Editorial, 1983, III.
- PARETO V. (1980) *Compendium of General Sociology*, Minessotta, University of Minnesota Press, 1980.
- PARETO, V. (1968) *The Rise and Fall of the Elites*, Totowa, The Bedminster Press Inc., 1968.
- POSSE, A. (2006) "Consagración de la muerte". En *La Nación*, Buenos Aires, 24 de marzo de 2006.
- PREBISCH R. (1956) *Plan de Restablecimiento Económico*. Buenos Aires, Imprenta del Gobierno Nacional, 1956.
- RICARDO, D. (1817) *Principles of Political Economy and Taxation*. London, 1817.
- SANDLER, H. R. (1999) *Impuestos. La Lección del Parquímetro*. Buenos Aires, ICE, 1999.
- SCHUMPETER, J. (1982) *Historia del Analisis Económico*. Barcelona, Ariel 1982.
- SCITOVSKY T. (1942) "A Reconsideration of the Theory of Tariffs". En *RES*, 1942, IX, 89-110.
- SOLOW, R. (1956) *A Contribution to the Theory of Economic Growth*, 1956, reproducido en STIGLITZ y UZAWA (1969) *Readings in the Modern Theory of Economic Growth*. Cambridge, The MIT Press, 1969.

- SOLOW, R. (1957) "Technical Change and the Aggregate Production Function". En *RES*, 1957, XXIV.
- SORMAN, G. (1989) *No a la decadencia Argentina, Diálogos con Juan Carlos Casas*. Buenos Aires, Atlántida, 1989.
- STIGLITZ, J. (2002) *Globalization and its Discontents*. New York, Norton, 2002.
- STRAUSS, L. (2006) *La Filosofía Política de Hobbes*. Buenos Aires, FCE, 2006.
- SVAMPA, M. y PEREYRA, S. (2003) *Entre la ruta y el barrio*. Buenos Aires, Biblos, 2003.
- VOGEL, E. (s.f.) *Japan as Number One*. Cambridge, Harvard University Press, s.f.
- WEBER, M. (1964) *Economía y Sociedad*. México, FCE, 1964

APENDICE I

PARETO Y LA EXPLICACIÓN DE LOS GOLPES MILITARES EN LA ARGENTINA

1.-Introducción

Es frecuente encontrarse con enfoques totalmente ideológico-maniqueos de la inestabilidad política argentina donde los autores destilan su pasión política. Esto no sirve de mucho para la comprensión de las causas profundas de nuestra inestabilidad. El problema consiste en determinar los factores determinantes de esta inestabilidad, para luego eliminarlos y de esta manera alcanzar la verdadera estabilidad política que luego permita cambios graduales en la sociedad que permitan su mejoramiento y progreso. Para ello debemos aprovechar las enseñanzas de la ciencia sociológica. Al respecto nada mejor que acudir al gran economista, matemático y sociólogo italiano de fines del siglo XIX comienzos del XX, Vilfredo Pareto. Este autor nos proporciona una teoría sobre las revoluciones que también resulta aplicable y útil para la explicación los frecuentes golpes de estado ocurridos en la Argentina. Este autor sostiene que el comportamiento político depende de los sentimientos y no de la razón. Por ello, hace un detallado análisis de los sentimientos humanos llamados por él "residuos" (porque deben ser "observables"). Los dos principales pares de sentimientos son los de "combinaciones" (Clase I) "persistencia" (Clase II). Por ejemplo, las personas con fuertes sentimientos de "persistencia" (Clase II) tienden a ser patrióticos, tradicionalistas, religiosos, defensores de la familia, ahorrativos, inclinados al uso de la fuerza en materia política y dispuestos al sacrificio. Contrariamente, los individuos con fuertes "combinaciones" (Clase I) son relativistas en materia cultural, hedonísticos, racionales, individualistas, gastadores, emprendedores y, en materia política, prefieren la negociación al uso de la fuerza.

2.-El sistema paretiano

Para simplificar el sistema de Pareto, que es extremadamente complejo, la sociedad debe ser dividida en dos clases: la clase gobernante y la clase gobernada. La prosperidad, es decir el desarrollo, se maximiza cuando hay completa movilidad entre las dos clases y en este caso aquéllos que gobiernan son los mejor calificados para hacerlo. Ellos son individuos inteligentes, pero a la vez con fuertes "persistencias". Estas dos características no se dan juntas frecuentemente en los individuos: aquéllos que son inteligentes tienden a las "combinaciones" (Clase I) y no a las "persistencias" (Clase II). Las "persistencias" se encuentran abundantemente en las clases bajas, es decir en las gobernadas, mientras que las "combinaciones" en las clases altas, es decir en las gobernantes. Y debe existir una adecuada rotación entre ambas. La velocidad de la rotación de los individuos que componen la clase gobernante y la clase gobernada tiene su óptimo. Y no puede detenerse, si ha de mantenerse el equilibrio social. Las revoluciones ocurren cuando la clase gobernante tiene un exceso de individuos con Clase I de residuos, y pocos de Clase II. Esto tiende a ocurrir frecuentemente. Por ello, según Pareto:

"la historia no es sino el cementerio de las aristocracias"

y

Las revoluciones vienen cuando a través de acumulaciones en los altos estratos de una sociedad (por un descenso en la velocidad de la circulación de las clases o por otras causas) de los elementos decadentes que no poseen los residuos adecuados para mantenerse en el poder y son incapaces de usar la fuerza; mientras tanto en los estratos inferiores de la sociedad, elementos de superior calidad vienen a la palestra poseyendo los residuos adecuados para ejecutar las funciones del gobierno y un suficiente deseo de usar la fuerza en caso necesario (PARETO, 1980, 278 y 279)

Sería imposible resumir en una o dos páginas la sociología de Pareto. Su "Tratado" tiene 2033 páginas y el "Compendium" y "The Rise and Fall of the Elites" (PARETO, 1968) usados aquí, 450 y 120 respectivamente. Basta decir, sin embargo, que el sistema francés o japonés de reclutamiento y promoción de la burocracia parece inspirado por Pareto, como si el famoso Profesor italiano de la Universidad de Lausanna hubiese sido el asesor político personal del General de Gaulle o del Emperador Meiji, el creador del Japón moderno y de la meritocracia burocrática establecida en el decenio de 1880 (JOHNSON, 45). O tal vez, asesor del Supremo Comando Aliado en la persona del General MacArthur quien contribuyó, quizá sin quererlo, al fortalecimiento de la burocracia civil japonesa, al disminuir la importancia de los "zaibatsu" e instituir un sistema político fundado en la soberanía de la Dieta con partidos algo diletantes que debían necesariamente descansar en una fuerte burocracia civil (JOHNSON, 37 y 57).

En efecto, los sistemas de reclutamiento francés o japonés, al poner en el centro del Estado a una burocracia extremadamente capaz y patriótica constituyen una forma de institucionalización de un sistema paretiano de rotación racional de dirigencias que asegura que el país siempre estará en la cresta de la ola de la "prosperidad", palabra que utiliza Pareto en lugar de "desarrollo", al estar siempre gobernado por los mejores.

Es interesante destacar que aunque Pareto era un aristócrata por ser hijo de un marqués italiano (exiliado en Francia por sus ideas republicanas) y de madre francesa, las convicciones de este científico social eran remarcablemente igualitarias y contrarias al concepto de aristocracia de sangre, pues observa con razón:

Si las aristocracias humanas fueran como la cruce de animales de pedigree que se reproducen a sí mismas a través de largos periodos de tiempo con las mismas características, la historia de la raza humana sería algo totalmente diferente que la historia que conocemos (PARETO, 279)

3.-Las aplicaciones a las revoluciones de la historia universal

La sociología de Pareto explica razonablemente bien la revolución francesa que derrocó a los Borbones, la revolución rusa que derrocó a los zares, la revolución iraní que derrocó al Sha de Persia o la sandinista que derrocó a la dictadura de Somoza en Nicaragua. También la caída del régimen soviético. Por supuesto permite explicar en general los "golpes de Estado" que ocurren en nuestro país. La sociología de Pareto es contraria a la explicación simplista que atribuye la caída de los Borbones o el

comunismo a la ineptitud de Luis XVI o de Gorbachev respectivamente. Es más razonable suponer que el ejercicio continuado del poder corrompe. Y que el grado de poder y corrupción es proporcional a la duración en los cargos (ORÍA, 1995, 26- 90). Por lo tanto la corrupción es proporcional a la duración del periodo de mandato. Con el tiempo, un creciente número de individuos con sentimientos de Clase I, es decir cínicos y descreídos, llega a la cúspide del poder político de un país, se aferra a sus cargos y tienen una tendencia natural a eternizarse en ellos. Así el sistema político se anquilosa por la excesiva cantidad de zorros y escasa cantidad de leones. Exceso de personajes de Clase I y pocos de Clase II. Si el régimen no tiene sistémicamente incluidos en su seno procedimientos automáticos y arraigados en el corazón del sistema para reclutar elementos de Clase II que sean tan capaces e inteligentes como suelen ser los de Clase I, pero por supuesto más derechos, patrióticos y honestos, ningún régimen puede mantenerse largo tiempo. Establecer la ingeniería social para dinamizar la rotación de las dirigencias es la clave para el éxito de cualquier sistema político. El partido comunista ruso reclutaba en los setentas y los ochentas a sus adherentes en una alta proporción entre los descendientes de los jefes de hace 70 años, líderes de la revolución de 1917, o de la segunda guerra mundial. Estos líderes originales eran sí de Clase II. No en vano habían arriesgado su pellejo en la revolución y en la guerra. Eran también capaces, de lo contrario no hubieran ganado. En este sentido las Guerras tienen añeja la virtud, entre las muchas calamidades que traen, de hacer surgir los auténticos líderes.

Pero si no hay Guerras, solamente la competencia feroz, pero con reglas de juego justas e igualitarias entre las jóvenes generaciones de burócratas seleccionados dentro del universo de la gran masa del pueblo, puede traer elementos de calidad de Clase II al gobierno. Y esta función la cumplen los sistemas educativos y de empleo público similares al japonés, al francés, al inglés o al alemán. Si la clase política argentina realmente quisiera fortalecer las instituciones democráticas y el proceso de desarrollo debería crear un servicio civil del estilo japonés o europeo, aunque ello signifique perder el enorme placer de nombrar a los amigos. Estos sistemas de servicio civil asegurarían que una combinación de individuos al mismo tiempo honestos, y capaces integren e infiltren el Estado. Este sistema de burocracia competente combinado con elecciones democráticas y periódicas, genera una adecuada y paulatina rotación de la dirigencia, provenientes en gran parte del mismo sistema de reclutamiento y promoción de los funcionarios públicos. Este sistema haría imposible las revoluciones y los cambios violentos de equipos gobernantes. Este sistema tan aburrido como eficaz terminaría por institucionalizar y anular al "timo" de que nos hablan Platón y Fukuyama en una cita del texto principal de este estudio, y con ello se llegaría al fin de la convulsionada y desconcertante historia argentina. Entraríamos a ser una "democracia institucional" desarrollada y opulenta ...pero aburrida sin golpes de estado militares, ni civiles como el del 2001.

4.-El caso argentino a la luz de la teoría de Pareto

En resumen ¿Porqué razón concreta el establecer una burocracia civil de mérito hubiera evitado los golpes militares o civiles? La respuesta es la siguiente. Coexistían en el Estado Argentino dos

burocracias hasta 1983, primero la civil de Clase I, hedonística, de naturaleza clientelística y conformada por las distintas capas geológicas de partidos políticos en el poder en años anteriores, y segundo la burocracia militar instituida por el Presidente Sarmiento al fundar el Colegio Militar y la Escuela Naval en el decenio de 1870 y defenestrada por Margaret Thatcher. Esta segunda burocracia era meritocrática y se conformaba a la Clase II de Pareto. Y bien, el sistema de democracia clientelista impulsaba al quedantismo y la no renovación y la no alternancia de las cúpulas políticas que querían conservar para siempre las rentas políticas de los “nombramientos” en juego. Ello llevaba a la corrupción, negociados y fraude electoral explicados anteriormente. La opinión pública entonces despotricaba contra la corrupción y reclama grandes cambios. Y allí irrumpía la Clase II de Pareto para limpiar al Estado y reemplazar a la Clase I: era el golpe militar. Los leones desplazaban a los zorros. Pero el pasaje del tiempo y el poder corrompe también a los leones o los convertía en “hervivoros” como decía Perón acerca de sí mismo. O el poder corrompe como decía lord Acton y el poder absoluto corrompe absolutamente. Vuelta entonces a las elecciones y al clientelismo hasta el próximo golpe. Y así el ciclo se repitió hasta el hartazgo hasta que Margaret Thatcher le puso fin. Incluso ocurrió que ante la zorrificación de los leones militares debido al ejercicio continuado del poder aparecieran los “leones terroristas” de Montoneros y el ERP con propósitos de reemplazo. El punto es que si no estuviesen las rentas de los cargos públicos de favor de por medio, la alternancia, la renovación y el cambio vivificante entre los dos partidos políticos hubiese sido el normal de los países civilizados. Con las enormes rentas del clientelismo en juego en cada elección la sucesión ordenada y la normalidad resulta casi imposible y la corrupción del sistema político inevitable.

APÉNDICE II

BASES PARA UN ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL SERVICIO CIVIL

Al Honorable Congreso de la Nación:

La República Argentina, a diferencia de las naciones más desarrolladas, no presenta una tajante diferencia entre el nivel político del gobierno y el nivel instrumental del Estado. El Estado es considerado en gran medida como el botín de guerra del partido que gana las elecciones, el que procede a llenar los cargos del Estado, incluso los menores, con sus propios militantes. Este sistema de gobierno, que puede denominarse "democracia clientelar", existió en los Estados Unidos y en la mayoría de los países europeos hasta bien entrado el siglo XIX. En los Estados Unidos hacia fines del siglo XIX hubo una reacción contra este sistema al que se denominó "the spoils system" o "sistema del botín". Ocurrió que ante la perspectiva de perder las elecciones que implicaba el riesgo de perder su puesto público de favor, los funcionarios del partido gobernante recurrían a la corrupción para hacerse de un tesoro que les permitiera subsistir en el llano. Así fue que la corrupción en el Estado norteamericano llegó a límites intolerables. Por ello fue que hacia 1883 se sancionó la ley de reforma del servicio civil, también llamada "Pendleton Act", por el nombre del diputado que la propuso. Dado el evidente desgano y resistencia con que los políticos estadounidenses finalmente aprobaron esta ley, resulta conveniente detenerse brevemente en las circunstancias que rodearon su sanción.

El sistema del botín estadounidense descansaba en la idea de que la rotación en la función pública administrativa era 'democrática'. El Presidente Andrew Jackson en 1829 declaró:

"ningún hombre tiene un derecho intrínseco a un cargo público más que otro... los deberes de todos los oficiales públicos son, o al menos debe admitirse que son, hechos tan llanos y simples que hombres de inteligencia común pueden rápidamente calificar para desempeñarlos".

Este juicio del Presidente Jackson era de dudosa validez en 1829, y completamente falso cincuenta o cien años más tarde con la creciente especialización en los conocimientos. El constante cambio en los funcionarios borraba la memoria institucional; los empleados del gobierno eran presa de pánico en cada elección y carecían de lealtad hacia sus funciones y al Estado, porque su estabilidad era excesivamente volátil. Era voz corriente que los funcionarios y empleados públicos después de una elección se parecían a los habitantes del Cairo cuando aparece una plaga: nadie sabía cuán próximo estaba el golpe de la muerte.

Con el transcurso de los años, los defectos de este sistema se hicieron mas evidentes. Los líderes políticos requirieron que la clientela por ellos nombrada dedique tiempo y dinero a los asuntos del partido. Después de cada elección los ganadores eran acosados por famélicos buscadores de cargos públicos y las disputas entre el Presidente y el Congreso con motivo de la clientela partidaria se hizo endémica. En el decenio de 1880, después de una elección, era común abrir un periódico en Washington DC y encontrar avisos como éste:

“Solicito un empleo público con un salario no inferior a 1000 dólares por año. Daré 100 dólares de recompensa a cualquiera que me lo pueda conseguir. “

Los presidentes vivían perseguidos por buscadores de empleo público. Cuando James Garfield asumió la Presidencia se encontró con grandes cantidades de famélicos buscadores de cargos públicos esperándolo ansiosos como buitres dando vueltas alrededor de un bisono herido.

La exagerada ansiedad de los buscadores de empleo público de favor y la corrupción generada por el sistema del botín generó una reacción en la opinión pública que clamaba por un servicio civil profesional. Este movimiento se hizo fuerte en Nueva York hacia 1877, y, aunque adquirió considerable apoyo, los políticos eran muy reacios a adoptarlo. Hasta que ocurrió el asesinato del Presidente Garfield por Charles Guiteau, un buscador de puestos públicos despedido. Fue entonces cuando, en medio de la crisis política resultante, el clamor del popular a favor de una ley moderna de servicio civil no pudo ser ignorado por mas tiempo.

La ley Pendleton clasificó ciertos puestos y los removió del sistema clientelista. Y estableció una Comisión de Servicio Civil para administrar el sistema fundado en el mérito, en lugar de los contactos políticos. La lista de los puestos públicos fuera de la política se fue expandiendo con los años. Este sistema proveyó a Estados Unidos con una burocracia competente y permanente. En 1883 menos de 15.000 puestos estaban clasificados como pertenecientes al servicio civil de mérito. Cuando McKinley asumió la presidencia en 1897 había 86.000, casi la mitad de los empleados del gobierno federal. Hoy en día con excepción de algunos cientos de nombramientos políticos, prácticamente todos los puestos federales son administrados dentro del sistema del servicio civil.

En nuestro medio, el Presidente Sarmiento estableció el Colegio Militar y la Escuela Naval que eliminaron el clientelismo en el ámbito castrense. También en esa época se hizo un gran esfuerzo por eliminar el clientelismo en el ámbito del Ministerio de Educación. Sin embargo, en los demás ministerios y en la justicia, el clientelismo continuó siendo la norma. Ello creó una gran resistencia antirrepublicana para ceder el poder político a un partido opositor, pues ello significaba transferir “el poder de nombrar” y reemplazar los nombramientos del partido en el poder por la clientela alternativa. Por eso fue que hubo

tanta resistencia a la alternancia republicana desde 1890 hasta 1916. La única vía que quedaba a la oposición era llamar a la puerta de los cuarteles, como ocurrió efectivamente en 1890, 1893, y 1905. En 1916, sin embargo, se produjo la primera gran alternancia republicana gracias a la ley Sáenz Peña de 1912. El "sistema del botín" sin embargo continuó operando. Hubo intervenciones en casi todas las provincias para ubicar a la nueva clientela que de esta manera multiplicaba votos a favor del partido gobernante que ahora, paradójicamente, se tornaba tan inexpugnable y tan adverso a la alternancia republicana como el antiguo régimen. En 1922 el oficialismo nominó como candidato presidencial al Dr. Marcelo Torcuato de Alvear, quien no hizo campaña pues se desempeñaba en París como embajador del Presidente Yrigoyen, y se suponía dócil a sus ordenes y a su clientela. Sorprendentemente no fue así. El nuevo Presidente demostró gran independencia. Pero fue reacio a seguir la metodología de exagerar los nombramientos de favor hacia sus propios partidarios para consolidar apoyos incondicionales, y en 1928, en consecuencia, tuvo que devolver el poder a su antiguo benefactor de 1922.

En 1930, 14 años después, el régimen renovador de 1916 agonizaba desprestigiado por las prácticas del sistema del botín, y fue víctima de la metodología del golpe militar. La misma metodología que cuando joven había intentado él mismo para su propio beneficio tantas veces sin éxito desde 1890 en adelante. El nuevo régimen de 1930 a 1943 recurrió en menor proporción al fraude indirecto de los nombramientos partidarios de favor y más al fraude electoral abierto y desembozado para mantenerse en el poder. Finalmente, agotado y desprestigiado por su incapacidad republicana para renovarse por medios legítimos, fue víctima a su vez de un golpe. El mismo gobierno de 1930-1943 que había nacido de un golpe militar, parecía esta vez, también anquilosado e incapaz de renovarse republicanamente, a manos de otro golpe: el del 4 de junio de 1943.

Se originó así una nueva experiencia. El nuevo gobierno se perpetuó decretando el aguinaldo dos meses antes de las elecciones de 1946, dando así una sensación de euforia que determinó su triunfo en las elecciones de febrero de ese año. Este método, dada su naturaleza, sin embargo no podía usarse con exageración de manera que el nuevo gobierno recurrió, además a la exacerbación de los nombramientos de favor, y sobre todo al uso del monopolio estatal de los medios de difusión que lo tornaron invencible en todas las pujas electorales.

En 1949 se sancionó constitucionalmente la posibilidad de la reelección indefinida del Presidente. La Monarquía se imponía por sobre la República. El nuevo régimen rechazaba implícitamente a la forma republicana de gobierno establecida teóricamente en el artículo primero de la Constitución Nacional, pero burlada en la práctica. No quería ni necesitaba formas de sucesión. Pero el poder corrompe y el ejercicio continuado de un poder omnímodo corrompe absolutamente. La Iglesia enfrentó al gobierno. El desgaste del régimen unido a la sobre-valoración cambiaria de 1948-54 que arruinó al sistema de precios y de asignación de los recursos, determinó un crecimiento del PBI per capita nulo en 6 años. Esto

contribuyó al estallido de la caldera, corroída por la economía y la falta de auto-renovación del gobierno: así ocurrió inexorable 12 años después del 43, el nuevo golpe del 16 de septiembre de 1955.

Luego en 1955 y 1973 encontramos 18 años de alta inestabilidad institucional en cuya raíz estuvo preponderantemente el tema del botín de guerra del Estado: como los partidos políticos no se ponían de acuerdo acerca de cómo repartirlo, intervenían las Fuerzas Armadas como mediadoras. En 1973, cuando los partidos políticos, principalmente el justicialismo y el radicalismo, Perón y Balbín, se pusieron de acuerdo, terminó el gobierno militar. Pero aparecieron nuevos actores, sin duda concedores de la falta de ideales superiores en el sistema del botín, y acicateados además por los principios igualitarios del socialismo pro-soviético o pro-cubano dentro del contexto global dado por la guerra fría del comunismo contra el capitalismo. Sobre esas bases buscaron apoderarse del gobierno por la fuerza. Fuerza por fuerza fueron derrotados y se impusieron las tradicionales Fuerzas Armadas nuevamente. Se venía por largos años un ocaso de la democracia. Pero el gobierno militar tuvo inesperadamente una conducción incompetente en lo económico: altísimas tasa de interés libres con garantía estatal de los depósitos bancarios aunadas a una fuerte sobre-valoración del peso que destruyeron la industria y el agro generando además un gran endeudamiento externo con caída del PBI per capita. Ante el desprestigio causado por el fracaso económico, en 1982, el gobierno militar intentó reivindicarse ante la opinión pública con la ocupación de Malvinas. Sin embargo, la derrota de Malvinas a manos de Margaret Tachtcher determinó el ocaso, no de la democracia, sino de los gobiernos militares en la Argentina.

Y el gobierno militar tuvo que llamar a elecciones de apuro sin modificar el sistema del botín. Posiblemente sin darse cuenta siquiera que allí estaba la clave del fracaso de la democracia en la Argentina en el transcurso del siglo XX. Y ganó las elecciones el Dr. Alfonsín, quien se apresuró a enterrar mediante el juicio a las Juntas al muerto político, ya liquidado por Tachtcher, esto es a las Fuerzas Armadas como fuente de poder político en la Argentina. Tuvo la astucia política de limitar los juicios por crímenes de lesa humanidad a los cometidos después del 24 de marzo de 1976. Nunca por los anteriores, para no enemistarse con el justicialismo. Es decir, promovió una "Justicia" con los ojos sin vendar.

El Presidente Alfonsín cumpliendo fielmente con las reglas de juego del sistema que proponemos modificar, nombró partidarios a diestra y siniestra, repartió créditos hipotecarios de favor sin indexar a rajatabla. Sus beneficiados le hicieron soñar con la idea de un tercer movimiento histórico superador del Radicalismo y el Justicialismo que le permitiría modificar la Constitución de 1853-60, para poder ser reelegido. El fuerte aumento del gasto público resultante unido a la pesada carga de la deuda externa contratada por las Juntas Militares, la que fue convalidada en 1987 en lugar de declarársela nula, provocaron la hiperinflación de 1989 que arruinó el sueño reeleccionista. Dicha hiperinflación determinó en aquellos tiempos un gran desprestigio para el Radicalismo, y por reacción, provocó la victoria del Justicialismo en las elecciones presidenciales del 14 de mayo de 1989.

El Presidente Menem, ya electo, como todos, procedió a inflar los cuadros del Estado con afiliados partidarios pero, huérfano de ideas, adoptó primero las del liberalismo del Ing. Alsogaray para luego caer en manos de su mesiánico Ministro de Economía, el Dr. Domingo Cavallo. Este economista logró conjurar la inflación con métodos heterodoxos: sobre-valoración de nuestra moneda, dolarización de los depósitos bancarios y una enorme emisión de deuda pública externa e interna en dólares para financiar un creciente gasto público. En consecuencia, desde 1991 estos métodos fueron sembrando la semilla de la crisis que luego hizo eclosión en el 2001. Pero mientras tanto, en 1994, Menem pudo realizar el tradicional sueño anti-republicano: modificó la Constitución de 1853-60 para permitir su propia reelección. Se verificó así una vez más la tendencia de nuestro sistema político hacia la perpetuación en el poder inducidos por su clientela ansiosa de continuar usufructuando el botín y evitar la sana rotación y renovación republicana. En 1999 Menem estaba pensando en su segunda reelección cuando la devaluación brasileña del 13 de enero lo persuadió de que el esquema de la convertibilidad estaba agotado. Se esperaba un estallido y era necesario evitar las esquirlas de dicha explosión. Por eso en las elecciones presidenciales de 1999 permitió el triunfo del Dr. Fernando de la Rúa, quién ganó con el apoyo de una fracción disidente del justicialismo. El nuevo Presidente no percibió los peligros del estallido económico inminente, y fue derribado a fines de 2001 por las esquirlas del primer golpe no militar del siglo.

La devastadora crisis económica de 2001 y 2002 puso en peligro la existencia misma de la Argentina y una vasta porción de la ciudadanía sindicó al dúo Menem-Cavallo como los principales responsables de la crisis. El Presidente de transición, Eduardo Duhalde, electo por el Congreso, logró finalmente reencauzar la economía con la ayuda del ministro Dr. Lavagna y luego bloqueó la vuelta de Menem. E impuso a un delfín, el Dr. Kirchner como Presidente. Este, como es clásico en la política, apenas llegado al poder, procedió a liberarse de la tutoría de Duhalde, y a fundar su propio liderazgo sobre la base de la continuación de la política económica iniciada en abril de 2002 y del tradicional "sistema del botín", sazonado esta vez con nombramientos abundantes de militantes setentistas.

En el 2006 el gobernador de la provincia de Misiones, Carlos Rovira, intentó modificar la Constitución provincial para habilitar su propia reelección. Pero esta vez se despertó sorprendentemente el viejo y dormido espíritu republicano argentino y el pueblo de Misiones rechazó la reforma. La tendencia republicana parece generalizarse pues en La Rioja y en otras provincias abortaron numerosos proyectos re-eleccionistas.

Está claro de esta exposición de motivos que durante el siglo XX casi todos los presidentes aguijoneados por su clientela partidaria, radicales, conservadores o peronistas, buscaron con excesiva crudeza perpetuarse a si mismos o a su régimen, lo cual es contrario a la forma republicana de gobierno. Casi todos los intentos de perpetuación de un régimen terminaron en gobiernos desprestigiados y

anacrónicos, y, por reacción, causaron los golpes de Estado. Es que el gobierno de una verdadera República es "res publica", es cosa pública, es de todos los ciudadanos, y no propiedad de las clientelas partidarias que ayudan a tomar por asalto al Estado y luego rodean a los presidentes y los incitan a perpetuarse para poder seguir usufructuando del botín.

La solución al enigma argentino se impone pues claramente: eliminar el sistema del botín y el clientelismo partidario para fortalecer las instituciones republicanas y realzar la calidad institucional. En los países civilizados los partidos políticos son órganos esenciales de la democracia y tienen por función proveer solamente los candidatos a los cargos políticos. Pero nunca los cargos administrativos del Estado que deben ser provistos por exámenes y carrera administrativa. Y deben ser no-partidarios, pues el funcionario de carrera debe servir a gobiernos de diferente persuasión política. En otras palabras los partidos políticos no son el instrumento del sistema del botín. En estas condiciones, cuando perder las elecciones no implica perder cien o doscientos mil cargos administrativos de favor sino solamente los de Presidente, sus ministros, secretarios de Estado y subsecretarios, la transferencia del poder se hace elegantemente. Caballerescamente. Sin hecatombes. Se convierte en una verdadera fiesta de la democracia.

En la Argentina todas las transiciones a una facción opositora excepto la de 1916 transcurrieron en medio de verdaderos dramas, convulsiones sociales o revoluciones. Recordar 1930, 1943, 1955, 1962-3, 1967, 1970, 1973, 1976, 1982-3, 1989 y 2001-2. La única transferencia no dramática a un partido opositor aparentemente fue la de Menem a De la Rúa en diciembre de 1999. En realidad fue trágica pues De la Rúa no se dio cuenta que recibía una bomba de tiempo empaquetada, ya que el sistema económico de la convertibilidad llevaba el germen del estallido.

A raíz de las recientes elecciones internas en el partido socialista francés, el partido popular de izquierda en Francia, un país de 60 millones de habitantes, los periódicos publicaron el número total de afiliados de dicho partido. ¿Cuántos afiliados tiene el partido socialista francés? Doscientos dieciséis mil (216000). ¿Cuántos afiliados tienen en nuestro país los partidos justicialista y radical? 3.2 y 2.5 millones respectivamente, en un país que en total tiene 40 millones de habitantes. ¿Como se explica el exceso de afiliaciones en nuestro medio? ¿Será que los argentinos somos más patrióticos y nos preocupamos más por el bien común que los franceses? ¿O será que entre nosotros los partidos políticos no solo son el medio para obtener los cargos electivos, sino también el vehículo para obtener toda clase de ventajas y en particular la renta del cargo público administrativo, lo cual significa una desvirtuación de la democracia y la adopción del sistema del botín? Evidentemente lo segundo es la verdad. En nuestro medio los partidos, órganos esenciales de la democracia, han sido convertidos adicionalmente en maquinarias de asalto al Estado. Para terminar con esta grave corruptela que está en la raíz de nuestra decadencia, proponemos este proyecto de ley de Reforma del Servicio Civil.

Frecuentemente se señala como el gran defecto de la democracia argentina la debilidad de su sistema de partidos políticos. No hay un partido fuerte de oposición, se declama. Tampoco hay un partido orgánico en el gobierno, se responde. La falta de calidad de los partidos políticos esta en la base de nuestra decadencia, se afirma. Pero la calidad de los partidos políticos depende de la calidad de los hombres y mujeres de carne y hueso que los componen. Y en el sistema clientelista la gente que se dedica a la política tiene necesariamente que ser, en alta proporción, de baja calidad. No se le pueden pedir peras al olmo. Al respecto Max Weber, afirmaba que frente a la utilización del Estado para extraer ventajas o como botín de guerra, en los tiempos antiguos,

se sitúa ahora el funcionarismo moderno en un cuerpo de trabajadores intelectuales altamente calificados y capacitados profesionalmente por medio de un prolongado entrenamiento especializado, con un honor de cuerpo altamente desarrollado en interés de la integridad, sin el cual gravitaría sobre nosotros el peligro de una terrible corrupción o de una mediocridad vulgar, que amenazaría al propio tiempo el funcionamiento puramente técnico del aparato estatal, cuya importancia, mayormente con una socialización creciente, ha ido aumentando sin cesar y seguirá haciéndolo ²⁴

Está claro entonces que la mediocridad, vulgaridad y corrupción de nuestro sistema político, en opinión de Max Weber, tiene su origen en el sistema clientelista de nombramientos en el Estado. Por en contrario, con el sistema que proponemos, los nombramientos en el Estado serán de buena calidad. Con el paso del tiempo esos funcionarios de jubilarán. Y como buena parte de esos ex funcionarios públicos de carrera de alto nivel se dedicarán a la política, se produciría así una mejora decisiva en los partidos. Esto es lo que ocurre típicamente en países como Francia y Japón, donde mas de un tercio de los políticos son ex funcionarios de carrera retirados.

Consideramos que el establecimiento de exámenes de ingreso en el peldaño más bajo del escalafón respectivo para los futuros integrantes del servicio civil será una señal fuerte para la juventud argentina toda revalorice el estudio como un instrumento esencial para el empleo y avanzar en sus vidas. Es sabido que el empleo publico provee alrededor de un tercio de los puestos de trabajo en la mayoría de los países. Y que además en la sociedad moderna del conocimiento, el Estado mismo debe tomar el liderazgo y dar el ejemplo premiando con sus propios puestos de trabajo a los que más saben. Esto tiene un importante efecto de contagio que realza el nivel cognitivo de toda la sociedad, favorece a la educación y a la acumulación de capital humano y por ende al desarrollo económico.

Por otra parte, la presencia de funcionarios de carrera en el Estado que van ascendiendo a lo largo de 30 años, favorece la memoria administrativa y la consecución de las políticas de Estado permanentes.

²⁴ Weber Max, Economía y Sociedad, FCE, Mexico, 1964. Pag. 1068.

Se evita además la constante repetición de errores en las políticas públicas. Un ejemplo típico de error en la política económica que se repitió 3 veces en 50 años ha sido la sobre-valoración cambiaria que ocurrió en 1948-54, en 1978-81 y en 1991-2001. Si los jóvenes funcionarios profesionales del ministerio económico de los tempranos años cincuentas, hubieran sido los directores generales de los setentas, el error de la sobre-valoración cambiaria de Martínez de Hoz se hubiese evitado. Y si los jóvenes funcionarios profesionales de los setentas hubiesen sido los directores generales de los noventas, la sobre-valoración cambiaria de Menem-Cavallo también hubiese encontrado graves reparos en esos memoriosos directores. Pero al no haber verdadera carrera administrativa nadie dentro del Estado se acuerda de los pasados errores y estos se repiten inexorablemente.

No solamente la memoria y la consistencia y continuidad de las políticas de Estado resulta favorecida por la presencia de funcionarios de carrera. La corrupción se hace más difícil con funcionarios que programan sus vidas en función de una larga carrera. Se dice que las acciones de los seres humanos están impregnadas de mas moralidad cuando más se piensa en el largo plazo. El joven funcionario que desea llegar a ser director general dentro de 25 años se cuidará mucho de entrar en un acto que pueda ser sospechado de corrupción ahora pues ello manchará su reputación y le cortará los ascensos en el largo plazo. En el límite, los 10 mandamientos de la ley que Dios entregó a Moisés, premian al hombre justo con la recompensa del cielo por la eternidad. Plazo mas largo, imposible. Por otra parte, la estructura piramidal de las jerarquías de la administración publica implica que son pocos los funcionarios que dentro de cada ministerio alcanzan los mas altos niveles. Esta circunstancia crea un control recíproco en contra de la corrupción porque genera competencia entre los funcionarios y por lo tanto vigilancia recíproca de unos a otros. Por encima de lo anterior, si el corrupto es el Ministro, o el Secretario de Estado, o un Subsecretario político, éste verá dificultada su acción, porque para implementar sus actos de corrupción deberá valerse de la cooperación de funcionarios de carrera que él no nombró, y que por consiguiente no tienen un sentimiento de gratitud hacia el corrupto, ni por lo tanto querrán involucrarse gratuitamente en actos que los comprometen y manchan.

Aunque inicialmente la implementación de un sistema de idoneidad puede implicar el aumento del gasto publico, en el mediano y largo plazo genera un gran ahorro pues elimina el endémico vicio de la política argentina de los nombramientos de favor, que son los mas caros para el erario público, y los mas perniciosos para la eficiencia del Estado. En realidad el sistema de exámenes e idoneidad resulta a la larga ser el dique más fuerte para la contención del gasto público y la inflación.

La presencia de un cuerpo idóneo de funcionarios carrera en los distintos ministerios facilita enormemente la tarea del verdadero político de raza, porque tendrá disponible un conjunto de opciones y cursos de acción consistentes con las que podrá lucirse ante la opinión al mostrar un país que funciona.

Un Estado compuesto por funcionarios competentes es un formidable instrumento de gobierno para los políticos genuinamente interesados en el bien común.

La Argentina es uno de los países del mundo donde se observa uno de los más bajos índices de acatamiento a la ley. Esto se debe a que el Estado mismo es en realidad la ley. Y el público lo ve como un conjunto de individuos aprovechadores que tratan de saquear el botín, antes que como promotores del bien común. El desprestigio de la ley se confunde con el desprestigio del Estado. Y el Estado Argentino está desprestigiado porque sus funcionarios, casi todos provenientes de nombramientos políticos de favor, están desprestigiados. Distinto sería el caso si el público supiera que los cargos públicos se adjudican imparcialmente a los más capaces. Ello implicaría respeto al Estado y respeto también a la ley.

El establecimiento de la Cámara Nacional de la Idoneidad (CNI) en el ámbito del poder judicial se justifica en nuestro país pues debe asegurarse la más absoluta imparcialidad en los exámenes de ingreso y en la carrera del personal, y muy especialmente por la necesidad de romper drásticamente con la larga tradición del "sistema del botín" tan arraigado en nuestras prácticas políticas antirrepublicanas de más de un siglo. Ello no significa avanzar sobre las verdaderas atribuciones constitucionales de nombrar del Presidente de la República y del Jefe de Gabinete, sino simplemente que el presidente debe nombrar a personas idóneas como reza el artículo 16 de la Constitución Nacional. Solo que el control sobre la idoneidad se pone en manos de un tribunal especializado en la materia. Todo ello sin menoscabo de la autoridad del Presidente de trasladar, calificar y remover a los funcionarios, siempre con recurso ante la CNI.

La prohibición de la actividad política por parte de los funcionarios carrera que contiene el proyecto de ley se justifica porque a lo largo de una carrera administrativa, en un sistema político verdaderamente republicano, es decir con alternancia de distintos partidos en el poder, los funcionarios deben servir a ministros de diferentes persuasiones políticas. Además, en nuestro medio se requiere cortar de cuajo las arraigadas prácticas ruinosas del "sistema del botín" vigentes, lo cual requiere medidas drásticas. Sin embargo, como el hombre es en definitiva un "animal político" y no se puede ir siempre contra las tendencias de la naturaleza, la misma ley estimula la descarga de esos instintos políticos de los funcionarios, pero luego de retirados de la función pública.

Va de suyo que el Presidente debe tener siempre la facultad más amplia de nombrar los Ministros, Secretarios de Estado y Subsecretarios de su personal preferencia, sin cortapisas. Para estos nombramientos importantes existe siempre el control de la opinión pública y en definitiva el del pueblo soberano que va a juzgar la gestión del Presidente y su partido en elecciones libres. Pero las elecciones serán verdaderamente libres si el pueblo solamente juzga la obra de gobierno o los planes de la oposición y la confrontación de ideas al respecto. Sin embargo, las elecciones serán sesgadas a favor de quien detenta

el poder si existen presiones directas e indirectas a Gobernadores de provincia o a Intendentes dependientes del manejo arbitrario de “la caja” del gobierno nacional. Estos se vuelcan fácilmente a la causa del Presidente incumbente, originando transferencias entre partidos políticos que desnaturalizan completamente el sistema, permitiendo así un continuismo malsano que es lo opuesto de la alternancia republicana. Las elecciones realizadas en estas condiciones terminan generando ilegitimidad y por consiguiente, inestabilidad institucional. Por el contrario, el Estado fundado en el mérito y la idoneidad hace imposible el manejo arbitrario de “la caja” y en consecuencia genera calidad institucional, favorece el desarrollo económico, otorga opciones al pueblo y permite la alternancia republicana.

Ante la lectura de este proyecto de ley, la mayoría de los entendidos lo aprueba entusiastamente. Pero algunos señalan su falta de realismo por la imposibilidad de lograr la aprobación de las cámaras legislativas dado que atenta contra los privilegios de la estructura que detenta el poder. Al respecto debe señalarse que la experiencia histórica de otros países indica que este tipo de leyes transformadoras solamente pueden ser aprobadas en medio de una gran crisis política o económica. Solamente en esos momentos las instituciones se tornan maleables, como los metales a altas temperaturas. Precisamente por ello es necesario tenerlas listas y estudiadas para hacerlas aprobar cuando lleguen inexorablemente, tarde o temprano, esos momentos decisivos.

Cabe destacar que en su reciente fallo en el caso “Madorran, Marta Cristina contra Administración Nacional de Aduanas” del 3 de mayo de 2007, nuestra Corte Suprema estableció importante doctrina sobre el empleo público y su estabilidad y el proyecto de ley que proponemos respeta esos principios. La Corte estableció en este fallo que un empleado público no puede ser cesanteado “ad libitum” por la administración pública previo pago de una indemnización como ocurre en los empleos privados. En el régimen de empleo público es necesario un sumario previo que pruebe la existencia de causales válidas de cesantía. La Corte hizo referencia a las palabras del convencional Horacio Peña en el diario de sesiones de la Convención Constituyente de 1957 donde se dijo textualmente que

“Siempre el empleado público ha estado sujeto a las cesantías en masa en ocasión de los cambios de gobierno. Ahora ya no podrá ningún partido político que conquiste el gobierno disponer de los puestos administrativos como botín de guerra. Entendemos que este principio constitucional entrará a regir simultáneamente con la vigencia de las reformas y en adelante ningún empleado público podrá ser dejado cesante sin causa justificada y sin previo sumario administrativo”.

Al consagrar el carácter operativo y fuerte de la cláusula constitucional del artículo 14 bis que establece “la estabilidad del empleado público”, la Corte aclaró que

“dicha estabilidad a su turno, concuerda con el Art. 16 de la Constitución Nacional dado que, si ha sido respetada, como es debido, la condición de idoneidad que exige esta cláusula para la admisibilidad en los empleos, es razonable pensar que el propio Estado estará interesado en continuar teniendo a su disposición un agente salvo que, si de su conducta se trata, medien razones justificadas de cese”.

Este proyecto de ley tiende precisamente a asegurar el respeto riguroso a la condición constitucional de la idoneidad.

EL SENADO Y LA CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION ARGENTINA REUNIDOS EN CONGRESO SANCIONAN CON FUERZA DE LEY

Artículo 1.-Créase la Cámara Nacional de la Idoneidad (CNI) en el ámbito del Poder Judicial Federal con el objetivo de dar cumplimiento al artículo 16 de la Constitución Nacional que exige idoneidad en los nombramientos y promoción de funcionarios y empleados públicos. La CNI estará compuesta por 12 jueces y se dividirá en salas con especialización en los temas de los distintos ministerios y dependencias del Poder Ejecutivo Nacional. Los jueces serán designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura. Serán personas de reconocido prestigio y de gran autoridad moral por su anterior brillante desempeño en la administración pública, en la academia, o en funciones ejecutivas de administración de personal de carácter público como privadas. No habrá límites de edad, pero los camaristas deberán presentar al tiempo de su nombramiento y cada dos años un certificado médico suscripto por tres facultativos independientes de prestigio que confirmen su aptitud física y mental para el desempeño en estos cargos estratégicos para el bien de la República.

Artículo 2.-A partir de de la promulgación de esta ley, el Poder Ejecutivo solo podrá nombrar funcionarios y empleados públicos en el grado mas bajo del respectivo escalafón. Todos los nuevos funcionarios y empleados deberán tener un previo certificado de idoneidad para el cargo específico (CIPE) expedido por la CNI. Este requisito se aplicará también a los nuevos funcionarios y empleados del Poder Judicial. El presente régimen no se aplica a la designación de profesores de las universidades nacionales, las que se registrarán por el sistema de concursos públicos y abiertos que establezcan sus respectivos estatutos.

Artículo 3.-Habrá dos escalafones en la administración pública nacional: el profesional y el no profesional. Una vez iniciada la carrera en un escalafón no será posible transferirse al otro, excepto en caso de previa obtención de un nuevo CIPE emitido por la CNI para el nuevo escalafón. El desempeño de los funcionarios y empleados del sistema nacional de idoneidad (SNI) es de dedicación exclusiva y es incompatible con segundos o terceros empleos, incluso la docencia.

Artículo 4.- En el mes de febrero de cada año, la CNI solicitará a cada Ministro del Poder Ejecutivo Nacional una estimación de las necesidades de personal profesional y no profesional del ministerio respectivo, incluidos los organismos descentralizados. En los sucesivos meses del año, la CNI invitará públicamente a los jóvenes de ambos sexos argentinos nativos con dos años de ejercicio de la ciudadanía por lo menos, con vocación por la función pública y el bien común, a presentar exámenes de ingreso profesionales y no profesionales en el ministerio de su preferencia. Los exámenes serán impersonales, objetivos y asegurarán la igualdad de tratamiento de todos los postulantes, sin discriminación por sexo, raza, religión, u origen geográfico. En ellos solamente valdrán los conocimientos, la aptitud para resolver problemas prácticos por parte del aspirante y la ausencia de tachas morales y antecedentes penales por parte del mismo. La obtención del CIPE no implica el automático ingreso a la función pública, sino solamente el cumplimiento del requisito constitucional de la idoneidad. El nombramiento efectivo estará sujeto además a los requisitos y condiciones de la ley marco de regulación del empleo público nacional N° 25164, la que continuará vigente y solamente se considera derogada en todo lo que se oponga a la presente. Queda autorizada la CNI para publicar con carácter obligatorio un consolidado de todas las normas que rijan el empleo público.

Artículo 5.- El escalafón para profesionales estará compuesto de 10 grados, de menor a mayor, a saber: oficial de tercera, oficial de segunda y oficial de primera. Luego secretario de segunda y secretario de primera. Finalmente subdirector, director e inspector, que será el de mayor jerarquía. La jerarquía de los funcionarios estará dada por el grado, o por el cargo. Los cargos de Director general o Director nacional de cada ministerio solo podrán ser cubiertos por funcionarios que posean los grados de director o inspector. El Ministro del ramo o las entidades autárquicas o descentralizadas elegirán un funcionario de carrera que ya posea el grado de inspector por lo menos con dos años de antigüedad y lo investirán con el cargo de subsecretario administrativo del ministerio con mando sobre todo el personal del mismo en los aspectos administrativos y de organización e idoneidad a que se refiere esta ley. El tiempo normal de desempeño en cada grado será de tres años y el mínimo será de 2 años. La experiencia temporal del desempeño en los distintos grados y la carrera administrativa se considera un componente esencial de la idoneidad. Toda elusión del CIPE y todo salteamiento de grados en la carrera administrativa, o siquiera el intento hacerlo, o de evitar tiempos mínimos de permanencia en ellos por parte de un funcionario se considerará un atentado contra el principio de la idoneidad y tanto el funcionario que se beneficie con ello y los que lo promuevan o consientan quedarán todos incurso en el delito de incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos y/o asociación ilícita. Corresponderá a la CNI labrar los correspondientes sumarios para el juzgamiento del caso en juicio oral y público por la justicia penal federal. Si los involucrados en el delito fueran Ministros o funcionarios políticos la CNI hará además la denuncia en la Cámara de Diputados para la promoción del correspondiente juicio político.

Artículo 6.-El Presidente de la República en su carácter de Jefe Supremo de la Nación designará "ad libitum" sus Ministros, Secretarios de Estado y Subsecretarios de Estado de acuerdo a las prescripciones y facultades que le confiere la Constitución Nacional. En tal caso, dada la amplia resonancia pública de tales designaciones, el juicio y control sobre la idoneidad de los nombrados y la efectividad de su desempeño corresponde a la opinión pública y repercutirá en definitiva sobre el propio Presidente y su partido por la vía del pueblo soberano en las elecciones periódicas previstas en la Constitución Nacional y las leyes electorales. Cada Ministro, Secretario o Subsecretario tendrá derecho a designar hasta dos asesores de gabinete fuera del SNI, los que cesarán en sus funciones con la cesación en el cargo del funcionario político que los nombró. El personal contratado temporario no podrá exceder del uno por mil del total de agentes del ministerio respectivo, ni más del uno por mil del total del presupuesto del mismo. En caso de superación de estos índices se aplicarán a los que autorizaren, nombraren o contrataren en nombre del Estado las responsabilidades penales establecidas en el artículo anterior.

Artículo 7.-La CNI llevará los legajos de los funcionarios y empleados públicos y podrá dictar normas generales de cumplimiento obligatorio sobre el escalafonamiento, grados, evaluación del desempeño y recursos y procedimientos ante sí misma. Estas normas serán válidas y de cumplimiento obligatorio tanto para el cuerpo profesional, como para los no profesionales. Entenderá como tribunal colegiado dividido en salas en los todos los casos denuncias por violación del CIPE y especialmente los recursos sobre las evaluaciones, sanciones, cesantías y exoneraciones de todos los funcionarios y empleados incluidos en este sistema nacional de idoneidad (SNI). Actuará con carácter de tribunal especializado de última y única instancia. En el dictado de dichas normas y en la consideración de los recursos, la CNI tendrá en cuenta ocho principios de comportamiento y conducta a seguir por los funcionarios públicos y empleados incluidos en el SNI, a saber: imparcialidad, integridad, honestidad, objetividad, practicidad patriotismo, contracción al trabajo y presentismo.

Artículo 8.-El principio de imparcialidad significa que el funcionario o empleado deberá actuar solamente sobre los meritos del caso y deberá servir con igual dedicación buena fe y patriotismo al Presidente y sus Ministros, cualquiera sea el partido político que gobierne, aunque sea de diferente persuasión o convicción política que la del funcionario o empleado. Incluso deberá esmerarse especialmente por comprender y ejecutar correctamente los puntos de vista del Presidente y sus Ministros precisamente cuando no coincidan con sus opiniones personales. El funcionario hará de este punto una cuestión de honor. Sin embargo por un deber de lealtad y como una contribución al país y al buen gobierno, tendrá la obligación de hacer saber esas opiniones a sus superiores, cuando se trate de temas gravitantes. Para asegurar su imparcialidad el funcionario o empleado siempre deberá descargar sus responsabilidades de manera justa y equitativa y reflejando el objetivo del servicio civil de favorecer la igualdad y la diversidad. Deberá actuar de manera tal de merecer y retener la confianza de su Ministro mientras que el mismo tiempo asegurar que será capaz de establecer la misma relación con aquellos

Ministros que tenga que servir bajo un futuro gobierno de distinto signo político. Para asegurar esa imparcialidad y no dañar la posibilidad de servir igualmente bien a gobiernos de diferentes partidos políticos en sucesivos períodos, los funcionarios o empleados no podrán estar afiliados a ningún partido político y tendrán prohibida la actividad partidaria bajo pena de cesantía. En ningún caso el funcionario o empleado deberá actuar de manera que injustificadamente favorezca o discrimine contra individuos o intereses particulares. Deberá abstenerse de actuar en interés de un partido o usar los recursos del Estado para propósitos de política partidaria. En particular, evitará que sus puntos de vista políticos determinen sus asesoramientos o sus acciones.

Artículo 9.- El principio de integridad significa que los funcionarios o empleados pondrán las obligaciones del servicio público por encima de sus propios intereses personales. En particular los funcionarios o empleados deberán llenar responsablemente sus deberes y obligaciones. Deberán actuar profesionalmente y de manera tal que merezcan y retengan la confianza de todos aquellos con los que tratan. Cuidarán que los dineros públicos y los recursos a su cargo sean usados con propiedad y eficiencia. Tratarán al público y sus asuntos con justicia, eficiencia, rapidez, efectividad y sensibilidad, poniendo siempre lo mejor de su talento. Deberán manejar la información a su disposición de la manera más abierta posible dentro de las prescripciones legales. Deberán cumplir con la ley y facilitar la administración de justicia. Los funcionarios o empleados no harán uso de la información disponible durante el ejercicio de sus funciones oficiales para promover sus propios intereses o negocios personales, o los de otras personas. Tampoco aceptarán regalos, hospitalidad u otros beneficios de cualquiera que razonablemente puedan ser considerados como comprometedores de su criterio o integridad. Tampoco darán a conocer información oficial sin autorización. Este deber continuará vigente aunque el funcionario o empleado termine sus funciones en el servicio civil.

Artículo 10.- El principio de honestidad significa que los funcionarios y empleados deben ser veraces y francos y llegado el caso, tienen el derecho de hacer conocer su punto de vista a sus superiores sobre las medidas u ordenes que le toque implementar, cuando estuviere en juego el interés nacional. Deben establecer en verdad los hechos y problemas, y corregir los errores tan pronto como sea posible. Usar los recursos solamente para los propósitos públicos para los cuales están autorizados. Nunca deben engañar o inducir a error a sabiendas a los Ministros y otras autoridades. Tampoco deben dejarse presionar por otros o por la perspectiva de una ganancia personal. Y además declarar bajo juramento su situación patrimonial al tiempo de su ingreso al SNI y sus modificaciones ulteriores.

Artículo 11.- El principio de la objetividad obliga a los funcionarios y empleados a brindar su asesoramiento y tomar sus decisiones sobre la base de un análisis riguroso de la evidencia y además, presentar con precisión las opciones y los hechos. Los obliga también a tomar las decisiones sobre la base

de los meritos del caso y a tener cuenta debida de las opiniones de los expertos y del asesoramiento profesional.

Artículo 12.- El principio de la practicidad obliga a los funcionarios a resolver los problemas de la gente de manera realista y económica, evitando la generación inútil de papeles, demoras innecesarias y tramites interminables. Los funcionarios evitaran la constante remisión de los expedientes a otros para librarse de ellos, demorar las decisiones, o simplemente no resolverlos. Si un problema no tiene solución dentro de su jurisdicción debe comunicárselo prontamente al interesado.

Artículo 13. -El principio del patriotismo obliga los funcionarios a tener en cuenta y defender el interés nacional en todas sus decisiones. El buen funcionario debe sentir la patria en sus venas y emocionarse con sus símbolos, su bandera, su himno, su historia, sus regiones, su unidad y su integridad territorial. Significa tratar el caso de manera tal que quede un máximo de beneficio para la comunidad nacional, esto es para los residentes permanentes en el territorio nacional, especialmente en todo lo que sea explotación de recursos naturales. Si los oferentes en una licitación por ejemplo ofrecen similares condiciones de precio y calidad pero uno utiliza mas materias primas nacionales o mas personal argentino en su empresa, o es residente en el país, debe preferirse a éste último. En particular los funcionarios deben evitar contratos que establezcan la jurisdicción extranjera en violación a los principios que surgen de la Constitución Nacional, y evitar también en lo posible el endeudamiento externo, salvo para una causa de claro de interés del país. La defensa del interés nacional debe tener en cuenta los objetivos del desarrollo de largo plazo del pueblo argentino, tener bases prácticas y ser eminentemente racional. Se debe favorecer la paz, la cooperación y el comercio con todas las naciones, y particularmente con las vecinas. No se debe confundir la sana defensa de los intereses nacionales con la xenofobia.

Artículo 14.-El principio de contracción al trabajo se refiere a la cantidad y calidad de trabajo brindado por el funcionario al Estado, medido por la cantidad de expedientes resueltos correctamente, decisiones administrativas tomadas, análisis realizados, dictámenes, etc , todo ello medido de manera diferente según la naturaleza del trabajo y la profesión del funcionario o empleado.

Artículo 15.-El principio de presentismo se refiere a la obligación del funcionario y empleado de estar en su puesto de trabajo en los horarios establecidos permanentemente, y hacer un uso prudente y no abusivo de las licencias a que tenga derecho.

Artículo 16.-Los distintos ministerios y dependencias del Poder Ejecutivo Nacional, podrán establecer principios adicionales a los ocho anteriores para el comportamiento de sus funcionarios o empleados según las necesidades y la naturaleza y funciones de cada uno, y la CNI los deberá tener en cuenta en la resolución de los recursos planteados ante ella.

Artículo 17.-A los efectos de descargar sus funciones la CNI tendrá amplias facultades de contratar por tiempo determinado profesionales de reconocido prestigio en administración y evaluación de personal, abogados, ingenieros, médicos, economistas, arquitectos y otras profesiones preferentemente entre sectores los académicos a los efectos de la organización y diseño de los sistemas de examen y entrevistas con los candidatos. Los sistemas de exámenes y entrevistas duraran por lo menos un mes. La CNI podrá también recurrir al asesoramiento de expertos extranjeros provenientes de países que cuenten con sistemas modelo de burocracia estatal eficiente. El presupuesto de la CNI será igual al uno por ciento de la recaudación tributaria total del gobierno nacional. A medida que se vaya completando el SNI deberán disminuir las partidas presupuestarias relativas a la administración de personal de los ministerios y dependencias del gobierno nacional.

Artículo 18.-Los sueldos y la estructura salarial del personal encuadrado en el SNI serán iguales a los de la justicia federal. Un inspector ganará el mismo sueldo que un camarista y un director el mismo que un juez federal. Solamente los empleados y funcionarios nombrados que hayan obtenido el CIPE y formen parte del SNI, y por lo tanto cumplan el requisito de la idoneidad requerido por el artículo 16 de la Constitución Nacional están amparados por la garantía constitucional de la estabilidad del empleo público. Los funcionarios y empleados del Estado Nacional que se encuentren prestando servicios al tiempo de la promulgación de esta ley y que por lo tanto no posean el CIPE, estarán amparados por el régimen de estabilidad laboral del sector privado. Sin embargo, solo podrán cesanteados previa investigación administrativa que determine su falta de idoneidad. El monto de las indemnizaciones, si correspondieren, será el que se asigna al sector privado, sin perjuicio de sus responsabilidades y deberes como funcionarios públicos.

Artículo 19.-Los funcionarios y empleados del Estado Nacional que se encuentren prestando servicios al tiempo de la promulgación de esta ley, podrán presentarse al sistema de exámenes y entrevistas a los efectos de obtener el CIPE y pasar a integrar el SNI. Si están afiliados aun partido político deberán presentar previamente la renuncia por escrito al mismo, la que deberá ser aceptada expresamente también por escrito y además el afiliado deberá ser borrado de las listas oficiales del partido registradas ante la justicia electoral. En los casos de funcionarios y empleados que se encuentren prestando servicios al tiempo de la promulgación de esta ley, al evaluar los candidatos, la CNI tendrá también subsidiariamente en cuenta los méritos y la cantidad y calidad de trabajos realizados por el funcionario o empleado con motivo de su anterior desempeño en la función pública y las evaluaciones anuales obtenidas hasta el momento. Según los meritos y los años de servicio, la CNI fijará el nuevo grado del funcionario o empleado, el que el no podrá ser mayor que el equivalente al obtenido bajo el régimen anterior.

Artículo 20.-El régimen de promociones para funcionarios del SNI se funda en el mérito y la competitividad de manera tal de asegurar que los funcionarios más probos y eficientes alcancen las mas altas jerarquías en el sistema. Cuando un funcionario de menor antigüedad en el SNI es ascendido y puesto como jefe de otro de mayor antigüedad, este último deberá retirarse del SNI, o ser transferido por convenio a otro ministerio o dependencia, sin perjuicio de los recursos a que hubiere lugar ante la CNI que actuará expeditivamente como tribunal de única instancia inspirándose en los ocho principios antes expuestos. El veredicto de la CNI se tendrá como definitivo e inapelable.

Artículo 21.-El régimen jubilaciones y de pensiones de los funcionarios y empleados incluidos en el SNI será igual al del Poder Judicial. Los funcionarios del SNI de nivel profesional, podrán optar por la jubilación anticipada no bien cumplan 30 años de servicio efectivo como miembros del SNI y superen los 55 años de edad. En este caso el monto de la jubilación disminuirá en un 2% por cada año anticipado. Los funcionarios y empleados retirados o jubilados del SNI o de cualquier otro sistema de retiros del Estado Nacional podrán dedicarse libremente a la actividad política partidaria, afiliarse a los distintos partidos y ejercer sus derechos ciudadanos de crítica y oposición sin limitación alguna, sin que ello pueda implicarles molestia o menoscabo alguno en sus derechos de retiro, jubilación o pensión. El Estado considera que los ex funcionarios o empleados que durante los años de servicio activo tenían vedada la actividad política partidaria estarán a partir de su retiro en condiciones óptimas de aportar su valiosa experiencia para el mejoramiento del propio Estado y del bien común, y por lo tanto alienta esta participación como política de Estado.

Artículo 22.-La CNI llevará de manera computarizada y actualizada el legajo central de todos los agentes incorporados al SNI en el que constarán todos los antecedentes de su actuación, sin exclusión alguna, y del cual podrá solicitar vista el interesado. Anualmente los funcionarios y empleados serán evaluados por sus jefes en la administración pública con las calificaciones alternativas de Sobresaliente, Excelente, Bueno, Satisface Apenas o No Satisface. Solamente el 15% de los funcionarios podrá obtener la calificación de sobresaliente, 15% la de excelente, 40% la de bueno, 20% la de satisface apenas y 10% no satisface. Los funcionarios y empleados que durante tres años consecutivos obtengan No Satisface serán apartados del servicio civil. Los funcionarios y empleados podrán apelar su calificación ante la CNI, la que resolverá sumariamente y en única instancia. La CNI podrá resolver el pase del funcionario o empleado a otro ministerio o dependencia. Los funcionarios podrán pedir el pase a otro servicio dentro del ministerio o a otro ministerio o dependencia. Las calificaciones no podrán ser efectuadas mas de tres veces en la carrera de un funcionario por el mismo jefe. Los servicios certificados por las distintas dependencias serán acumulados de modo la CNI pueda expedir la certificación final para iniciar los trámites jubilatorios del agente.

Artículo 23.-El Poder Ejecutivo dictará una nueva reglamentación del Sistema Nacional de Profesión Administrativa para adaptarlo al escalafón y demás las condiciones previstas en la presente ley. Además el Poder Ejecutivo fomentará el pase gradual de la mayor cantidad posible de personal del Estado existente en la actualidad al sistema del SNI conforme al artículo 19 de esta ley, siempre sobre la premisa de que dicho personal apruebe previamente los exámenes del CIPE que organizará la CNI y acepte su nuevo grado. Toda reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo sobre la materia del empleo público deberá referirse a aspectos instrumentales. El Poder Ejecutivo no podrá legislar o dictar decretos de necesidad y urgencia sobre el sistema de empleo público por considerarse que la materia afecta vitalmente al régimen electoral y republicano de alternancia democrática.

Artículo 24.-Comuníquese al Poder Ejecutivo

HISTORIA DE UNA ALDEA FAMOSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por Sara Lidia Feldstein de Cárdenas

RESUMEN

En este trabajo, abordaremos una de las cuestiones célebres de la Parte General del Derecho Internacional Privado, el fraude a la ley.

Para ello, analizaremos el Sistema de Derecho Internacional Privado Argentino, en particular, las normas pertinentes del Código Civil, a la luz de la doctrina más prestigiosa nacional y extranjera, y de la jurisprudencia.

Finalmente, expondré mis reflexiones acerca de tan interesante cuestión.

PALABRAS CLAVE

FRAUDE A LA LEY – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – MATRIMONIO

HISTORY OF A FAMOUS VILLAGE IN THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW

By Sara Lidia Feldstein de Cárdenas

SUMMARY

In this work, we will approach one of the celebrated questions of the General Part of the Private International Law, the fraud to the law.

For it, we will analyze the System of Argentinean Private International Law, in particular, the pertinent norms of the Civil Code, by the light of the national and foreign prestigious doctrine, and of the jurisprudence.

Finally, I will expose my reflections about so interesting question.

KEY WORDS

FRAUD TO THE LAW - PRIVATE INTERNATIONAL LAW - MARRIAGE

HISTORIA DE UNA ALDEA FAMOSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por Sara Lidia Feldstein de Cárdenas*

I. INTRODUCCIÓN

Antes de abordar la temática central, convendría significar, siquiera a vuelapluma dos cosas, la primera que este trabajo no tiene pretensiones de exhaustividad y la otra, que su finalidad es procurar repensar acerca de algunas cuestiones que han hecho su historia en el derecho internacional privado argentino, en la que debido a interpretaciones doctrinarias como jurisprudenciales perjudiciales se inclinaron por forzar la literalidad de las normas.

La noción de fraude a la ley, requiere de la concurrencia del factor objetivo y del subjetivo, del elemento material y del intencional, o lo que es lo mismo, del *corpus* y del *animus* (BIOCCA, CÁRDENAS, BASZ, 2003, 184). De modo que deben coetáneamente conjugarse por un lado, la efectiva realización de actos aisladamente válidos pero que en su conjunto, llevan a un resultado absolutamente prohibido por la ley y por el otro, la intención, el deliberado propósito, casi caprichoso del agente o de los agentes, de sustraerse a la norma que les veda hacerlos.

Precisamente, se trata de una de las excepciones que padece la aplicación del derecho extranjero, cuya noción encierra según veo, la deliberada voluntad de transgredir los límites imperativos o prohibitivos fijados por la ley mediante la realización de ciertos actos que aisladamente son lícitos pero que en su conjunto son ilícitos. Con este impedimento la imaginación ha sido puesta a prueba, por una parte la de los legisladores que se esfuerzan por intentar la sanción de estas conductas sujetándolas a la ley que se ha pretendido evadir y por la otra, la de los fraudulentos, quienes de manera más compleja, más sofisticada, buscan incesantemente la forma de escapar de los corsets impuestos por las leyes que les son desfavorables a sus conveniencias.

Por tales razones, y otras que no vienen al caso señalar en la presente ocasión, los legisladores se han preocupado desde siempre por desbaratar el fraude, por impedirlo, por sancionarlo. Y en tal entendimiento, han pensado que al que lo ha cometido se le aplicará la ley que ha pretendido burlar, evadir y perderán efecto, serán susceptibles de invalidez, de nulidad ciertamente, no ya todos y cada uno de los actos empleados como medios para alcanzar aquel objetivo, sino solamente aquellos que son su resultado.

* Doctora por la Universidad de Buenos Aires/ Área Derecho Internacional Privado - Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, UBA - Profesora del Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA - Directora del Programa de Actualización en Derecho de los Negocios Internacionales y Comercial Contemporáneo y de la Maestría en Derecho Internacional Privado - Miembro permanente y miembro del Consejo Asesor del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" - Directora del Proyecto UBACyT Código D811: "ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN ESPACIOS INTEGRADOS (EN PARTICULAR EN EL MERCOSUR), desde el 1° de enero de 2006. Autora de diversas obras nacionales e internacionales en libros, capítulos de libros, artículos, etcétera.

Se trata de una suerte de sofisticada modalidad lúdica que juegan agentes entre dos o más ordenamientos jurídicos con la finalidad de sortear las leyes imperativas de uno de ellos para refugiarse bajo aquél derecho estadual que le es más beneficioso, más acorde con sus intereses.

Basta en este aspecto recordar que “hay, pues, en la gestación mental del fraude una primera fase de comparación entre dos derechos sustantivos: el propio, del que se huye, y el extranjero, al que se acude, y que una vez elegido el derecho material extranjero apto para al fin que se persigue, viene ya la fase de su realización, consistente en un viaje de ida y vuelta de la relación jurídica cuyo billete es el punto de conexión contenido en la norma de conflicto” (DE YANGÚAS MESSÍA, 1958).

Claro está entonces que la modalidad típica empleada para alcanzar la concreción de los actos fraudulentos se realiza a través de la manipulación, del cambio del o de los puntos de conexión. Ahora bien, en este sentido, tal como resalta autorizada doctrina el legislador prevé la realización "normal" del punto de conexión y por lo tanto, la aplicación "normal" del derecho señalado, pero en ocasiones, los particulares se someten deliberadamente a un ordenamiento jurídico, nacional o extranjero, que les resulta más beneficioso que otro, al que normalmente están sujetos. Para lograr sus propósitos, esto es, evadir el derecho normalmente competente y lograr la aplicación de otro derecho más favorable, alteran voluntaria y maliciosamente el punto de conexión utilizado por la norma de conflicto, mudan sus domicilios, cambian el lugar de situación de un bien, otorgan un testamento fuera de su domicilio, adquieren una nueva nacionalidad, etc. Nace entonces el problema de la validez o nulidad del acto realizado de ese modo (DREYZIN de KLOR, SANTUCHIONE, D'ERAMO, 1995, 1207).

Mas nadie puede ignorar que la noción de fraude resulta abarcativa de otros supuestos ajenos a la manipulación de los puntos de conexión, por eso cuidé de utilizar vocablos tales como “modalidad típica”, ya que el fraude puede implicar la manipulación no ya de los puntos de conexión, sino de los componentes que determinan una calificación. Un claro ejemplo de ello resulta de la jurisprudencia francesa puntualmente a partir del caso *Leslie et Aimery Caron c/Epoux Odell*: “un elemento material del fraude no fue la situación subyacente en el punto de conexión de la norma de conflicto, sino la categoría inmueble a fin de sustraer la devolución sucesoria a la *lex situs*, en la especie, la ley francesa normalmente competente, y someterla a la ley del último domicilio del causante” (NAJURIETA, 1993).

II. ESFERA DE APLICACIÓN

La teoría del fraude que si bien es cierto constituye uno de los temas que hacen a la teoría general del Derecho Internacional Privado, que le ha permitido a la disciplina lograr su autonomía científica, no lo es menos que a su respecto las legislaciones debido a las objeciones cuya admisión ha recibido, suelen adoptar posiciones disímiles¹. Dicho en otras palabras, en una parte importante de los sistemas de derecho internacional privado comparados conserva plena vigencia, en otros sobrevive con un campo de acción acotado, casi desdibujado, tal como ocurre en el derecho español en el que si bien existe una disposición

¹ Puede verse sobre este aspecto, excelente como exhaustivo trabajo sobre el tema de Parra Aranguren, Gonzalo. “General Course of Private International Law: Selected Problems”. *Recueil des Cours*. Volumen 210, III. 1988.

especial sobre el fraude (artículo 12.4 del Código Civil) ésta es de escasa aplicación ya que según resalta la doctrina "el orden público ha devorado sistemáticamente la excepción de fraude a la ley" (FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, 1997, 212). en otras es lisa y llanamente ignorada.

Ejemplos claros de estas tendencias extremas que se inclinan por ignorar legislativamente la figura o bien, que la receptan ampliamente, pueden ser corroborados en el silencio de la Ley alemana del 25 de julio de 1986 o de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987, o en la expresa incorporación en el Código Belga de Derecho Internacional Privado del 16 de julio del 2004².

En una primera línea de pensamiento de reconocimiento abarcativo, dentro de la doctrina francesa que mucho se ha dedicado al tema, se encuentra Jean P. Niboyet (NIBOYET, 1930, 455), quien le otorga a la excepción de fraude una esfera de acción de relevancia. Según el autor es oponible a las leyes extranjeras en toda clase de supuestos de competencia normal de éstas, siempre que se den dos requisitos: existencia del fraude, esto es, intención de someterse a una ley extranjera para eludir la del foro y ausencia de todo otro remedio, como pudiera ser la competencia normal de la *lex fori* o la excepción de orden público.

En una posición más acotada, se encuentra Henri Batiffol para quien el fraude no es oponible a una ley extranjera aplicable en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (BATIFFOL, 1938, 44; BATIFFOL, 1970, 443), o también para Lepaulle quien sostiene que la doctrina del fraude debe ser rechazada, en virtud de las siguientes consideraciones: "1º) El no haber sido admitida por los grandes países, con la excepción de Francia, Japón y Marruecos; aceptarla sería una regresión en la penosa marcha hacia el universalismo. 2º) Es una teoría difícilmente aplicable, puesto que todo acto humano es el resultado de una mezcla infinitamente compleja de móviles: un pródigo acusado de haber cambiado fraudulentamente de domicilio para no ser sujeto a tutela, ha podido hacerlo para alejarse de sus acreedores o de "*une maîtresse encombrante*". 3º) Sería llevar al Derecho Internacional un elemento más de inseguridad. 4º) Sin ventaja para nadie, la excepción de fraude a la ley perturbaría los negocios de escala internacional en los que no se puede operar sin buscar la ley más favorable en cada momento. Las maniobras fraudulentas podrían, en todo caso, ser reprimidas mediante el uso de la excepción de orden público o la lucha contra el abuso de derecho" (LEPAULLE, 1948, 241).

Y para finalizar esta nómina, no puede soslayarse la mención del escepticismo de Julien Verplaetse quien califica al fraude como una manifestación territorialista, como el medio de que se valen los jueces de ciertos países para evitar la aplicación de leyes extranjeras (VERPLAETSE, 1938).

III. FRAUDE Y MATRIMONIO

Ya hablaron de él autores como Dumoulin de la escuela francesa del siglo XVI; Huber de la escuela holandesa del siglo XVII o Froland de la escuela francesa del siglo XVIII. Este último autor cita, entre otros, el caso de un matrimonio domiciliado en Normandía, que traslada su domicilio a París, con el

propósito de burlar la prohibición existente en la costumbre normanda de adoptar el régimen de la comunidad de bienes, para, mediante la comisión del fraude, volver luego a su domicilio primitivo. Es más, luego de calificar a los contrayentes de rebeldes contra aquella ley prohibitiva por haber realizado tales cambios en fraude a la ley de su verdadero domicilio, declara de toda necesidad su sanción Vid (NIBOYET, 1926, 494). Precisamente la jurisprudencia francesa es la que realiza la construcción dogmática de la figura a partir del *leading case* de fraude, el caso de la princesa Bauffremont (Sentencia Cour de Cassation francesa del 18 de marzo de 1878) (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2004).

Destaco que si bien el fraude es un recurso que aparece como de posible realización en todas las disciplinas jurídicas en general, y en todas las relaciones jurídicas que abarca el Derecho Internacional Privado, suele presentarse frecuentemente en el área del derecho matrimonial. Quizá ello se deba a la propia naturaleza de la institución matrimonial, en la que suelen verse enfrentadas la rigidez de ciertas políticas dedicadas a reglamentarla con la libertad de las personas humanas. Es éste uno de los terrenos más fértiles, más propicios para el vaivén entre ordenamientos jurídicos en el que el fraude pretende insertarse. Claro, otra vez más, este movimiento pendular palpita entre el predominio buscado de los términos del binomio libertad y derecho.

En efecto, el problema de los denominados *matrimonios de conveniencia* o *matrimonios de complacencia*, es un fenómeno frecuente en los países sujetos a una fuerte inmigración; y España que no escapa a tal categoría precisamente ha pasado de ser un país de emigración al extranjero, a ser un país receptor de ciudadanos que llegan procedentes de otros países. Puede considerarse fraudulento, según José Javier Ezquerro (1997, 302) el matrimonio que ha sido contraído única o principalmente para permitir al cónyuge obtener un permiso de residencia, o bien, según María Pilar Diago Diago (1996, 329) es aquél que tiene su origen en un convenio previo o contemporáneo de las partes, siendo el objeto de dicho convenio conseguir un beneficio que aproveche al menos a una de las partes, pero excluyendo la producción de los efectos del matrimonio que aparentan contraer.

Así, para evitar tales matrimonios de "conveniencia", la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) publicó una instrucción de fecha 9 de enero de 1995, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero con la finalidad de dar mayor publicidad a las normas ya contenidas en el Reglamento del Registro Civil en las que se prevé un trámite de audiencia a los futuros cónyuges con la finalidad de averiguar la existencia de un posible fraude. Estas mismas razones, se dijo "han conducido que la Resolución del Consejo de la Unión Europea sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos del 4 de diciembre de 1997 (ABARCA JUNCO, GÓMEZ JENA, GUZMÁN ZAPATER, MIRALLES SANGRO y PÉREZ VERA, 2005).

Por ello, resulta innegable que desde antiguo los futuros contrayentes en su deseo de contraer nupcias raudamente, en su búsqueda en eludir excesivas como complicadas formalidades para la

² El texto completo puede verse en www.ipr.be.

celebración de la boda así como la posibilidad de un eventual divorcio, recurrieron para colmar sus ansias matrimoniales a los traslados internacionales. En su afán, llegaron a cruzar las fronteras que los separaban de sus objetivos, tal como lo hacían los ingleses menores de edad (menores de veintiún años) que no contaban con la autorización de sus padres cuando salían de Inglaterra y viajaban a Escocia; hasta llegar más recientemente a maquinarlos sin necesidad de moverse de sus hogares, mediante el arbitrio de un mero click del ratón de una computadora. Ciertamente, un largo camino han recorrido los amantes para concretar sus sueños amorosos transitando desde la incomodidad de las diligencias hasta la facilidad ofrecida por la maravilla de Internet. Claro ello, comprenderá el lector que lejos estoy de desconocer en algunos casos, la discutible como dudosa validez del acto jurídico matrimonial en cuestión.

Ahora bien, adentrándonos en el régimen internacional del matrimonio en lo relacionado con su validez, tema central de nuestro trabajo, no puede ignorarse que siempre doctrinariamente se ha sabido distinguir entre dos condiciones la intrínseca (capacidad y consentimiento) y la extrínseca (formalidades) (FELDSTEIN de CÁRDENAS, 2000, 111). Veamos en el párrafo siguiente los preceptos legales, la doctrina argentina y comparada, así como la jurisprudencia pertinente.

IV. SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

El artículo 159 del Código Civil del Doctor Dalmacio Vélez Sársfield sufrió una interesante evolución legislativa a partir del texto primitivo pasando por el posterior artículo 2 de la Ley 2393 hasta llegar a conformarse en su actual redacción, desdoblándose con la Reforma de la Ley 23.515 en los artículos, 159 y 160.

Según disponen coincidentemente las disposiciones mencionadas, la validez de los matrimonios celebrados en el extranjero aún cuando los contrayentes hubieran mudado su domicilio para no sujetarte a las formas, leyes (artículo 159 del Código Civil y artículo 2 de la Ley 2393) o bien normas (expresión que surge del texto actual del artículo 159 de la Ley 23515) que en él rigen están sujetos a la ley del lugar de celebración. El artículo 159 en el texto actual, mejoró su redacción para superar los problemas interpretativos que ocasionaran los anteriores preceptos (FELDSTEIN de CÁRDENAS, 2000, 111 y ss.).

Desde mi mirada, no cabe ningún lugar a dudas que el legislador argentino de manera constante, diría hasta visionaria, ejemplar ha querido en este aspecto hacer prevalecer la libertad de los futuros contrayentes por encima de otros valores de inferior jerarquía.

Martín Wolff, refiriéndose al tema, dice al respecto que en "el derecho inglés, y también el derecho alemán, no han adoptado nunca la doctrina del fraude. Los famosos matrimonios *Gretna Green*, concluidos en suelo escocés por parejas inglesas que acudían allí, han sido mantenidos siempre en Inglaterra. La elección de un lugar para concluir cualquier contrato, no ha sido nunca considerada por el derecho inglés como una maniobra fraudulenta, aunque se haga con objeto de eludir las leyes de otro país" (WOLFF, 1949).

V. ARTICULO 159 DEL CODIGO CIVIL

El hoy derogado artículo 159 del Código Civil en la redacción del Doctor Dalmacio Vélez Sársfield establecía que: *"La validez del matrimonio, no habiendo poligamia o incesto, es regida por la ley del lugar en que se ha celebrado, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio por no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen"*³.

Dentro de los antecedentes que inspiraron al legislador argentino se debe mencionar uno que me parece altamente significativo, emblemático, cuyo origen se debió a la diversidad legislativa entre las severas leyes inglesas y las homónimas escocesas más permisivas, liberales.

En efecto, si bien hasta el Acta de *Lord Harwicke* de 1754, algunos clérigos, prisioneros en la Torre Naval de Londres, solían casar sin demasiadas formalidades a los ingleses, lo cierto es que los contrayentes movidos por su pasión amorosa, solían cruzar la frontera unos pocos kilómetros hacia una localidad escocesa llamada *Gretna Green*. El alcalde de la aldea, era el oficiante que casaba aproximadamente doscientas parejas anuales, moda que duró más de un siglo, hasta que le puso fin un Acta de *Lord Brougham* que exigía una residencia de veintiún días en Escocia para por lo menos uno de los contrayentes. En realidad, mucho no había que hacer para poder lograr el objetivo deseado. Sin embargo, tal situación culminó cuando tales matrimonios fueron finalmente prohibidos allá por 1939⁴.

En extensa nota al artículo el codificador argentino señala textualmente: "La poligamia y el incesto en toda la cristiandad, dice Story, causan la nulidad del matrimonio. Pero ¿Hasta qué grado la unión de los parientes puede llamarse incestuosa?. En muchas naciones los grados del Levítico han formado el término desde donde únicamente puede comenzar la unión legítima. En Inglaterra son respetados los grados del Levítico, limitados al tercer grado de consanguinidad, y al segundo de afinidad, es decir, que es incestuosa la unión de los sobrinos con los tíos, lo mismo que la de los cuñados".

"Mas sería muy difícil, dice Kent, sostener toda unión como incestuosa fuera del segundo grado, que es entre hermanos en la línea colateral. En la línea recta, toda unión es incestuosa, sea el parentesco de consanguinidad o de afinidad. Si en el país no hay una ley especial sobre el incesto, debemos estar a la ley natural. La práctica de todas las naciones de la cristiandad reputa inmoral, incestuosa y contraria a la pureza que debe reinar en las familias, y prohibida también por la ley natural, la unión de los hermanos, sean de padre y madre, o sólo de padre o de madre. Esta ha venido a ser la regla o la ley común del género humano, y en ese grado debe acabar el incesto, si la legislatura del pueblo no ha señalado otro grado ulterior". En cuanto a los parientes por afinidad, puede decirse que no hay incesto fuera de la línea recta. En los Estados americanos, dice Story, la unión de los cuñados no sólo es tenida como legal, sino que se reputa moral, religiosa y conforme a las doctrinas cristianas".

³ Vid. sobre la evolución de esta disposición desde su redacción original, pasando por la Ley 2393 sancionada el 2 de noviembre de 1888 hasta la actualidad, Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Capítulo sobre Régimen Internacional del Matrimonio. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, 2000.

⁴ Un relato pormenorizado se encuentra en el artículo del Doctor Horacio Sanguinetti, "La presunción del fraude en divorcios extranjeros", publicado en *La Ley*, Tomo 1975, A, página 651/657, con quien tuve ocasión de intercambiar algunas opiniones cuando él se desempeñaba como Adjunto en la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y la autora del presente como Auxiliar Docente.

“Respecto al fondo del artículo, Story, discute extensamente la materia: transcribe la opinión de los principales juristas que la han tratado, y expone las razones que la fundan, aún respecto a los que al parecer, por defraudar la ley, salen de su domicilio y van a otro país a celebrar el matrimonio. Demuestra con los textos de los más célebres teólogos españoles, como Sánchez, que no hay fraude a la ley y que sólo usan de su derecho, desde que no haya una prohibición especialmente a ese caso”.

“La legislación sobre el matrimonio desde la era cristiana hasta el presente, ha partido del punto de vista especial que cada legislador tomó sobre tan importante acto. En un tiempo, la Iglesia Católica lo consideró sólo como un sacramento y la idea religiosa dominó todo el derecho. Vino la revolución francesa, y el matrimonio fue legislado por sólo los principios que rigen los contratos. La lógica del jurista fácilmente dedujo el error de que partía, las formas que debían acompañarlo para su validez, el divorcio perpetuo y la omnímoda facultad de hacer las convenciones matrimoniales que los esposos quisieran. Los extremos no podían satisfacer ni la conciencia de los pueblos cristianos, ni las relaciones indispensables de las familias, ni menos las necesidades sociales. Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podría descender a las condiciones de una estipulación cualquiera. La sociedad no marcharía a la par de las leyes; serían necesarias tantas excepciones al contrato, que vendría a quedar sin ninguno de los principios que sirven de base a las convenciones particulares”.

“Había otra manera de considerar el acto que dejaba completamente libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, y era reputarlo como una institución social fundada en el consentimiento de las partes; y entonces las peculiaridades de su naturaleza, su carácter y la extensión de las obligaciones, tan diferentes de las de los contratos, podían corresponder al fin de su institución. Agregaremos a esto lo que dice sobre la materia Savigny: se ha querido colocar al matrimonio al lado de la venta o de la sociedad, como un mero contrato consensual, que por “una singular inadvertencia” olvidaron los romanos. “Cuando un sacerdote pregunta a los esposos si quieren prometerse amor y fidelidad hasta la muerte, y los esposos hacen la promesa, esta declaración no implica la promesa de ciertos actos determinados, ni la sumisión a una ejecución jurídica en el caso en que esos actos no se cumplieren. Esta promesa significa sólo, que los esposos conocen los preceptos del cristianismo sobre el matrimonio y que tienen la intención de conformar a ellos toda su vida”.

VI. ANÁLISIS DOCTRINARIO

La palabra “validez” empleada en el texto del mentado artículo 159 del Código Civil, dio motivo a una delicada cuestión de la que los juristas se hicieron cargo, al discutir sobre si aquella comprende solamente lo atinente a la parte externa o al mismo tiempo la parte intrínseca del acto del matrimonio. En tal sentido, iré señalando aquellas posiciones doctrinarias más emblemáticas, entre las que destaco la opinión del doctor Amancio Alcorta, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires⁵, vertida en su *Curso de Derecho Internacional Privado, II, página 131*, en el que dice: “La disposición se refiere a las formalidades de la celebración y a los requisitos

intrínsecos exigidos para la validez del matrimonio. En cuanto a las formalidades, siguen la regla general *locus regit actum*, y en cuanto a los requisitos intrínsecos, entre los que se encuentra la capacidad de los contrayentes, se separa de la regla del domicilio, que es la que los artículos 6 y 7 del Código Civil aceptan como general. ¿No lo dicen bastante claro las excepciones que establece? ¿No son la poligamia y el incesto limitaciones a la capacidad de los contrayentes? En otros términos, podría decirse: la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley del lugar de la celebración, salvo los casos de poligamia o incesto". Coincide con esta opinión el Doctor Llerena, quien comenta: "Por lo demás, la ley del lugar en que se celebra al acto es aplicable, tanto a las formalidades para la celebración del matrimonio, como a la capacidad para contraerlo, salvo las excepciones expresas..."

A su turno, Estanislao Severo Zeballos, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en un trabajo publicado en el *Bulletin Argentin de Droit International Privé*, I, página 505, así como en su traducción, prólogo y notas al *Manual de Derecho Internacional Privado* de André Weiss, Tomo II, pág. 79, 5ta. edición dice: "El autor de este Código era un católico ferviente; pero no perdió de vista los intereses futuros de su patria; se conservó fiel a los principios protectores del extranjero que la Constitución argentina proclama, y se propuso evitar trabas a la política de inmigración y colonización que consagra la carta fundamental. Además, la mayoría del país era católica cuando se sancionó la Constitución, y dispuso que el Estado sostenga el culto católico, apostólico, romano. Sin embargo, el codificador quiso evitar que la influencia intransigente pudiera perturbar la condición civil de los matrimonios celebrados en el extranjero o en el país bajo la autoridad de leyes civiles o de religiones disidentes. En consecuencia, el artículo 159 responde al propósito de proteger estos matrimonios, de estimular la inmigración y de garantizar la estabilidad de las familias legítimas, organizadas bajo las autoridades de otra legislación cualquiera. El código civil resuelve también en su última parte, así en el texto primitivo como en la reforma, la grave cuestión de los matrimonios celebrados *'in fraudem legis'*. Dos soluciones nos ofrece la ciencia: la que declara nulos estos matrimonios si no son revalidados en el país adonde tornan a establecerse y la que admite su validez. En materia de matrimonio no es posible hablar de fraude de la ley sino con una exquisita discreción. El punto, en efecto, se refiere a una de las cuestiones más graves de la libertad civil: a la libertad de conciencia. Ordinariamente, los prometidos eligen una ley fuera de sus nacionalidades o domicilios, porque no quieren someterse a formas de matrimonio que repugnan a sus creencias; no abandonan el territorio de su ley personal dolosamente o por burlarla, sino por un acto más digno de respeto: el de salvar sus creencias".

Más adelante agrega en la página 83 de la última obra citada que: "La solución ha sido tomada por el sistema argentino de derecho anglo-americano en su evolución hacia la personalidad, ya mencionada, de la jurisprudencia inglesa, que puede citarse en los casos de *Brook v. Brock*, *Steele v. Braddel*, *Simonin v. Mallac*, *Sottomayor v. de Barros*, expuestos por todos los tratadistas modernos y especialmente en la obra de Story, muy estudiada por el codificador argentino, *Conflict of laws*, cap. V, núm. 124 a, 8ª edición".

Por su parte el Doctor Alcides Calandrelli, también Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en su obra *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, página 153 de 1911, sostiene que el legislador al hablar de validez del matrimonio se refiere tanto a la forma como al fondo y que “niega validez a los matrimonios celebrados entre parientes ligados por consanguinidad, sin limitación, de ascendientes y descendientes, legítimos o ilegítimos, o entre hermanos y medios hermanos, legítimos o ilegítimos, o entre afines en línea recta, cualquier que sea el grado, impedimentos todos estos que no se refieren, sin duda, a la parte extrínseca, sino al fondo del acto del matrimonio”, quien al referirse al fraude dentro del artículo 159 y su interpretación dice: “Además los mismos artículos que analizamos establecen la validez de los matrimonios celebrados por aquellas personas que abandonasen, para contraerlo, el lugar de su domicilio, con el objeto de substraerse a las formas y leyes que en él rigen”. “Se ha entendido, agrega nuestro autor, que esta parte de la disposición en el sentido de que procura facilitar a los futuros esposos el medio de substraerse a formalidades de carácter religioso que repugnarán a su conciencia, habiendo previsto el legislador el peligro de que las influencias católicas pudiesen turbar la condición civil de los matrimonios celebrados en el extranjero bajo la autoridad de leyes civiles o de religiones disidentes” (CALANDRELLI, 1911, 156).

Creo, agrega Alcides Calandrelli en la obra citada, página 184/192, que: “Es natural que si se somete a la ley del lugar de la celebración, la capacidad, la forma y la existencia y la validez del matrimonio no es admisible hablar de fraude a la ley, ni han porqué traer a colación la ley del domicilio de los contrayentes, que nada tiene que hacer en el caso”, para terminar diciendo con su acostumbrada claridad que “lo que de los textos estudiados surge con claridad indisputable y se impone fuertemente al espíritu, es que el codificador, con la visión neta y clara de las exigencias económicas, políticas y jurídicas de nuestro ambiente y de la acción trascendente y armónica con ellas del principio que consagraba, quiso eliminar toda intromisión de la ley del domicilio, que habría sido causa de trastornos y entorpecimientos en el desarrollo y en la cohesión del organismo social; que habría dado motivo a la anulación por nuestros tribunales de matrimonios perfectamente contraídos de acuerdo con las leyes del lugar de la celebración e incorporados ya a nuestra vida social y económica”.

“Sea que se trate de matrimonios que mudan su domicilio a nuestro país, sea que se trate de extranjeros o domiciliados en el extranjero que celebren su matrimonio en la República, la política y los intereses de ésta, como la de todos los Estados americanos, aconsejan, como se ha dicho, la solución con más eficacia que los principios uniformes, ante la imposibilidad, en el primer caso, de investigar de las masas enormes de inmigrantes con que sucesivamente se puebla el territorio americano, las deficiencias de orden legal, que dentro del criterio que debió presidir su validez, presentan sus vinculaciones matrimoniales; la conveniencia, en el segundo, de facilitar el matrimonio, alejando en lo posible las dificultades perturbadoras derivantes del imperio de leyes diversas o contradictorias; y la necesidad, tanto en uno como en otro, de contribuir a la realización de lo que es un propósito individual y debe ser y es una aspiración de la sociedad y del Estado, ante aquel acto voluntario y libre; la estabilidad, la perpetuidad del vínculo matrimonial”.

El Doctor Carlos María Vico, Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Número de agosto/diciembre de 1913, página 56, argumenta que el artículo 2 de la Ley es igual al artículo 159 de 1869. Y se pregunta “¿Qué parte del patrimonio jurídico de la persona, es juzgada por la ley del domicilio, según el sistema de Derecho Internacional Privado de nuestro Código?. ¿Los contratos? ¿Los bienes? Y dice enfáticamente: “No, señor, exclusivamente la capacidad de las personas. ¿Entonces, qué es aquello que las personas necesitan eludir saliendo del lugar del domicilio para no sujetarse a la ley que en él rige? La ley que rige ciertos aspectos de las personas. ¿Qué aspectos?. La capacidad exclusivamente”. Concuera así con Alcides Calandrelli, al concluir diciendo que en estos caso “no existe fraude a la ley”.

Cabe recordar en este análisis doctrinario, al Doctor Víctor Romero del Prado a través de su obra *Derecho Internacional Privado*, Tomo I páginas 638, quien se introduce al tema diciendo que “puede eludirse la aplicación de la ley normalmente competente para regir una relación jurídica buscándose que sea otra la que se aplique para no someterse así a la primera. Estamos ante el problema del fraude a la ley en derecho internacional privado”.

También en lo particular se pregunta el Doctor Quintín Alfonsín en *Teoría del Derecho Internacional Privado*, página 595: “Son efectivamente dolosas e ilícitas las maniobras de los interesados?. Recuérdese que Savigny le reservaba a la libre voluntad del hombre el derecho de cambiar de domicilio para someterse a la ley que mejor le conviniera, el derecho de elegir la ley del contrato con arreglo a sus intereses; el derecho de celebrar su matrimonio donde sus convicciones religiosas obtuvieran satisfacción. La excepción del fraude a la ley intenta, en cambio, encadena al hombre a una ley local impidiéndole gozar de las libertades que le acuerdan los demás Estados del mundo. La legión de españoles republicanos exilados que se naturalizó en otros Estados para escapar a las leyes franquistas, caería bajo la ley que intentó eludir; la legión de judíos emigrados de Alemania nazista que se naturalizó en otros Estados para escapar a las leyes racistas, caería bajo la ley que intentó eludir. Dicha excepción ofrece más inconvenientes que ventajas y que fácilmente puede ser usada con torcida intención en perjuicio del *comercium international*, careciendo de fundamento jurídico satisfactorio”⁶.

Dice el Doctor Werner Goldschmidt, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en su obra *Derecho Internacional Privado*, páginas 117/122/124/126 y 298 de 1970, que de todas las instituciones generales del Derecho Internacional Privado el fraude a la ley es la más discutible e ineficaz, agregando sobre el tema que convoca este trabajo: “Vélez en su nota al artículo 159 expresamente niega la existencia de fraude, porque supone que los contrayentes ejercen un derecho al elegir el país en el que celebran su matrimonio”. Luego señala: “...Vélez se inspiró, como de costumbre, en Story y Story a su vez describe cómo en el Derecho Matrimonial dos principios luchan por la supremacía: la prohibición del fraude a la ley y el *favor matrimonii*, principio este último que sobre todo desea salvaguardar los intereses de los hijos. Hay que recordar el efecto que en aquella época la situación jurídica y social de los hijos

⁶ Véase sobre el tema del fraude la obra de Biocca, Stella Maris, Cárdenas, Sara Lidia Feldstein de, Basz, Victoria. *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General*, Editorial Universidad, 2003.

extramatrimoniales era de total y escandalosa inferioridad. En la jurisprudencia anglosajona triunfa, justificadamente, el principio del *favor matrimonii*, en la inglesa en los casos de *Gretna Green* en la sentencia: *Compton v. Bearcroft* (1769)...”.

Sigue diciendo nuestro autor: “La tolerancia del fraude a la ley en aras a la obtención de matrimonios válidos procede de la jurisprudencia inglesa con miras a los matrimonios realizados en el pueblo escocés de *Gretna Green* por menores de edad carentes de la autorización paterna ante el llamado herrero de *Gretna Green*, especie de juez de paz”.

Después de este comentario, realiza una clasificación de los distintos casos de fraude: 1) el fraude retrospectivo que se comete para eludir las consecuencias de un acto que se realizó en el pasado con total sinceridad, 2) el fraude simultáneo que falsea los hechos ya llevados a cabo a fin de esquivar consecuencias inmediatas del acto perpetrado con sinceridad, 3) el *fraude a la expectativa*, que manipulea los hechos, no porque el acto sincero por el momento produciría consecuencias inmediatas que desea descartar, sino porque teme que en lo porvenir puedan darse tales secuelas que por ello previsora y eventualmente resuelve apartar”.

Seguidamente dice: “El repudio normal del fraude a la ley palpita, al contrario, en el artículo 7 de la Ley Matrimonial que dispone que la disolución en país extranjero, de un matrimonio celebrado en la República, aunque sea de conformidad a las leyes de aquél, si no lo fuere a las de este código, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse. Se desea impedir que los cónyuges casados en la Argentina, se burlen de la indisolubilidad de su matrimonio”.

“El fraude a la expectativa lo realizan personas domiciliadas en la Argentina entre las cuales no existe ningún impedimento dirimente o impediendo, pero quienes, sin embargo, se casan en el extranjero a fin de obtener (como esperan) un matrimonio divorciable. Este fraude no se hace a las disposiciones argentinas sobre celebración de matrimonio (prescindiendo, por supuesto del artículo 17 LM y artículo 48 Decreto ley 8204/63), sino a sus preceptos referentes al divorcio vincular, concretamente al artículo 7 LM. Como al casarse, los contrayentes sólo tienen en consideración el divorcio vincular como una eventualidad, su fraude se efectúa a la expectativa de la llegada de aquélla. El matrimonio celebrado en aquellas condiciones es por supuesto válido. La única duda recae sobre su indisolubilidad”.

Asimismo, el Doctor Werner Goldschmidt quien como podemos apreciar tanto se ha dedicado a este tema del fraude a la ley, en *El S.O.S del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos*, se ocupa del tema atinente a este trabajo en “Los esfuerzos del concubinato adulterino por legitimar su unión y a los hijos”, páginas 83/99. Nuestro autor señala que se “consideran matrimonios argentinos”, todos los que se celebren en territorio de la Nación eficazmente ante autoridades argentinas, sin que interese en absoluto la nacionalidad de los contrayentes. Se equipara al efecto de la inadmisión del divorcio vincular al matrimonio realmente contraído en la Argentina, el matrimonio celebrado fraudulentamente fuera de la República, con lo que se llama *fraude a la expectativa*”.

⁷ Este concepto fue introducido por Werner Goldschmidt en el Derecho en general y en el Derecho argentino en especial en *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, 2da. Edición, EJE, Buenos Aires, Tomo II, pág. 392 y

“Para que un matrimonio se considere contraído con fraude a la expectativa en el extranjero, es menester que ambos contrayentes tengan sus domicilios en la Argentina (artículo 17 LM y 48 del decreto ley 8204/63) y que haya habido intención fraudulenta. Esta se manifiesta por la ausencia de razones legítimas de celebrar el matrimonio en el extranjero...Un matrimonio argentino (en los dos sentidos) no será divorciado vincularmente por un tribunal argentino”.

“Nuestro problema consiste ahora en saber si la adopción integrante sólo puede ser ejercida por cónyuges de un nuevo matrimonio válido, o si también los concubinarios adulterinos pueden hacer uso de ella, en aplicación analógica de las disposiciones de la ley. Tal analogía no nos parece viable...No sería adecuado integrar mediante una filiación creada por ley una relación meramente fáctica como es concubinato. Pero es más, el concubinato no es sólo una relación fáctica *praeter legem*, sino al menos, si es adulterino, *contra legem*. Resultaría, por tanto, absurdo querer completar por medio del auxilio de la ley, (la adopción) una situación de hecho que viola ley. Es de elemental justicia de que quienes culpablemente violan la ley, merecen tratamiento peor que quienes la acatan, con tal que la ley no conculque el Derecho Natural”.

El Doctor Werner Goldschmidt en *Estudios Jusprivatistas Internacionales*, páginas 139/148, en su trabajo “El tercer Congreso Nacional de Derecho Civil y el Derecho Internacional Privado”, se dedica a narrar pormenorizadamente lo acontecido durante dicha actividad académica que tuviera lugar en la ciudad de Córdoba del 8 al 14 de octubre de 1961. Entre los temas discutidos se encontraban dos relacionados con el Derecho Internacional Privado, uno de ellos concernía a los efectos extraterritoriales de la sentencia de divorcio, y precisamente en este tema me interesa introducirme. No pudo lograrse un despacho único, sino que la comisión elaboró un despacho por la mayoría (cuyo miembro informante era el autor del trabajo mencionado) y un despacho de la minoría (cuyo miembro informante era la Doctora Berta Kaller de Orchansky. La discrepancia entre la mayoría y minoría no fue total sino parcial, porque la comisión llegó a proponer dos tesis; mas con respecto a la tercera, en cambio no hubo acuerdo. Es absolutamente necesario transcribir algunos párrafos allí vertidos que pueden servir para esclarecer la delicada como relevante cuestión del fraude a la ley.

“...La mayoría, al formular su despacho da por entendidos tres principios. Sobre todo, la mayoría parte de la base de que la indisolubilidad del matrimonio sigue estimándose en la Argentina como de orden público internacional. En otras palabras: No se trata de hallar una solución transaccional entre divorcistas y antidivorcistas en el país sino en desenvolver los corolarios lógicos de la indisolubilidad del matrimonio. ...Así se explica que la propuesta no repudia ‘a *limine*’ cualquier sentencia extranjera de divorcio vincular, lo que habría hecho si todo elemento transaccional hubiese sido alejado de su mente. La mayoría parte, en segundo término, de la prohibición del fraude a la ley. ...Por último, se tiene pensado mantener el artículo 104 de la Ley Matrimonial, o sea la jurisdicción internacional exclusiva de los tribunales argentinos en todos aquellos procesos matrimoniales en los cuales los cónyuges poseen

siguientes, 1954; y en *Suma del Derecho Internacional Privado*, 2da. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, número 107, pág. 151, 1961.

domicilio conyugal en la Argentina al trabarse la litis. En lo que concierne a lo que debe entenderse por 'domicilio conyugal', hay que atenerse a las enseñanzas de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Vlasof, de acuerdo a los cuales el domicilio conyugal se encuentra en el lugar en el que los cónyuges por última vez han convivido de consuno, sin que importe a los efectos de la jurisdicción internacional cual de los cónyuges ha incurrido en una infracción matrimonial al abandonar al otro (llamada teoría diferencial del domicilio conyugal)”

“Ahora bien, sabiendo lo que la mayoría da por entendido, ¿qué es lo que la mayoría entiende por su propuesta?. Desde luego, no se reconocen sentencias extranjeras que divorcian vincularmente matrimonios celebrados en la Argentina. De esta manera no sólo no se permite que tales cónyuges vuelvan a casarse con terceros en la República, sino que tampoco se admite la validez de matrimonios que los cónyuges hayan celebrados con terceros en el extranjero. He aquí el contenido de la primera propuesta que se limita a recoger el Derecho vigente, conforme ha sido elaborado jurisprudencialmente, entre otras sentencias a partir de la dictada en el caso Rosenblit. Para que una sentencia extranjera de divorcio vincular se reconozca en el país, es preciso sobre todo que el matrimonio divorciado se haya celebrado en el extranjero. Además es menester que la sentencia de divorcio dimanase del juez con jurisdicción internacional, o sea del juez del país en el que se encuentra el domicilio conyugal”.

“Ahora bien, no es suficiente que el matrimonio se haya celebrado en el extranjero, es preciso además, que no se haya celebrado en el extranjero de modo fraudulento. Tal fraude puede darse en dos grupos de casos. En primera hipótesis se trata de personas que, ambas domiciliadas en la Argentina, sin salir del país contraen enlace matrimonial por poder en el extranjero, a fin de eludir la aplicación del artículo 7 de la Ley Matrimonial. Este supuesto brinda dos particularidades. Una consiste en que en él no se plantean dificultades probatorias, toda vez que es fácil averiguar donde se hallaba el domicilio de las partes en el momento de casarse, si se casaron por poder en el extranjero. La segunda está en que es posible sostener que en este supuesto el matrimonio se celebra también en la Argentina, porque en ella se encuentran las partes al casarse y porque en los negocios por nuncio el lugar decisivo no es el lugar donde está el nuncio sino el país en el que se encuentra la persona que por su medio transmite su declaración de voluntad, todo ello sin perjuicio de que el matrimonio se lleva a efecto igualmente en el país donde se realiza la ceremonia. Siendo ello así, sería admisible afirmar que el artículo 7 de la Ley Matrimonial sea directamente aplicable por haberse llevado a efecto el matrimonio en la Argentina”.

“En un segundo grupo de casos, los contrayentes se trasladan realmente al extranjero, pero con el exclusivo propósito de eludir el matrimonio en la Argentina. En este caso no cabe sostener que el matrimonio se celebró en la Argentina. Por el otro lado, puede haber dificultades de prueba en cuanto al propósito de burlar la ley argentina. No obstante, como siempre en casos en los que al Derecho le interesan los hechos internos, lo que ha de probarse son sus manifestaciones exteriores. Por lo demás, a quien incumbe la carga de prueba, soporta las desventajas de no probar la intención fraudulenta...En cuanto a la segunda condición, tampoco es suficiente que el juez que dicta la sentencia de divorcio, sea el del domicilio conyugal de las partes. También en esta materia hay que evitar el fraude. Puede haber un

fraude normativo. La legislación del juez dispone, por ejemplo, que a los efectos de la competencia basta una residencia del actor de ocho días en el país. He aquí un elemento del fraude cometido por la legislación extranjera y aprovechada por las partes....A fin de evitar el fraude en materia de establecimiento de domicilio, urge exigir que el juez que dicta el divorcio, sea el del domicilio conyugal de acuerdo a la legislación argentina y a la apreciación de la existencia de sus requisitos por el Juez argentino”.

“Si la sentencia extranjera de divorcio vincular se refiere, pues, a un matrimonio celebrado en el extranjero sin ‘*fraude a la expectativa*’ y, si ha sido dictada por el juez del país en el que las partes tienen su domicilio conyugal según la legislación argentina y la apreciación del juez de la República, la Argentina reconocerá los efectos de dichas sentencias. Desde luego reconocerá nuevos matrimonios que los cónyuges celebren en el extranjero con terceros. Tal vez se admita inclusive que los cónyuges puedan celebrar nuevos matrimonios con terceros en la misma Argentina...”

“Miembro informante de la minoría era la Profesora doctora Berta Kaller de Orchansky que, como ya se advirtió, sólo polemizó contra la admisión del ‘fraude a la expectativa’. Invocó sobre todo el artículo 2 de la Ley Matrimonial que, según su parecer, autoriza a los contrayentes a celebrar el matrimonio donde les plazca. También, se plantearon dudas sobre la frecuencia de los matrimonios celebrados con fraude a la expectativa y, por consiguiente, sobre la urgencia de su reglamentación. Con respecto al artículo 2 de la Ley Matrimonial, es cierto que autoriza, no habiendo determinados impedimentos, a los contrayentes a contraer nupcias donde la parece. Pero ésta su libertad no se cercena por la reglamentación propuesta. Lo único que pasa es que, si bien las partes se casan en el extranjero, su matrimonio es protegido con respecto a su indisolubilidad como si hubiese contraído en la Argentina. Además, el artículo 2 contiene el principio del *favor matrimonii* a fin de lograr la legitimidad de los descendientes; por ello, permite que las partes escapen a determinados impedimentos de su legislación domiciliaria. En la hipótesis del fraude a la expectativa la hipótesis es totalmente distinta. *No existe ningún impedimento matrimonial, ni en la legislación domiciliaria, ni tampoco en la del país de la ceremonia. Por ende, tampoco está en juego la legitimidad de los descendientes. Las partes no se casan en el extranjero, porque sólo en él pueden contraer un matrimonio válido, sino porque sólo en él pueden contraer un matrimonio disoluble. En resumidas cuentas, el artículo 2 de la Ley Matrimonial no resulta aplicable al fraude a la expectativa, ni por su origen histórico ni por su contenido, ni por su finalidad. En efecto, el artículo 2 LM contempla la validez del matrimonio, mientras que nuestro problema atañe a la disolubilidad o indisolubilidad por divorcio vincular de un matrimonio válidamente contraído. No es fácil prever con qué frecuencia se contraen matrimonios con fraude a la expectativa. Pero lo que sí se puede prever es que su frecuencia va a aumentar...*”

Me permito disentir en este aspecto con la doctrina del Dr. Goldschmidt porque según la veo, fuerza el texto literal de la ley y daña el espíritu de libertad que tuvieron en su mira quienes las diseñaron. A mayor abundamiento, pienso que ni siquiera pudo justificarse esta tesis acurrucándola debajo del manto protector de defensa férrea, vehemente del mantenimiento de la indisolubilidad del vínculo matrimonial del derecho argentino a escala universal. Esto último porque coincidimos con Amancio Alcorta, en la obra citada (Tomo I página 125/126), cuando preclaramente dijo: “la tendencia de los pueblos civilizados es

conseguir la formación en esta parte del derecho internacional de una ciencia completa que encierre un conjunto de principios coordinados, fuera de toda discusión y que deban ser respetados por las legislaciones de los diferentes Estados. No es posible dominar las relaciones de las naciones, sin colocar los principios directores fuera del alcance caprichoso o interesado de cualquiera de ellas, lo que importa la obligación de respetarlos, anulando toda regla dictada en contravención a ellos. Esto no es así hasta hoy, aunque mucho se haya andado. La verdad es que cada Estado se cree con derecho a dictar reglas al respecto, sin consultar otra cosa que sus conveniencias, y de aquí nacen numerosos conflictos para la legislación, aunque para la ciencia no debieran serlo, una vez que sólo se respetarán sus principios buscando la relación de derecho y la regla aplicable”.

Por su parte, el Doctor Miguel Angel Ciuro Caldani, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de Rosario, en su obra *Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Justicial material: la jurisdicción internacional)*, publicado en la el Suplemento Diario de la Revista Jurídica La Ley del 16 de diciembre de 1974, correspondiente al Tomo 157, se dedica a realizar precisiones en torno del *forum shopping* y el fraude diciendo: “...El *forum shopping*...de modo general puede ser descrito como la elección por el actor de un tribunal cuya probable respuesta le brinda más posibilidades de éxito. Participa de los caracteres del fraude a la ley y el fraude a los particulares pero también difiere de ellos. Se parece al primero en cuanto la elección del tribunal es determinada por el deseo de obtener la aplicación de un Derecho que le concede algo que otro le niega. (Goldschmidt, W. *Derecho Internacional Privado*. Segunda Edición, Buenos Aires, Depalma 1974, pág. 101). También aquí se cambian actos jurídicos (concebidos prescindiendo de la voluntad de los particulares) en negocios jurídicos (cuyas consecuencias se establecen para satisfacer esa voluntad). Sin embargo en su concepto estricto se diferencia del fraude a la ley porque el actor aprovecha de una elección que está a su alcance según el curso natural de las cosas, sin cambiar los hechos del tipo legal más que con esa elección. Tiene en común con el fraude a la ley a los particulares que la maniobra electiva está generalmente destinada a perjudicar al demandado; sin embargo, puede presentar una colusión de todos los protagonistas particulares en perjuicio de la comunidad. Aunque el repartidor, consciente de la relación de sus propias fuerzas, no siempre lo enfrenta, corresponde afirmar que así como ‘el fraude todo lo corrompe’, ‘el fraude puede corromperlo todo’, el *forum shopping* es la manifestación del fraude (en sentido amplio) en la relación entre jurisdicción y derecho aplicable”.

Asimismo, en su trabajo *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, reedición publicada en la *Revista Investigación y Docencia del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario* en 1976, Páginas 83/140, aborda la temática del presente trabajo cuando entre otros aspectos, se ocupa del fraude a la ley señalando que consiste “en que los protagonistas transforman en la norma indirecta los puntos de conexión que el legislador no concibió como negocio jurídico, en negocio jurídico” (o sea el intento de los interesados de vivir en un país con la legislación de otro, la cual les permite lo que aquél les prohíbe”). En general se trata de la desviación de los fines buscados mediante la reglamentación a través de la fabricación de los hechos reglamentados (o sea del intento de vivir una respuesta mediante otra). Con miras a los

distintos supuestos de contacto se pueden establecer las siguientes tendencias: a) en la coexistencia de sectores independientes se reprime el fraude a la ley remitente y a la recibida; b) en los fenómenos de dominación sólo se prohíbe el fraude a la ley del sector dominante; c) en los casos de integración de nuevas unidades se reprime el fraude a las leyes de todos los ámbitos a integrar, pero el concepto de fraude se elastiza facilitando la opción por las respuestas de distintos sectores; d) en los procesos de desintegración el fraude a la ley se permite, y e) cuando se produce el aislamiento relativo de un sector es reprimido únicamente el fraude a la ley propia”.

El autor, siguiendo el enfoque pluralista (dimensión normológica, dimensión dkelógica, dimensión sociológica), en la parte pertinente sostiene agudamente que: “...Nuestra respuesta de fuente interna tiene por una parte soluciones como las de los arts. 2, 3, 4, 5, 6 y 104 de la LMC22, de marco internacional, y por la otra, en el mismo art. 104 —al otorgar jurisdicción exclusiva a los tribunales argentinos en juicios de divorcio y nulidad de matrimonios domiciliados en el país— y el art. 7 LMC —al negar habilitación para casarse a los cónyuges de matrimonios celebrados en Argentina y disueltos en el extranjero en disconformidad con nuestras leyes— se pronuncia en función de legislación universal. Más aún: el derogado art. 165 CC —antecedente de nuestro actual art. 7 LMC— acentuaba, por lo menos en las pretensiones conceptuales, esas proyecciones universales diciendo que el matrimonio disuelto en territorio extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes de la República Argentina (fuere o no celebrado en ella) no habilitaba para casarse a ninguno de los cónyuges...

“Es de advertir sin embargo que el propio Vélez Sársfield vaciló entre proyecciones internacionales y universales, y en la nota a su artículo 159 aceptó con criterio quizás internacional el “reconocimiento involucrado” de divorcios vinculares extranjeros afirmando: “Sea cual fuese la resolución de los países protestantes en este punto, yo creo, que siendo entre nosotros indisoluble el matrimonio, si bien podemos tener por legítimo el que se ha contraído en otro país, disuelto el vínculo de su primer matrimonio, no podemos permitir que tales matrimonios se celebren en la República con efectos civiles” .

“El conflicto entre mera internacionalidad y universalidad es muy marcado en los Tratados de Montevideo. Así el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 dispone en su art. 11 que la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en que se celebra, pero los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiese celebrado con los impedimentos que indica, de edad, parentesco, crimen y ligamen. Por su parte el art. 13 establece que la disolución del matrimonio se rige por la ley del domicilio conyugal siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró. ... En el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 el art. 13 reproduce el contenido del art. 11 del homónimo antecedente, con su compromiso entre internacionalismo y universalismo, pero los restantes artículos (14 y ss.) acentúan los alcances meramente internacionales. Es así como según el art. 15 la disolubilidad del matrimonio queda sometida sólo a la ley del domicilio conyugal, y el Estado donde el matrimonio se celebró tiene la única facultad de no reconocerlo si la causal invocada fue el divorcio y las

leyes locales no lo admiten como tal²⁵. En los dos marcos convencionales de Montevideo el alcance universal de la respuesta matrimonial podría hallar alguna acogida —poco hospitalaria por esos párrafos meramente internacionales referidos— en los respectivos artículos 4 de los Protocolos Adicionales, que dicen “Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicables contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso”. Pese a esta posible acogida del espíritu universal parece que según es adecuado a un marco convencional el orden público es entendido como instrumento de rechazo local, y no como medio de proclamación ante el mundo. Sin entrar en profundidad a los distintos aspectos de la polémica respecto a los alcances de nuestras normas de los arts. 7 LMC, y 11 y 13 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, creemos conveniente señalar que a nuestro parecer esas reglas poseen respectivamente alcances o por lo menos aperturas universales, de mayor amplitud incluso que la consideración del orden público contenida en los arts. 4 de los Protocolos Adicionales. Es digno de ser notado que pese a sus aperturas universales los Tratados de Montevideo no alcanzan a modificar nuestro derecho de fuente interna...”.

Para la Doctora Berta Kaller de Orchansky, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de la Provincia de Córdoba en su obra *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado* (1994), en la página 105 sostiene al respecto del tema que nos ocupa: “El artículo 2 de la Ley de Matrimonio reprodujo el primitivo artículo 159 del Código Civil con pequeñas variantes y contempló los matrimonios *in fraudem legis*. La ley 23.515 reemplazó los artículos 159 a 239 del Código Civil y derogó la ley 2393 de Matrimonio”. Después de transcribir el texto del actual artículo 159, concluye que “el fraude a la ley, cometido por los contrayentes que abandonan su domicilio para no sujetarse a normas que en él rigen, cede frente a la teoría del *favor matrimonii*. Estamos en presencia de una “evasión lícita” o un “fraude inocuo”, siempre que no se compruebe la existencia de impedimentos prohibidos”.

Para el Doctor Alberto Juan Pardo, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, quien participó en la redacción de la Ley 23.515, en su obra *Derecho Internacional Privado, Parte General*, Página 354 señala “El artículo 2 de la Ley 2393, cuyo último artículo autoriza a los contrayentes a dejar su domicilio a fin de eludir las formas y leyes que en él rigen, no permite un acto doloso, sino simplemente abre un mayor panorama a los futuros esposos”.

“Goldschmidt interpreta esta norma de otra manera, pues cree que los contrayentes están cometiendo un fraude a la expectativa. Se apoya para ello en el artículo 17 de la misma ley, que establece que quienes pretendan contraer matrimonio se presentarán ante el oficial público del Registro Civil, en el domicilio de cualquiera de ellos. La interpretación de este autor pierde valor por los siguientes motivos: en primer lugar, el artículo 17 de la Ley 2393 es una norma jurisdiccional interna y no de derecho internacional privado; en segundo término, el último párrafo del artículo 2 de la misma ley, edicta una norma permisiva que determina que toda personal al actuar dentro de su marco, no demuestra una actitud dolosa”.

El Doctor Eduardo H. Hoof, Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, en su trabajo “Las sucesiones en el derecho

internacional privado del MERCOSUR”, publicado en el *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 5*, en octubre de 2004, dice refiriéndose al fraude en materia matrimonial que: “Con anterioridad a la introducción del divorcio vincular en nuestro país (1987, ley 23.515), la jurisprudencia trató en innumerables casos el tema de la violación o no del orden público argentino, en relación a los matrimonios y divorcios realizados en fraude a la ley argentina (los llamados “matrimonios mejicanos”), frente a los reclamos de pensión y derechos hereditarios por parte de la “viuda” de la segunda unión, en colisión con igual derecho esgrimido por la primera esposa (CSJN en “M. Rosas de Egea” 1969; “ Sanmartino de Westkamp” y “Mejía Claudio” de 1975; “ Fernández, Aída G.” de 1976). Sancionada la ley 23.515 de divorcio, la CSJN se expidió reconociendo en general la legitimación de la segunda esposa en la herencia del marido- previamente divorciado de su anterior mujer- ver el caso “Solá” del 12-11-1996 (aceptó la legitimación porque el segundo matrimonio se había celebrado en el Paraguay y su validez no fue atacada en vida del marido como lo exige la ley del lugar de la celebración); el caso fallado por la CSJN el 21-6-2000 (resolvió que corresponde dejar sin efecto la sentencia que resuelve sobre la ineficacia del matrimonio que la apelante celebró en el extranjero con el causante – por tratarse de un acto en fraude a la ley argentina – por haberse configurado una grave lesión al debido proceso dado que se le impidió a la recurrente ofrecer pruebas relativas a sus eventuales derechos como titular de vocación legitimaria frente a los herederos instituidos por testamento formalmente válido) y otro del 10-10-2000, en que la CS decidió que es necesario hacer el juicio de nulidad dentro del marco del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940, en el cual debe expedirse sobre la buena fe de los contrayentes- verlo en ED 132-234 (era el caso de una persona que se había casado en Paraguay manifestando que era soltero, siendo que tenía un matrimonio anterior no disuelto).

“Parece que se mantiene en pie la distinción entre matrimonios bigamos simples y los dobles. En el primer caso (bigamia simple)- matrimonio celebrado en el extranjero previo divorcio de matrimonio argentino, durante la vigencia de la ley anti-divorcista argentina - no existiría conculcación del orden público internacional argentino y se admitiría la legitimación procesal y hereditaria de la segunda cónyuge en el juicio sucesorio abierto en el país. En el segundo caso (bigamia doble)- segundo matrimonio celebrado en el extranjero sin que medie divorcio del anterior matrimonio argentino vigente- habría violación del orden público argentino y se desconocería la legitimación de la viuda de la segunda unión en la sucesión de su cónyuge (bigamo doble).

“Pero con la evolución de los acontecimientos sucedidos vertiginosamente en materia de uniones libres o de uniones de hecho y/o reconocimiento de concubinatos a los fines no solamente previsionales e indemnizatorios sino también hereditarios, como también de las uniones de personas del mismo sexo, es difícil predecir cuál será la última palabra en la jurisprudencia nacional, en particular luego de la nueva integración de la CSJN, con jueces de pensamiento más proclive a romper con la tradición vigente en materia matrimonial y de acceder a reclamos que eran impensables hasta hace muy poco tiempo. No obstante, recordar lo expresado en oportunidad de examinar el tema Matrimonio, y la imperatividad del art. 172 CC que exige la diversidad de sexos para la celebración del acto, ante oficial público, como

condición de existencia del matrimonio y la consecuente ineficacia extraterritorial de los "matrimonios" de homosexuales por más que fueran válidos en el país de su concertación".

El Doctor Antonio Boggiano, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en su obra *Curso de Derecho Internacional Privado*, página 346 dice en lo puntual: "El nuevo artículo 159 del Código Civil sigue la regla tradicional. Rige, pues, la *lex loci*". El autor citado concretamente se refiere al tema del fraude a la ley en la página 214 de la obra citada, cuando dice: "Muy agudamente, Goldschmidt dice que el fraude a la ley aplicable consiste en que los fraudulentos manejan la relación de causa y efecto que opera sobre el legislador como una relación de fin y medio. En realidad, se quiere sustituir el fin del legislador por el fin de las partes, pero guardando la apariencia de seguir el fin del legislador"

"Goldschmidt caracteriza muy afortunadamente dos indicios típicos de la intención fraudulenta. Uno es la expansión espacial de las conductas, las partes aparecen en un país extranjero donde no pueden justificar su actuación; otro es la contracción temporal: las partes obran muy aceleradamente".

Seguidamente con relación a la carga de la prueba del fraude que le incumbe a quien lo invoca, sostiene Boggiano "sin aquella certidumbre sobre el fraude, no cabe a los jueces fundarse en meras conjeturas o indicios escrupulosos, so pena de caer en arbitrariedad. Ahora bien, como en toda decisión jurídica, hay que tener presente que 'la certeza que acompaña a la prudencia no puede ser tanta que exima de todo cuidado (cfr. Santo Tomás, S. Th., II.II, 47, 9 ad 2)'. No cabe sino una *probabilis certitudo*, sobre la conducta fraudulenta. Pero los jueces tampoco deben dejarse influir por estados de 'conciencia escrupulosa' convirtiéndose en 'cazadores de brujas'".

Aquí el autor cuando se refiere a las normas de policía y el fraude a la ley sostiene que: "el artículo 7 de la Ley 2393, de matrimonio civil, declaraba aplicable a la disolubilidad de matrimonios celebrados en la República exclusivamente la ley argentina. Las partes sólo podrían intentar el fraude a esta norma celebrando artificialmente el matrimonio en el extranjero, para evadir la aplicación de la ley argentina a la futura y eventual disolución del vínculo. He aquí el fraude a la expectativa contra el artículo 7. En cambio no podía haber fraude retrospectivo al artículo 7".

"Aunque la autoridad de Goldschmidt avala esta tesis, los cónyuges que han celebrado matrimonio en la Argentina ya no podían cometer fraude al artículo 7, que se aplica inexorablemente, sin que resulte para nada relevante que ocurran a domiciliarse o a crear apariencia de domicilio en el extranjero. Sencillamente, porque en el artículo 7 el domicilio no es punto de conexión decisivo del derecho aplicable a la disolución de dicho matrimonio. Las partes no podían siquiera intentar útilmente la creación artificial de un punto de conexión que el legislador del artículo 7 no contemplaba".

Desde mi perspectiva, la norma del artículo 159 del Código Civil, antecedente de los preceptos posteriores, el ya nombrado artículo 2 de la Ley 2393 y el actual artículo 159 de la ley 23.515 obedecieron y obedecen, a una única y congruente política pública que acierta en legislar para el porvenir, otorgando plena vigencia a la *lex celebrationis* que brinda libertad a los contrayentes en la elección de sus preferencias.

No se trata de tolerar el fraude, de soportar el fraude. Todo lo contrario, lisa y llanamente no se lo tolera, no se lo soporta, porque lisa y llanamente no lo hay. Desde la sanción de la Ley 23.515 que reforma el Código Civil, cuyo texto mantiene en el artículo 159 lo que es la tradición legislativa argentina en la materia; la consecuente derogación del mencionado artículo 17 de la Ley 2393 así como la incorporación del divorcio vincular, han contribuido afortunadamente para que la doctrina del fraude a la expectativa quedara en el pasado.

Tuve ocasión de decirlo cuando fui convocada para la obra sobre el Proyecto de Reforma del Código Civil en materia de Derecho Internacional Privado, allá por la década del noventa⁸.

Ahora bien, después de la historia contada en torno de la famosa aldea, fácil es constatar, que efectivamente en la actualidad sigue existiendo como en el siglo XVIII este paraíso para los enamorados, la que se mantiene incólume, casi indiferente a las discusiones de los mortales.

Esta localidad escocesa que desde hace siglos elegían los amantes para fugarse y casarse en secreto, se encuentra en el Sur de Escocia y precisamente se llama como otrora *Gretna Green*. Este pueblecito se ubica a tan sólo ciento treinta kilómetros de ciudades como Edimburgo y Glasgow, lugar al que concurrían quienes deseaban una boda rápida y sin problemas. Ella guarda una historia que arranca allá por 1754 cuando en Inglaterra se promulgó una ley que impedía casarse a los menores de veintiún años sin el consentimiento paterno. Esta ley no tenía vigencia en Escocia, donde además, se permitían los matrimonios a partir de los dieciséis años.

Precisamente el hecho de que *Gretna Green* estuviera justo en la frontera con Inglaterra hizo que se convirtiera en el lugar perfecto para muchos novios desesperados, que querían casarse sin el consentimiento de sus padres. El único requisito imprescindible para celebrar la boda era contar con un par de testigos y manifestar ante ellos la intención de casarse. Y es que según el viejo slogan en Escocia la palabra era ley.

Debido a que los matrimonios se celebraban en secreto, se eligió un lugar tan discreto como la herrería de *Gretna Green*, un edificio del siglo XVIII, situado en el centro del pueblo, que aún parece conservar todo su encanto. Una de las cosas más curiosas es que para la ceremonia se utilizaba un yunque a modo de altar, un elemento que con el paso del tiempo se ha convertido en un símbolo de la localidad. Un yunque claro, porque desde siempre el autorizante de los casamientos era el herrero del pueblo, a la sazón alcalde del lugar.

Han pasado muchos siglos, pero en la actualidad se celebran unas cuatro mil bodas al año, lo que viene a representar casi un trece por ciento de las ceremonias que se celebran en Escocia.

⁸ El Proyecto establecía en su artículo 7, que la inexistencia del fraude a la ley es condición de aplicación del derecho extranjero designado por la norma de conflicto local. Luego agrega que no tendrán efecto en el país los actos jurídicos celebrados en fraude a la ley argentina o a una ley extranjera. Esta disposición la juzgamos de una técnica legislativa en esta específica problemática como contraproducente. Vid. Reformas al Código Civil en el volumen 18 sobre *Derecho Internacional Privado* por Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, volumen perteneciente a la Colección dirigida por los Doctores Atilio Anibal Alterini y Roberto López Cabana, publicado por Abeledo Perrot (hoy Lexis Nexis), 1994.

La fama de la aldea de *Gretna Green* ha llevado a ser reconocida en el arte, puntualmente en la música de ópera, ya que dos autores, por un lado Donizetti se refiere a ella en la ópera "Lucía de Lamermore" que precisamente, transcurre en Escocia centrándose en un matrimonio de los protagonistas celebrado en secreto y por otro lado, el compositor Hans Doeber le dedica la ópera llamada "El herrero de Gretna Green" que se estrenó en el Teatro Kroll de Berlín allá por 1893⁹.

VII. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia argentina no se ha movido de manera uniforme al interpretar lo atinente a la validez de los matrimonios celebrados en el extranjero, tanto en la fuente interna como en la fuente convencional. Por tal motivo, me parece de toda conveniencia resaltar sucintamente algunas sentencias que pueden ser consideradas emblemáticas.

Así en primer lugar, destaco la sentencia de la Sala II de la Cámara I de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, en el juicio: "*Behrens Germán F. O Herman F. Sucesión*", integrada por los doctores Juan Ignacio Krause, Daniel Malamud y Roger Andre Bialade.

La sentencia de primera instancia rechazó la oposición formulada por Liliana Beatriz Graciela Behrens de Valle y Nicolás José Huberto Behrens respecto a la legitimación de Waltraud Therese Emma Ehlert para iniciar el sucesorio y el pedido de archivo de estas actuaciones.

Dicha resolución es apelada por Liliana Beatriz Graciela Behrens de Valle, Nicolás José Huberto Behrens y Mónica María Magdalena Behrens, dado que se agravian por considerar que –contrariamente a lo resuelto en la instancia de origen- la Sra. Waltraud Therese Emma Ehlert no se encuentra legitimada para iniciar el juicio sucesorio. Sostienen al respecto que carece de eficacia el matrimonio que aquélla contrajera en Alemania con el causante por no haber tenido este último aptitud nupcial al subsistir el vínculo derivado del matrimonio celebrado el 1º de abril de 1937 con Ilse Mariana Hoffmann.

El Tribunal sostuvo:

"Que la legitimación de la viuda para iniciar la sucesión (art. 3545, 3570 y cc. del Cód.Civil, art. 724 del C.P.C.) depende de la celebración válida de su matrimonio con el causante y ésta a su vez se supedita a la disolución también válida del primer matrimonio contraído por aquél en la República Argentina. Al respecto cabe señalar, que el art.7 de la entonces ley 2393 disponía que la disolución en país extranjero de un matrimonio argentino, aunque sea de conformidad con las leyes extranjeras, si no lo fuere con las argentinas, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse.

"Que la finalidad del precepto de proteger la indisolubilidad del matrimonio argentino impedía no sólo aceptar que los divorciados volvieran a casarse en la República, sino también admitir un nuevo matrimonio que habían celebrado en el extranjero, puesto que en caso contrario, los cónyuges podían fácilmente burlar la finalidad indicada (Goldschmidt, W., "Divorcio vincular extranjero o matrimonio

⁹ Me he interesado hace mucho tiempo de la íntima vinculación de la temática del Derecho Internacional Privado con los artistas, y en materia de fraude a la ley cabe señalar los casos de D'Annunzio, en Fiume; Max Reihardt, en los países bálticos, Ingrid Bergmann, en México y Sofia Loren, en Estados Unidos.

argentino...”, LL. t.97, sec. doc. pág. 825). No obstante cabe destacar que en forma similar a como lo disponía el art. 2 de la ley 2393, en la actualidad también los arts. 159 y 160 del Cód. Civil determinan que la validez del matrimonio se rige por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen; pero no se reconocerá ningún matrimonio celebrado en país extranjero mediando, entre otros, el impedimento de ligamen establecido en el art. 166 inc. 6 del mismo Código, esto es, el matrimonio anterior mientras subsista. Tratándose de matrimonios celebrados en el extranjero debe considerarse, pues, el derecho del lugar de su celebración, pero ese reconocimiento tiene un límite dado por la existencia de impedimentos matrimoniales de orden público internacional enumerados en el referido art.166 del Cód. Civil (S.C.B.A., Ac. 59.469 del 22-2-96; Zannoni, E. “Derecho Civil”. Derecho de Familia, t.1-339, Bs.As.1998).

“Que así entonces aunque la indisolubilidad del vínculo matrimonial ya no es materia que interese al orden público, pues la ley positiva argentina admite la disolución del vínculo matrimonial, lo cierto es que no admite la bigamia, por lo que la celebración de un matrimonio en el extranjero mientras subsistía en plenitud el celebrado en la Argentina carece de validez y quien sea responsable de tal conducta no puede invocarla para fundar su vocación sucesoria respecto del supuesto cónyuge pre muerto (“Nulidad de matrimonio y vocación hereditaria”, Mazzinghi J.A., E.D. 188-644). El matrimonio anterior mientras subsista constituye un impedimento dirimente que obsta a la eficacia extraterritorial del matrimonio celebrado en otro país en violación al referido impedimento (Cám. Civ. Y Com. 2ª.,La Plata, Sala 1a., B. 77.399 del 26-7-94). Reitero, pues, que si bien la ley 23.515 introdujo el divorcio vincular en nuestro derecho positivo, el impedimento de ligamen previsto en el art. 166 inc. 6 del C.Civil, rige con prescindencia de la indisolubilidad o no del vínculo por lo cual no puede sostenerse que haya quedado saneado si lo afectaba al matrimonio contraído en el extranjero y no se obtuvo la disolución de dicho vínculo (Cám. Nac. Civ., Sala “K”, 27.4.2000, L.L. 2000-D-498).

“Que asiste razón a los apelantes. En efecto; no está discutido que el causante se divorció de su entonces esposa Ilse Mariana Hoffmann por sentencia dictada el 20 de mayo de 1969 en los términos de la ley 2393. El divorcio en la Argentina con los efectos limitados que le confería dicha ley no disolvía el vínculo matrimonial, quedando subsistente, por ende, el impedimento de ligamen. Tal declaración de divorcio en el régimen de la ley 2393 encuentra su equivalente en la separación personal de la ley 23.515 y no necesariamente en el divorcio vincular de la ley actual, exigiéndose, en todo caso, para operar la transformación a este último régimen de un plus de voluntad que el vigente art.238 del Cód. Civil prevé expresamente. No habiendo el extinto intentado siquiera la disolución del vínculo no puede pues tenérselo por extinguido (S.C.B.A., Ac. 58.157 del 4-11-97, Voto del Dr. Petiggiani). Es que aunque exista sentencia de divorcio en los términos de la ley 2393, no puede pretenderse una aplicación automática de las modificaciones introducidas por la ley 23.515 ya que su art.8 prescribe que será facultativo de los cónyuges solicitar la conversión de los efectos de la sentencia de divorcio obtenida con anterioridad al dictado de esta ley otorgándole el carácter de vincular (Cám. Nac. Civ., Sala “F”, 17-6-98, LL. 1999-A-180). Si bien entonces convirtiendo -como lo permite el art. 8- aquella separación en divorcio se le podría conferir a

este último una especie de efecto retroactivo y considerar válido el ulterior matrimonio del causante, teniendo en cuenta el concepto de actualidad con el que ha de considerarse el orden público de acuerdo a la doctrina ya mencionada de nuestro Superior Tribunal Federal, no habiéndose operado aquella conversión tal solución no es aplicable al caso de autos.

“Que no empece a ello la inconstitucionalidad declarada por la Corte Federal en relación a la norma contenida en el art. 64 de la ley 2393 (C.S.N., “Sejean c/ Zaks s/divorcio”, 27-11-86, JA., 1986-IV-592) puesto que tal declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efecto en el caso y entre las partes del litigio y carece de efectos derogatorios erga omnes, limitándose a invalidar dicho art. 64 de la ley 2393 sólo respecto del caso sometido a decisión (S.C.B.A., Ac. 58.157 del 4-11-97).

“Que en cuanto a los efectos de la sentencia de divorcio vincular dictada en Alemania cabe señalar que para que el segundo matrimonio haya quedado convalidado con la sanción de la ley 23.515 es menester dilucidar si aquel divorcio fue decretado o no por juez competente. Hay, pues, una cuestión previa a resolver, esto es la validez de aquel divorcio decretado en el extranjero (Goldschmidt, “Derecho Internacional Privado”, 5a. ed. págs. 100,107 y 291; Boggiano A, “Derecho Internacional Privado”, 3a. de., t. Y pág.736). Es que permitido el divorcio vincular a partir de la ley 23.515 no hay ningún obstáculo para reconocer el divorcio decretado en un país extranjero si él fue decretado por juez competente (Bidart Campos G., “Reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio disolutorio”, E.D. 137-403; Checile, A. “Matrimonio celebrado en el extranjero en fraude de la ley argentina”, LL. 2000-F-769).

“Que en el caso -como lo sostienen los apelantes- la sentencia alemana de divorcio agregada en fotocopia certificada a fs. 180/193, emana de una autoridad de un estado que carecía de jurisdicción internacional para dictarla según reglas de derecho internacional procesal argentino. En efecto, el art. 104 de la ley de Matrimonio Civil 2393 -vigente en aquél entonces- disponía que las acciones de nulidad y divorcio debían intentarse ante los jueces del domicilio conyugal. Este, a los fines de la determinación de la competencia internacional, se encontraba en el último lugar de efectiva convivencia indiscutida de los cónyuges. Concordantemente el actual art. 227 del Cód. Civil adoptando igual criterio dispone que, las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, deben intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado. Así entonces el art. 104 de la ley 2393, al momento de dictarse la sentencia de divorcio en Alemania, otorgaba a los tribunales argentinos la jurisdicción internacional exclusiva con respecto a todos los procesos de divorcio de matrimonios con domicilio conyugal argentino cualquiera fuese la nacionalidad de los cónyuges (S.C.B.A., B 48.700 del 10-8-84; Cám. Nac. Civ, sala “B”, octubre 31-1994, Sala “F” 7-3-72, LL. 149-250). La sentencia de un juez incompetente carece de validez por carecer de jurisdicción para dictarla (S.C.B.A., Ac. 51.820 del 2-6-92; Cám. Nac. Civ., Sala “F”, 7-3-72, L.L.149-250; Kaller de Orchansky Berta, “La calidad de heredera, la validez del vínculo matrimonial con el causante y de la sentencia de divorcio dictada en el extranjero”, L.L. T° 149, pág. 250”, Goldschmidt, “Divorcio vincular extranjero o matrimonio argentino durante la eficacia del divorcio vincular en la República”, ED. 97-825, sec. doc.).

“Que en el caso que nos ocupa, pues, el juez foráneo que pronunció el divorcio pudo ser considerado investido de jurisdicción internacional en tanto el último domicilio conyugal no se localizara en la Argentina (Radzynski, A. “el reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en Argentina”, E.D. 137-401); es decir por haberlo trasladado los cónyuges al extranjero, única situación que habría determinado una jurisdicción concurrente desde que el divorcio podría haberse demandado ante el juez del domicilio o ante el del último domicilio en la Argentina (Sosa, G., “Derecho internacional privado argentino”, J.A., 1987-III-702). Contrariamente a lo que se afirma al contestarse los agravios- no se encuentra demostrado que los cónyuges hubieran trasladado su domicilio a Alemania al momento de dictarse allí la sentencia que los divorciara; ésta, pues, no ha disuelto válidamente el vínculo matrimonial y subsiste así el impedimento de ligamen que impide reconocer validez al segundo matrimonio del causante.

“Que corresponde, pues, desconocer eficacia dentro de nuestro territorio al matrimonio celebrado en Alemania entre el causante y Waltraud Therese Emma Ehlert, aun cuando sea válido según las leyes del país donde se celebró, por oponerse a principios de orden público interno en razón del impedimento de ligamen que afectaba al causante por subsistir su matrimonio anterior con Ilse Mariana Hoffmann (art. 166 inc. 6º del Cód. Civil; C.S.N., “Rosas de Egea, 12-5-69, Fallos 273:363, idem 299:188; Cám. Nac. Civ. en pleno, 8-11-73, L.L. 154-208). Pudo el causante sanear su situación a posteriori de la sanción de la ley 23.515 solicitando la disolución del vínculo en los términos previstos por la misma ley (art.8º) y no lo hizo pese al tiempo transcurrido entre la sanción legal y su fallecimiento (28-9-1999) no pudiendo especularse de manera alguna acerca las razones o motivos que lo llevaron a ello.

“Que ha de revocarse, entonces, la sentencia dictada declarándose la falta de legitimación de Waltraud Therese Emma Ehlert para actuar en el sucesorio de Germán Behrens en el carácter de heredera que ella se atribuyera”.

Este decisorio aborda la fuente interna del sistema de derecho internacional privado argentino, y según mi opinión no se encuentra en consonancia con los desarrollos legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales actuales en tanto sigue una línea interpretativa que afortunadamente para los justiciables ha comenzado a ser superada. Entre tantos otros aspectos, el fallo se aferra a una presunta falta de prueba de la existencia del domicilio de los cónyuges en el extranjero, lo cual plantea serias dudas. Es más, uno de los aspectos que el Tribunal debió considerar es que si la validez del segundo matrimonio celebrado en el extranjero no fue atacada en vida del causante, tal validez se ha consolidado, sobre todo tomando en consideración el principio de la disolubilidad del matrimonio civil por divorcio recogido por la ley 23515. Nadie puede ignorar que la reforma adopta nuevos criterios de valoración sustancial en cuanto admite la disolución del vínculo por divorcio para los matrimonios, los procesos en trámite e incluso para las sentencias de separación pasadas en autoridad de cosa juzgada extranjeras y nacionales que puedan transformarse en sentencias de divorcio. Ciertamente este apartamiento indica que la doctrina equivocada permanece al acecho¹⁰.

¹⁰ Puede ampliarse en Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Scotti, Luciana B., “La actualidad del orden público internacional: una cuestión recurrente en el Derecho Internacional Privado Argentino”, en *Suplemento mensual de*

Con respecto a la aplicación de la fuente convencional cabe señalar que los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, tanto en el de 1889 (artículo 11) como en el de 1940 (artículo 13), establecen de manera coincidente, que *la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra*. A su turno, el artículo 13 del Tratado de Montevideo de 1889, establece que *la ley del domicilio matrimonial rige: a) la separación personal; b) la disolución del matrimonio siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el se celebró*, mientras que el artículo 15 del Tratado de 1940 en el artículo 15, dispone: *la ley del domicilio conyugal rige: a) la separación conyugal; b) la disolución del matrimonio, pero su reconocimiento no será obligatorio para el Estado en donde el matrimonio se celebró si la causal de disolución invocada fue el divorcio y las leyes locales no la admiten como tal. En ningún caso, la celebración del subsiguiente matrimonio, realizado de acuerdo con las leyes de otro Estado, puede dar lugar al delito de bigamia*".

Resulta claro como el agua, que solamente el Estado donde el matrimonio se celebró podrá –no deberá– desconocer la disolución invocada. De modo tal, que el divorcio decretado podrá solamente carecer de efectos para el país del lugar de celebración, sin dejar lugar a duda que tiene plena validez en los demás Estados ratificantes del Tratado. Tal entendimiento surge de la simple lectura no solamente del propio texto del convenio, sino de las siempre aleccionadoras actas preliminares de los mentados instrumentos jurídicos internacionales.

En esta breve reseña histórica, no se puede soslayar la mención de la célebre sentencia recaída en los autos: "*Sejean, Juan c/Zacks de Sejen, Ana M.*", dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 27 de noviembre de 1986, en el que se resolvió declarar la inconstitucionalidad del artículo 64 de la Ley 2393 de matrimonio civil por no admitir la disolución del vínculo, decretado el divorcio de los cónyuges.

En la tendencia ajustada, se encuentran las recientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos: "*Zapata, Lucrecia Isolina c/ANSeS s/pensiones*", del 16 de agosto del 2005 y "*U., A. s/ sucesión*", del 10 de abril del 2007, ambas vinculadas con la aplicación del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo.

En la primera de ellas, que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social confirmatoria del rechazo de la demanda de la actora dirigida a obtener un beneficio de pensión, la interesada interpuso, y le fue concedido el recurso ordinario de apelación. Expresó que el matrimonio celebrado en la República Oriental del Uruguay no tenía validez en la República Argentina porque al tiempo de su celebración la peticionaria, divorciada en los términos de la ley 2393, carecía de aptitud nupcial. Por ello entendió que la relación que había mantenido con el causante debía ser considerada un concubinato y, como tal, para poder reconocer el derecho derivado de su condición de conviviente, era necesario acreditar que el aparente matrimonio había subsistido hasta el deceso de aquél. Tuvo en consideración que el jubilado había fallecido en un hogar geriátrico situado en la Provincia de Misiones, y que el derecho de la ex conviviente no tenía sustento legal porque al producirse el deceso la

Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 25, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 24 de noviembre de 2006.

vida en común ya no existía, sin que correspondiera en el caso expedirse sobre el pedido de inconstitucionalidad oportunamente planteado.

La Corte Suprema sostuvo:

"...Que aun cuando para sustentar su pretensión la actora ha planteado la asimilación de los derechos de la conviviente con los de la cónyuge, correspondía al juez de la causa fijar el marco jurídico aplicable conforme con el principio *iuria curia novit*, en una materia que no es disponible para las partes. En el caso debía determinarse, según el derecho internacional privado argentino, la validez de una situación creada en el extranjero que era llamada a desplegar efectos en el foro.

"Que este examen conducía a aplicar las disposiciones del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 -aprobado por decreto-ley 7771/56- y las del Protocolo Adicional, que sujetan la validez del matrimonio a la ley del lugar en donde se celebre y, a su vez, facultan a los estados signatarios a no reconocer el matrimonio que se hubiera celebrado en uno de ellos cuando se hallara viciado de algunos de los impedimentos allí enumerados (arts. 13 y 4º del tratado y protocolo citados, respectivamente), lo que importa dejar librado al orden jurídico internacional del Estado requerido la decisión sobre la reacción que más convenga al espíritu de su legislación (Fallos: 319:2779). Por ello, se declara procedente el recurso ordinario, se revoca la sentencia de fs. 97/99 y se reconoce el derecho al beneficio de pensión solicitado. Costas por su orden (art. 21, ley 24.463). Notifíquese y devuélvase. FDO.: ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - CARLOS S.FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI (según su voto)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto)".

En su voto, la Señora Ministra Doctora Carmen M. Argibay, sostuvo que:

"En el sub lite son de aplicación el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 -aprobado por el decreto-ley 7771/56- y el Protocolo Adicional, dado que las Repúblicas de Uruguay y la Argentina son partes contratantes. La primera de estas disposiciones determina que la validez del matrimonio está sujeta a la ley del lugar de celebración y los estados signatarios pueden no reconocer el matrimonio celebrado en uno de ellos cuando tuviera algún vicio de los allí enumerados, entre ellos, el matrimonio anterior no disuelto (artículo 13, inciso e)- Luego de más de treinta años de debates doctrinarios y sociales y que diera el primer paso la jurisprudencia en "*Sejean, Juan Bautista c/ Zaks de Sejean, Ana María*" (Fallos: 308:2268), fue reconocida nuevamente con la sanción de la ley 23.515. Dada la evolución legislativa reseñada y teniendo en cuenta que durante el lapso antes mencionado, se constituyeron muchísimas familias a partir de casamientos en el extranjero, como el de la señora Zapata, no resulta razonable pensar que actualmente nuestro ordenamiento jurídico pueda tener interés alguno en desconocerle validez, máxime si se repara en que la ley 23.515 admitió la disolución del vínculo no sólo para el futuro sino también para las sentencias de separación pasadas en autoridad de cosa juzgada, extranjeras y nacionales, al permitir su transformación en sentencias de divorcio. Sentado lo hasta aquí expuesto y que la actora ha demostrado que al momento de la muerte del titular de la jubilación estaban separados de hecho sin que tal situación le fuese imputable, ya que a fojas 4/6 obra copia de la sentencia

judicial que dispuso la exclusión del hogar del causante por su comportamiento violento, resulta procedente la demanda tendiente a obtener el beneficio de pensión derivado de la jubilación de aquél (artículo 53 de la ley 24.241), sin que sea necesario examinar los restantes planteos. Por ello, se declara procedente el recurso ordinario, se revoca la sentencia de fojas 97/99 y se reconoce el derecho al beneficio de pensión solicitado. FDO.: CARMEN M. ARGIBAY.”

Siguiendo idéntica tendencia el Máximo Tribunal en los autos "U., A. s/ sucesión", del 10 de abril del 2007, sostuvo, basándose en el dictamen de la Señora Procuradora Fiscal subrogante, que la cuestión debatida en lo sustancial resultaba análoga a la considerada en su sentencia del 12 de noviembre de 1996: "Recurso de hecho deducido por María Cristina Ferrari en la causa *Solá, Jorge Vicente, s/ sucesión ab intestato*" (a cuyos fundamentos se remite *brevitatis causae*) en tanto se trataba de verificar, según el derecho internacional privado argentino, la satisfacción de los recaudos de validez de una situación creada en el extranjero y que es llamada a desplegar efectos en el foro. Adhiere en la sentencia a los fundamentos vertidos en el dictamen por la Señora Procuradora Fiscal subrogante, cuyos fundamentos la Corte da por reproducidos por razón de brevedad, declarando formalmente admisible la queja, procedente el recurso extraordinario y revocándose la sentencia de los autos principales. Fdo.: RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.//-.”

VIII. A MODO DE COLOFÓN

Quise con este trabajo hacer pensar al lector acerca de algo que a mí me resulta de toda claridad. Que los problemas que interesaban tanto ayer como en la actualidad al Derecho Internacional Privado en la República Argentina, no pasaban, y tampoco pasan, por exorcizar a los presuntos fraudes matrimoniales, sino que indudablemente tienen que ver con respuestas ajustadas, deseables a algunas cuestiones tales como las relacionadas con las políticas públicas en materia de tráfico de menores, sociedades *off shore*, comercio exterior, inmunidad del Estado, inversiones extranjeras, entre tantas otras.

Porque pienso que presumir siempre es peligroso, inclusive en materia matrimonial, porque imaginando categorías tan latas como las que han teñido por años las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales argentinas nos arriesgamos a la arbitrariedad.

Ello no quiere decir que tanto la doctrina como la jurisprudencia deban colocarse en el extremo de pensar que el fraude ha perdido vigencia, sino tan sólo deben asumir que han cambiado las modalidades de su concreción, se han vuelto más complejas, más sofisticadas. Afortunadamente la jurisprudencia argentina a tenor de la escasez de casos registrados parece haberse tranquilizado en su función correctora de presuntos matrimonios fraudulentos, parece haberse enderezado tratando de centrar la aplicación del fraude cuando surge del específico texto de la ley y de los propios elementos objetivos de los actos examinados, como en materia del derecho comercial internacional, puntualmente en el régimen internacional de las sociedades.

Así pues, si futuros contrayentes que se encuentran domiciliados en nuestro país, prefieren viajar para casarse a la encantadora aldea de *Gretna Green*, perenne, romántica, pintoresca ellos deben saber que la doctrina y que los jueces argentinos pueden haber finalmente entendido que el matrimonio allí celebrado es, según la interpretación ajustada del artículo 159, válido en todo el mundo, inclusive en la República Argentina.

BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA JUNCO, A. P. GÓMEZ JENA, M., GUZMÁN ZAPATER, M., MIRALLES SANGRO, P. P., PÉREZ VERA, E. (2005), *Derecho Internacional Privado*. Segunda edición revisada. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Colex.
- ALCORTA, A. (1927) *Curso de Derecho Internacional Privado* I, II y III. Buenos Aires.
- ALFONSIN, Q. (1947) *Introducción a la Teoría del Derecho Internacional Privado*. Montevideo..
- (1982) *Teoría del Derecho Privado Internacional*. Montevideo, Idea.
- ARGUAS, M. y LAZCANO, C. A. (1928) *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires.
- BATIFFOL, H. (1968) *Traité élémentaire de droit international privé*. París.
- (1938) *Les conflits des lois en matière de contrats*, París.
- BATIFFOL, H. y LAGARDE, P. (1996) *Droit international privé*. 10 ed. París. L.G.D.J.
- BIOCCA, S. M., CÁRDENAS, S. L., BASZ, V. (2003) *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. Editorial Universidad. Buenos Aires.
- BOGGIANO, A.. (1991) *Derecho Internacional Privado*. Depalma.
- (1993) *Curso de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- CALANDRELLI, A. (1911) *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. La Buenos Aires.
- CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2004) *Derecho Internacional Privado*. Volumen I. Quinta Edición. Comares, Granada.
- CIURO CALDANI, M. A., (1974) "Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (*Derecho Judicial material: la jurisdicción internacional*)", publicado en el *Suplemento Diario de la Revista Jurídica La Ley* del 16 de diciembre de 1974, Tomo 157
- (1976) "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", en la *Revista Investigación y Docencia del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario*, p. 83 y ss.
- DE YANGÚAS MESSÍA, J. (1958) *Derecho Internacional Privado. Parte General*. Segunda Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid.
- DIAGO DIAGO, M. P. (1996) "Matrimonios por conveniencia", en *Actualidad Civil* N°14/1-7, p. 329 y ss.
- DREYZIN de KLOR, A., SANTUCHIONE, G., D'ERAMO, M. R. (1995) "El fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado". *La Ley* 1995-C-1207.

- EZQUERRA, J. J. (1997) "El derecho a vivir en Familia de los extranjeros en España", en *Revista Migraciones*, número 1, 1997, p. 302 y ss.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, S. L. (1994) *Derecho Internacional Privado*. Volumen 18. *Colección de Reforma al Código Civil* dirigida por los Doctores Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana. Abeledo Perrot.
- (2000) *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Capítulo sobre Régimen Internacional del Matrimonio. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (1997) *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas.
- HOOFT, E. (2004) "Las sucesiones en el derecho internacional privado del MERCOSUR", el *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 5, Ed. Albremática, Buenos Aires.
- LAZCANO, C. A. (1965) *Derecho Internacional Privado*. La Plata. Ed. Platense.
- LEPAULLE, G. (1948) *Le droit international privé. Ses bases, ses normes et ses méthodes*, París.
- NAJURIETA, M. S. (1993) "Fraude en el Derecho Internacional Privado". *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Fraudes*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- NIBOYET, J. P. (1930) *Principios de Derecho Internacional Privado*, Ed. Reus, Trad. por Andrés Rodríguez Ramón, Madrid.
- (1926) "La fraude a la loi en droit international privé". *Revue de droit international et de législation comparée*.
- PARRA ARANGUREN, G. (1988) "General Course of Private International Law: Selected Problems". *Recueil des Cours*. Volumen 210, III.
- ROMERO del PRADO, V. (1961) *Derecho Internacional Privado*. Córdoba. Assandri.
- SANGUINETTI, H., (1975) "La presunción de fraude en divorcios extranjeros". *Revista Jurídica La Ley*. Tomo 1975-A, páginas 651/657.
- VERPLAETSE, J. (1938) *El fraude a la ley en derecho internacional privado*. Paris.
- VICO, C. M. (1934) *Curso de Derecho internacional privado*. 4 tomos. Ed. 1934-1939.
- WEISS, A. y ZEBALLOS, E. S. (1911/1912) *Manual de derecho internacional privado*. Traducción, prólogo y notas de Zeballos. Ed. 1911-1912.
- WOLFF, M (1949) *Private International law*, Barcelona.

IDEAS ACERCA DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA ARGENTINA ENTRE 1870 Y 1920

Por Abelardo Levaggi

RESUMEN

El presente trabajo expone y analiza las diversas posturas asumidas en la Argentina en materia de propiedad inmobiliaria durante el primer medio siglo de aplicación del Código Civil. Unas fueron favorables a la propiedad individual del Código, pero otras, provenientes del socialismo, la pusieron en cuestión.

PALABRAS CLAVES

HISTORIA – DERECHO – PROPIEDAD

IDEAS ON PROPERTY RIGHT IN ARGENTINA, BETWEEN 1870 AND 1920

By Abelardo Levaggi

SUMMARY

This article shows and analyze the different views on real state property during the first half century of application of the Civil Code. The work includes both, individualistic and socialist views.

KEYWORDS

HISTORY – LAW - PROPERTY

IDEAS ACERCA DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA ARGENTINA ENTRE 1870 Y 1920

Por Abelardo Levaggi*

I. Introducción

El presente trabajo expone y analiza las diversas posturas asumidas en la Argentina en materia de propiedad inmobiliaria durante el primer medio siglo de aplicación del Código Civil.

Sancionado éste en 1869, y vigente desde el 1º de enero de 1871, reguló la propiedad conforme al paradigma moderno, al cual se adhería el codificador. Dalmacio Vélez Sarsfield logró construir un sistema coherente de normas basado en un concepto del dominio que incluía las notas de individual, absoluto, pleno, unitario, libre y circulante, ilimitado ante el Derecho civil, mas no ante el administrativo, al que reconoció susceptible de fijarle límites en aras del interés general (LEVAGGI, 2001, 416-118; 1992, 146-379)¹.

Esta idea acerca de la propiedad, a diferencia de lo sucedido con otras instituciones, no mereció en ese momento crítica alguna (GARCÍA, 1920). El codificador expresaba una opinión que era todavía general, y que además se sustentaba en los preceptos constitucionales declarativos del derecho de todo habitante de "usar y disponer de su propiedad" (art. 14) y del carácter "inviolable" de ésta (art. 17). Dicha opinión fue ratificada en las décadas siguientes por la mayoría de los juristas, frente a las críticas que, desde nuevas posiciones doctrinales, comenzó a recibir el código.

Inmediatamente después de establecido éste, se manifestaron en el escenario nacional, presentándose como alternativa, las ideas socialistas relativas al dominio, primero a nivel exclusivamente bibliográfico, con obras como las de los saintsimonianos, conocidas ya desde la Generación de 1837, o *Las bases económicas de la constitución social* de Aquiles Loria, y más tarde, planteada en términos dramáticos la "cuestión social", a través de los programas de las nacientes organizaciones políticas y gremiales de

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Investigador Superior del CONICET. Investigador Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" Titular Consulto de Historia del Derecho en UBA. Profesor Titular en USAL.

¹ La adopción por el código de ese paradigma no significó la desaparición inmediata de todas las instituciones características de la propiedad del Antiguo Régimen. El criterio del mismo código fue prohibir *para el futuro* la constitución, por más de cinco años, de derechos enfitéuticos y de superficie, y la imposición de censos y rentas, respetando los actos anteriores (art. 2614). La redención de los censos preexistentes fue obra de leyes especiales, no todas imperativas, de modo que en el siglo XX quedaban, todavía, algunos vigentes. Estudio el proceso de redención de las capellanías, antes y después del código. 1992, 146-379.

En cuanto a la propiedad indígena comunitaria, no sólo subsistió mientras hubo comunidades indígenas independientes del Estado nacional, como ocurrió hasta principios del siglo XX en la región del Chaco, sino que, pese al código, se siguió concediendo tierras a las "tribus amigas" hasta el fin del siglo XIX, aun cuando desde varios años antes estaba en entredicho la existencia legal, y por consiguiente la validez de esta institución (LEVAGGI, "Tratamiento legal y jurisprudencial del aborigen en la Argentina durante el siglo XIX", CALIFANO e. a., *El aborigen y el derecho en el pasado y el presente*, coordinador Abelardo Levaggi., 1990, 274-280).

orientación marxista y anarquista. Tal aparición y el debate a que dio lugar permiten caracterizar a este período como de confrontación ideológica.

En 1909, el notable civilista de la escuela de la libre investigación científica Alfredo Colmo se refirió a las nuevas ideas que invadían el Derecho civil y, entre las instituciones cuestionadas, mencionó a la propiedad, de la que dijo que soportaba las convulsiones “más hondas, aun sin llegar a los extremos del colectivismo y sectarismos análogos” (COLMO, 1909, 120-121).

II. Se desata la polémica. Opiniones a favor de la propiedad individual

La característica controversial del período ya se advierte en la primera tesis doctoral sobre la propiedad presentada en la Universidad de Buenos Aires después del código. Apoyado en “la ciencia moderna”, el autor reconoció en la propiedad un “derecho natural que debe ser respetado y garantido por la ley”. Como Locke, lo fundó en el trabajo. Así como el hombre es dueño de éste, debe serlo también de sus resultados, con exclusión de los demás hombres.

Pese a que el debate ideológico no se había abierto aún en la Argentina en el terreno jurídico ni en el social, consideró oportuno adelantarse a descalificar por falsas las “funestas doctrinas” que con el nombre de comunismo y socialismo habían aparecido en “el siglo pasado”, o sea el XVIII, y trastornado el orden social. No dudó de que, siendo el ser humano eminentemente social, todos sus actos deben tener en cuenta las “estrechas relaciones” que lo ligan a sus semejantes para que la sociedad pueda marchar armónicamente.

Es bajo este punto de vista que, a su juicio, el derecho de propiedad presenta su “faz social”. Ella se reduce, en consonancia con el código, a la facultad de “reglamentar el ejercicio del derecho absoluto y exclusivo que tiene el hombre sobre lo que le pertenece para no impedir ni perjudicar al derecho igual de sus semejantes, y la de limitarlo únicamente en aquello que pueda oponerse a la existencia y progreso de la sociedad” (ORTIZ, 1872, 8-11).

En el mismo orden de ideas, el entonces civilista Rodolfo Rivarola, después volcado a otras ramas de la ciencia jurídica, precisó, comentando el código, que el dominio está restringido por dos clases de disposiciones: las que tienen por fin principal “el interés o la conveniencia pública, por razones de salud o de seguridad”, y las que sólo se proponen salvar otros derechos de las propiedades contiguas, como es el objeto de las servidumbres (RIVAROLA, 1901, 315-316).

Los civilistas puros de esa época se limitaron, por lo común, a la exégesis del código. Escaso interés despiertan sus obras si de lo que se trata es de conocer lo que pensaban acerca de la índole y el fundamento de la propiedad, tópicos éstos en los cuales no solieron incursionar. Fueron los filósofos y constitucionalistas, o civilistas que tenían además otras inquietudes intelectuales, quienes abordaron usualmente esos aspectos teóricos.

El neogranadino Florentino González, primer profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, enseñaba que los economistas demostraron, con una “evidencia

matemática”, los inconvenientes derivados de la supresión del derecho de propiedad, para establecer en su lugar el comunismo, sistema destructor de la energía y del interés individual.

Asociaba el goce de la propiedad al amor a la libertad, dando el ejemplo de los Estados Unidos, donde existía el mayor número de propietarios y los ciudadanos más celosos de la libertad y el orden. Repetía con Tocqueville, que hasta alguno de los revolucionarios franceses, que a fines del siglo XVIII acaudillaba a la turba comunista, devenido en los Estados Unidos un rico propietario, se convirtió en uno de los más vigorosos defensores de la institución (GONZÁLEZ, 1889, 56-57).

Otro constitucionalista, José Manuel Estrada, máximo representante del laicado católico, en su *Curso* de 1880 calificó al derecho de propiedad de “punto de arranque del orden jurídico en todas las sociedades prósperas y activas, como que define en lo sustancial las relaciones de las personas con las cosas, y es un principio del derecho natural, cuya discusión, tolerable respecto de uno de los casos que comprende (la propiedad territorial), no puede ser cuerdamente admitida en la extensión que le dan los demoleedores socialistas, comunistas y nihilistas”.

Refutó a Rousseau en su absoluta negativa a reconocer la posibilidad de un dominio sobre las fuerzas de la naturaleza. Según Estrada, tal dominio es admisible sobre los valores que el hombre crea artificialmente.

Coincidió con los socialistas en presuponer el dominio nacional del suelo o, lo que es igual, en reconocer que la tierra es apropiable por parte de las naciones y que dicha apropiación es condición indispensable de la soberanía de los Estados. Pero difirió de ellos en la conclusión. Juzgó que la tierra no puede ser explotada por el arte, que obliga sus fuerzas productivas a operar en sentidos determinados, sin ser repartida, a fin de que los individuos la cultiven; ni éstos pueden cultivarla sin gozar de un dominio excluyente de cualquiera otro dominio y uso. Ese dominio exclusivo es, precisamente, la propiedad.

No consideró a la comunidad de bienes de la edad apostólica como una ley para el cristiano. El Evangelio reconoce la propiedad individual en pasajes tales como el del señor de la viña (San Mateo, XX, 1-16), el de los talentos (San Mateo, XXV, 14-30) y el mandamiento de dar al César lo que es suyo (San Lucas, XX, 21-25).

El “punto de partida” de la propiedad particular, en la órbita del derecho positivo, es, pues, el dominio territorial del Estado. De aquí se sigue que sea constituida y organizada pura y legítimamente por la ley civil, en armonía con el carácter jurídico atribuido a la persona. A cada tipo de sociedad le corresponde un plan concorde de reparto y protección de la propiedad: propiedad feudal, propiedad colectiva con repartos periódicos como en Rusia, propiedad fraccionada indefinidamente como en Francia, propiedad individual calculada para favorecer la libertad civil como en los Estados Unidos. Sus elogios fueron para el último sistema, particularmente para la institución del *homestead* (ESTRADA, 1901, 183-190).

Discípulo de Estrada, Julián Barraquero afirmó –sin que yo pueda confirmarlo– que a la República Argentina le cupo la “gloria” de ser la primera en Sudamérica que proclamó la propiedad individual como la base de la igualdad y la libertad. Según él, no puede dudarse de la legitimidad de ese derecho, que es el

reflejo de la personalidad en el dominio de los bienes. Aseveró con Ahrens que su fin inmediato es ofrecer a la persona los medios de satisfacer sus necesidades y de perfeccionarla en su existencia física.

Reputada una "cualidad inherente a la naturaleza del hombre y que se revela independientemente del derecho", antes que éste, han de ser también anteriores las condiciones en que la persona humana satisfaga sus necesidades naturales (BARRAQUERO, 1889).

El catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires Wenceslao Escalante encontró la raíz del derecho de propiedad en el derecho que tiene el hombre a incorporar a sí los objetos materiales necesarios a su existencia, incluidos los destinados a su perfeccionamiento, dándoles, mediante esa incorporación, el "carácter sagrado de que participa su persona".

Rechazó las tesis comunista y socialista, y sostuvo que "las necesidades como móviles, el trabajo como medio de adquisición y la conservación o el perfeccionamiento como fin de la propiedad, son caracteres individuales que por lo mismo imprimen el sello personal a cada adquisición, excluyendo la comunidad de goces y estableciendo su exclusivismo".

Se preguntó si el propietario tiene el derecho natural de abusar de las cosas, de destruirlas para satisfacer su capricho o un gusto poco racional. En el "orden racional" negó que lo tenga. La relación que debe tener el sujeto con la cosa, ante el orden moral y el orden jurídico natural, no es sino la de servirse de ésta para satisfacer sus necesidades.

Admitió, no obstante, que la legislación positiva le conceda el derecho de abusar, a fin de no trabar su libertad de acción. De otro modo, tendría que intervenir en todo momento en la esfera de la actividad individual, para determinar cada vez si el dueño hace uso o abuso. Por lo tanto, el único límite razonable debe ser el derecho del tercero (ESCALANTE, 1901, 168-187).

Filósofo adherido al naturalismo jurídico e historiador del Derecho, Carlos Octavio Bunge diferenció las posturas del socialismo y del comunismo ante la propiedad. Del primero dijo que luchaba "sólo para llegar a una reforma del derecho de propiedad, mas no para raerlo de la cultura humana".

A su juicio, todo derecho patrimonial parece tener su origen en la potencia específica de los hombres y de las razas, es decir, en la "especificidad individual y social". Por esta razón, pensaba que el comunismo no podía llegar nunca más allá de una relativa y precaria equivalencia de los derechos patrimoniales y potestativos de cada uno, dentro de la comunidad social. Desechó la posibilidad de una igualdad absoluta.

Compartió la idea de que todo derecho es un poder, y todo poder una forma más o menos vaga de propiedad, y que, siendo la propiedad y el poder condiciones indispensables de la adaptación vital, no es concebible ningún sistema jurídico que no se base en el "hecho primario del poder-propiedad".

Sin negarle al derecho la cualidad de evolucionar y transformarse, aseveró que, cualesquiera que sean esas evoluciones y transformaciones, descansará siempre en el hecho del poder-propiedad. La creencia en la posibilidad de un no-derecho, un derecho negativo, antipatrimonial y antiautoritario, la comparó con el error del labriego del cuento, que quiso enseñar a su burro a vivir sin comer y el burro lo aprendió, pero en el mismo momento se murió de hambre.

Contra los Tolstoi y los Kropotkine, había que enseñar a los hombres a acatar las desigualdades justas y reales, es decir, "al respeto a la propiedad y al poder legítimos, los cuales dimanaban de la pasión por la vida" (BUNGE, 1904; 1919, 193-194). Un caso inusual de civilista puesto a reflexionar sobre estos problemas fue el de Carlos Rodríguez Larreta. La explicación se encuentra en el hecho de que compartía la enseñanza del Derecho Civil con la del Derecho Constitucional, disciplina ésta a la cual se dedicó poco tiempo después de forma exclusiva (TANZI, 1995, 114-115). Tema de la conferencia de clausura del curso de Derecho Civil que dictó en 1897 fue "El socialismo", enfocado, en especial, desde el punto de vista de la propiedad.

Sentó que los principios de esta rama de la ciencia jurídica permanecían inalterables, mientras que las otras habían experimentado revoluciones profundas en el curso de ese siglo. Reconoció que de las leyes civiles habían desaparecido los antiguos privilegios y que los derechos individuales habían sido sustraídos a los avances del poder. Pero esas reformas, situadas más bien en la esfera del Derecho público, no cambiaron fundamentalmente los principios de la ciencia civil².

Una situación nueva se presentaba debido a la aparición de las ideas socialistas. Si éstas llegaban a prevalecer era indudable que las sociedades futuras se verían obligadas a reformar totalmente la ciencia civil, porque habrían desaparecido de ella instituciones fundamentales. Una de esas reformas sería consecuencia de la abolición del derecho de propiedad.

Distinguió dos clases de socialismo: de Estado y comunista. En el primero incluyó a Ferdinand Lasalle, Bismarck, los partidos políticos revolucionarios y reformistas, el "socialismo de cátedra", compatible con el régimen económico-político vigente, el socialismo cristiano de Manning, Ketteler, Gibbons y la "Rerum novarum". Este socialismo no afectaba al Derecho privado en la medida en que lo hacía el segundo, el "socialismo internacional y comunista", y el anarquismo, mas todos aspiraban a borrar o a restringir los efectos del dominio.

A la vez que rechazó los ataques del colectivismo, defendió la propiedad individual, fundada en la ocupación y el trabajo. Negarle al trabajador el resultado de su esfuerzo valía tanto como cerrar el camino al progreso. El colectivismo era una vuelta al pasado, un freno a las conquistas de la ciencia.

El prurito de combatir a algunos propietarios ociosos no justificaba el gran sacrificio de privar a los hombres del "mágico acicate" del interés. No se trataba de negar la necesidad de reformar las leyes. El régimen de la propiedad tenía que cambiar, mas sin que eso significase afectar los intereses individuales legítimos. Salvados éstos, había que responder a las necesidades del conjunto de la sociedad, una de las cuales era el constante aumento que se registraba en las ciudades de pobres y desamparados (RODRÍGUEZ LARRETA, 1913, 33-71).

Aun cuando no haya tenido relación con la propuesta de Rodríguez Larreta, cabe citar, por su común filiación liberal reformista, el proyecto de ley presentado en 1914 por el diputado Joaquín

² Ese año de 1897, en que disertaba Rodríguez Larreta, fue considerado el del inicio de la renovación de la ciencia civilística argentina, con su apertura al naturalismo jurídico y a la libre investigación. Hito de ese proceso fue el

Castellanos tendiente a combatir el latifundio con un impuesto progresivo. Asimilando el latifundio a las “manos muertas” del antiguo Derecho, interpretaba que era contrario al espíritu de la legislación, de modo que el proyecto, lejos de oponerse a ésta, la reivindicaba (CASTELLANOS, 1917, 173-180).

III. El turno del socialismo

El predominio absoluto de las ideas liberales fue alterado en la segunda mitad del siglo XIX con la difusión de los socialismos romántico y científico, para los cuales la propiedad privada, en vez de ser una institución del Derecho natural, inmutable en su esencia, es una institución social, sujeta, como todas las de esta índole, a la ley del progreso (CORNBLIT, CORNBLIT y SPECTOR, 1994, 50).

La primera defensa de la propiedad colectiva desde el punto de vista jurídico habría sido la tesis doctoral presentada en la Universidad de Buenos Aires por Luis A. Peyret en 1884. Su padre, el inmigrante francés Alejo Peyret, de ideas liberales, republicanas y masónicas, había tenido que abandonar su patria a causa del golpe de Estado de 1851. En la Argentina se consagró a la tarea de promover la colonización rural, atacando para ello al latifundio. Como testimonio de su vocación, escribió el libro *Una visita a las colonias de la República Argentina* (Buenos Aires, 1889).

Peyret hijo fue más lejos que su padre. Con el respaldo de Fichte, Stuart Mill, Laboulaye, Proudhon, Spencer, etc., sostuvo que la propiedad no había terminado su evolución y que, por la ley del progreso, debía continuar hasta satisfacer todas las necesidades de las sociedades contemporáneas.

Tal como estaba instituida era “el privilegio odioso de una clase”, combatida por otra con más entusiasmo que nunca. En ese combate se distinguía la escuela socialista, que no opinaba fuera demagógica, sino fundada en razón.

Peyret propuso, lisa y llanamente, la abolición del derecho de propiedad privada de la tierra. El método lo tomó de Henry George: desviar la renta, que sólo beneficiaba a los propietarios, para provecho de todo el pueblo. No era posible dividir la tierra de tal manera que cada familia, y mucho menos cada individuo, recibiera una parte igual, mas era perfectamente posible dividir la renta o aplicarla a objetos de beneficio común.

Para realizar esa idea no era necesario instituir la comunidad de bienes. Sólo debía cambiarse de propietario. La propiedad privada o individual había de sustituirse por la propiedad colectiva de todos, una sociedad compuesta del público. En lugar de poseer al país algunos individuos, lo poseería la “gran corporación: la sociedad” (PEYRET, 1884, 31-32, 34 y 61-62).

1911 fue un año clave para la propagación del ideario socialista respecto de la propiedad. En ese año disertaron en Buenos Aires sobre el tema dos ilustres franceses: el político Jean Jaurés y el jurista Léon Duguit. Jaurés, en la conferencia que pronunció sobre “Civilización y socialismo”, abogó por la “propiedad individual <cooperatizada>”, entendiendo que la técnica de la producción no permitía la propiedad individual sola, salvo en ciertas categorías de la agricultura. A medida que la propiedad

discurso pronunciado por Juan Antonio Bibiloni en el acto de colación de grados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Agustín PESTALARDO, 1914, 190).

individual fuera devorada o destruida por la propiedad monopolista del gran capital sería necesario, para que todos los ciudadanos participaran de la propiedad, la socialización de los monopolios capitalistas.

Juzgó fallida la esperanza que algunos habían depositado en la democracia política como difusora por sí sola de la propiedad. En vez de eso, el desequilibrio social era cada vez mayor. Había que buscar, pues, en el socialismo la manera de extender socialmente la propiedad y evitar que se armaran los unos contra los otros a causa de la desigualdad en que se encontraban (JAURÉS, 1922, 90-92).

Duguit dictó una serie de conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires sobre el tema las transformaciones del Derecho privado. La sexta conferencia la dedicó a "La propiedad función social". El concepto de "función social" se incorporaba, así, al lenguaje jurídico argentino.

Propuso –también él– la transformación de la propiedad en sentido socialista. Con ello no quiso propiciar la propiedad colectiva sino que la propiedad individual dejase de ser, como dijera August Comte, un derecho individual, subjetivo, para convertirse en una función social, y que los casos de afectación de riqueza a las colectividades que jurídicamente debían ser protegidas fueran cada día más numerosos. Pensaba que la propiedad territorial en la Argentina estaba aún en el momento de la "propiedad-especulación", pero que a éste había de seguirle el de la "propiedad-función".

En las sociedades modernas, en las que imperaba la conciencia de interdependencia social, la propiedad era para el dueño "la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social". Sólo merecía la protección de la sociedad en la medida que cumpliera con ese deber. Los actos del propietario cuyo objeto no fuera la satisfacción de sus necesidades ni la utilidad colectiva eran susceptibles de represión o de reparación (DUGUIT, s/d, 141-146).

El jurista y socialista argentino que hacia esa época trató el asunto fue Enrique del Valle Iberlucea. Se refirió, en particular, a la propiedad de los medios de producción, que el socialismo científico aspiraba a transformar, de derecho privado que era, en dominio colectivo.

Se basó, como datos de la realidad, en la concentración de los capitales y de la riqueza, en la naturaleza social de la producción moderna y en la evolución experimentada por el derecho de propiedad a través de los pueblos y las épocas históricas, además de teorías tales como la ley de la plusvalía, el materialismo histórico y la lucha de clases.

Negó que el derecho de propiedad sea absoluto, inmutable e inherente a la naturaleza humana, por no serlo su titular ni la sociedad de la cual éste participa, sino consecuencia inmediata de la estructura económica. La propiedad, como los demás derechos reales, que son derivados suyos, se origina en las relaciones de la producción. Su influencia sobre la marcha de la civilización es el resultado del determinismo histórico.

Repitió con la doctrina colectivista que el capitalismo marchaba hacia la apropiación colectiva de los instrumentos de trabajo: la tierra, las máquinas, los medios de transporte y de cambio. Así como en determinado momento histórico la propiedad había sido común, el desarrollo contemporáneo de los agentes de la producción crearía de nuevo la propiedad social o colectiva. Ello no importaría una vuelta al

comunismo primitivo, porque el colectivismo no proclamaba la absoluta comunidad de los bienes. Se limitaba a reivindicar para las agrupaciones sociales la propiedad de los agentes de la producción (DEL VALLE IBERLUCEA, 1915, 153-159).

IV. Más opiniones favorables a la propiedad individual

Volviendo a las tesis doctorales, cuatro de las presentadas en las dos últimas décadas del siglo XIX abordaron el asunto con distintos matices, pero partiendo del reconocimiento del derecho a la propiedad privada y de que no es ilimitado en su extensión, porque el propietario tiene obligaciones morales que cumplir.

Benjamín Sánchez escribió en 1883 que la Argentina, respecto del "sagrado derecho de propiedad", no se sentía conturbada todavía por las "siniestras influencias de los reformadores modernos". Pese a que el socialismo no había arraigado aún en sus entrañas y a que el comunismo tendría "cerradas por largos años las puertas de la ciudadanía", convenía precaverse, antes que las falsas doctrinas maleasen las costumbres y corrompiesen las instituciones.

Radicó el derecho de propiedad en el hombre, como patrimonio natural suyo, anterior a la formación de las leyes civiles y políticas, no dimanado por lo tanto de la organización social. El ejercicio de ese derecho no debe ser irrestricto, sino conformarse con los principios de la ley moral (SÁNCHEZ, 1883, 23, 37, 46 y 65).

Carlos A. Estrada compartió la idea clásica de que el fundamento de la propiedad se encuentra en la personalidad, "desenvuelta hacia el exterior mediante la libertad", y que su origen se halla en la ocupación y el trabajo combinados.

Alertó, también, contra los peligros de la revolución social, que amenazaba destruir por sus fundamentos la organización de los Estados y se dirigía, principalmente, contra la propiedad. Elementos "malsanos y disolventes", animados por "pasiones inicuas", pretendían hacerla común.

Dividió la doctrina en dos sectores. De un lado ubicó al comunismo y el socialismo con sus diversas ramificaciones y escuelas, negadores todos de la propiedad individual. Aunque los socialistas la admitían en principio, pensaba que esa admisión era contraria a sus ideas y que hacía dudar de su sinceridad³.

En el lado opuesto situó a la "multitud de hombres eximios" que sostenían la propiedad individual. Reconociendo sus diferencias, los subdividió en tres grupos: eminentemente exclusivistas, tolerantes con una intervención muy moderada del Estado, y quienes admitían la facultad reglamentaria de

³ La primera Declaración de Principios del Partido Socialista, del año 1896, propiciaba "sustituir al actual régimen capitalista con una sociedad en que la propiedad de los medios de producción sea colectiva o social". El Programa "mínimo" que la acompañaba incluía un solo punto relativo a la propiedad inmueble, el 17: "devolución al Estado de los bienes cedidos por éste al clero" (ODDONE, 1893, 64-67). La única propiedad privada negada expresamente por el Partido era la propiedad eclesiástica, pero, a partir de la Declaración de Principios, quedaba la posibilidad de que el Programa "máximo" convirtiese en propiedad colectiva toda la tierra productiva u ociosa.

la sociedad para hacerla servir al provecho común. Estrada participaba de la idea de subordinar la propiedad al interés social, sujetándola a las cargas y contribuciones indispensables⁴.

César D. Corvalán se apoyó en el principio del abuso de derecho y se avanzó a decir que, aunque la propiedad se base en la personalidad, debe también cumplir con una misión social. En todos los pueblos civilizados la ley reprimía el abuso público e inmoral de los bienes. En ese momento histórico, más que nunca, dado el aumento progresivo que experimentaba el pauperismo, el hombre debía recordar sus deberes religioso-morales y poner a la propiedad al servicio de los “deberes de beneficencia que tienen los unos hacia los otros” (CORVALÁN, 1895, 30-31).

Pedro J. Hernández se mostró más impresionado aún por la gravedad que asumía la “cuestión social”. Dejó el testimonio dramático de que “una numerosa clase social vive en la miseria y el dolor, privada de los beneficios de esa civilización que con tanto entusiasmo se pregona, y que no da un paso sin aplastar bajo sus plantas millares de seres humanos”.

Muchos creían encontrar en la defectuosa organización de la propiedad una de las causas primordiales de ese malestar y llegaban hasta negar tal derecho. No era ésta su forma de pensar. Creía en la propiedad privada y estaba convencido de que en ella podía hallarse la “formula salvadora” (HERNÁNDEZ, 1895, 8-12).

En los últimos años del período que abarca la comunicación, el sociólogo, civilista e historiador Enrique Martínez Paz sintetizó las diferentes posturas ideológicas en unos términos que constituirían la tendencia predominante en años posteriores.

Definió al régimen del código de “apoteosis”, “despotismo del propietario”, “ilimitado individualismo”, condenado por la doctrina moderna. En su opinión, no establecía ninguna restricción al derecho del propietario en interés exclusivo de la sociedad. Lo “social”, en el lenguaje del código, no pasaba de ser la preocupación democrática dirigida a impedir que la propiedad sirviera de base a la formación de una aristocracia o la preocupación económica por asegurar la movilidad de las cosas.

No era la intención de Martínez Paz suprimir el derecho de propiedad sino quitarle el “absolutismo romanista” que lo caracterizaba, tal como lo había hecho el Código suizo de las Obligaciones. Convino, no obstante, en que en la Argentina las leyes administrativas, los reglamentos y la jurisprudencia habían desvirtuado la estrechez del derecho y realizado una parte de lo que la doctrina y la conciencia pública exigían (MARTÍNEZ PAZ, 1916, 2000, 256 y 281-284).

V. Conclusiones

a) El Código Civil, sancionado en 1869, organizó la propiedad de acuerdo al concepto liberal individualista aceptado entonces sin discusión.

⁴ (ESTRADA, 1886, 65, 7 y 16-17), respectivamente. Coincidió con lo que pocos años después proclamaría León XIII en la encíclica “*Rerum novarum*”: “No es la ley humana, sino la naturaleza la que ha dado a los particulares el derecho de propiedad, y por lo tanto, no puede la autoridad pública abolirlo, sino solamente moderar su ejercicio y combinarlo con el bien común” (*Colección completa de las encíclicas de su santidad León XIII*, en latín y castellano,

b) Inmediatamente después de entrado en vigencia en 1871, comenzó el debate sobre el origen, fundamento y extensión de ese derecho, debate que caracterizó al medio siglo que comprende este trabajo. No tanto los civilistas puros como los publicistas, filósofos y tesistas participaron de la discusión.

c) La amplia mayoría de los autores defendió la propiedad privada individual, como institución del Derecho natural fundada en la ocupación y el trabajo, sujeta a ciertos límites, impuestos preferentemente por la moral. Las diferencias que mostraron estos autores consistieron en su mayor o menor preocupación por la "cuestión social" y el grado de relación que establecieron entre ella y la propiedad.

d) Las ideas socialistas sobre la institución, salvo la literatura corriente, las declaraciones de los partidos políticos y organizaciones gremiales, y una tesis doctoral de 1884, sólo adquirieron una mayor relevancia académica en la década de 1910, expuestas por León Duguit, Jean Jaurés y Enrique del Valle Iberlucea. Sus posturas no fueron idénticas y oscilaron entre la propiedad colectiva de los medios de producción y la propiedad individual "cooperatizada" de Jaurés.

e) Al final del período se perfiló una tendencia a la reforma del código, para incluir entre los fines de la propiedad la satisfacción de las necesidades sociales, tendencia que se consolidaría en una etapa ulterior.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRAQUERO, Julián, *Espíritu y práctica de la Constitución argentina*, 2ª ed., s/ed., Buenos Aires, 1889. La 1ª ed., como tesis para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia, es de 1878.
- BUNGE, Carlos Octavio, "El problema del porvenir del Derecho" (1904).
- IDEM, *Estudios filosóficos*, con una introducción de Enrique Martínez Paz, La Cultura Argentina, Buenos Aires, 1919.
- COLMO, Alfredo; "Caracteres del Derecho civil contemporáneo (Conferencia inaugural, curso 1909)", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, II: 1, Buenos Aires, 1909.
- CORVALÁN, César D., *El derecho de propiedad*, tesis, Universidad de la Capital, Buenos Aires, 1895.
- CASTELLANOS, Joaquín, *Acción y pensamiento*, J. A. Pellerano, Buenos Aires, 1917.
- CORNBLIT, Oscar, "Fundamentaciones clásicas y latinoamericanas", Oscar CORNBLIT y Horacio SPECTOR, *Fundamentos de la propiedad. Ideas clásicas, en Latinoamérica, contemporáneas y bases para una propuesta*, CEPPA, Buenos Aires, 1994, (Colección Papeles de Trabajo, 7).
- DEL VALLE IBERLUCEA, Enrique, "El socialismo y la evolución de la propiedad", *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, X, Buenos Aires, 1915.
- DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, traducción de Carlos G. Posada, Librería de Francisco Beltrán, Madrid, s/d.

publicadas bajo la dirección y con un prólogo del Dr. D. Manuel de Castro Alonso, I, Editorial Cuesta, Valladolid, s/d, 524).

- ESCALANTE, Wenceslao, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, 1901. La 1ª ed. es de 1884.
- ESTRADA, Carlos, *Principios fundamentales de la propiedad*. Disertación para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia, Buenos Aires, 1886.
- ESTRADA, José Manuel, *Curso de Derecho constitucional*, I, s/ed., Buenos Aires, 1901, (Obras completas de Estrada).
- GARCÍA, MANUEL R. e. a., *Juicios críticos sobre el proyecto de código civil argentino*, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920.
- GONZÁLEZ, Florentino, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 4ª ed., Ch. Bouret, París-México, 1889. La 1ª ed. es de 1869.
- HERNÁNDEZ, Pedro J. *La propiedad*, tesis, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1895.
- JAURÉS, Jean *Conferencias pronunciadas en Buenos Aires por el diputado socialista francés y traducidas al castellano por Antonio de Tomaso (septiembre-octubre de 1911)*, prólogo de Juan B. Justo, 2ª ed., La Vanguardia, Buenos Aires, 1922.
- LEVAGGI, Abelardo, "El proceso de transformación del régimen de la propiedad según la codificación iberoamericana del siglo XIX", Eugenio DOS SANTOS (ed.), *Actas do XII Congresso Internacional de AHILA*, V, Porto, 2001.
- IDEM, *Las capellanías en la Argentina. Estudio histórico-jurídico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Buenos Aires, 1992.
- IDEM, "Tratamiento legal y jurisprudencial del aborigen en la Argentina durante el siglo XIX", CALIFANO e. a., *El aborigen y el derecho en el pasado y el presente*, coordinador Abelardo Levaggi, UMSA, Buenos Aires, 1990.
- MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil argentino*, reed. facsimilar de la ed. de 1916, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000.
- ODDONE, Jacinto, *Historia del socialismo argentino (1896-1911)*, I, CEAL, Buenos Aires, 1983.
- ORTIZ, Miguel, *Del dominio (Estudio del título V, libro III del Código Civil)*. Tesis presentada a la Universidad de Buenos Aires para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia, Buenos Aires, 1872.
- PESTALARDO, Agustín, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*, tesis, s/ed., Buenos Aires, 1914.
- RODRÍGUEZ LARRETA, Carlos, *Discursos y escritos*, Coni Hnos., Buenos Aires, 1913.
- PEYRET, Alejo, *Propiedad territorial. Investigación sobre su origen y fundamento*. Estudio presentado a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia, Buenos Aires, 1884.
- RIVAROLA, Rodolfo, *Instituciones del Derecho civil argentino*, I, J. Peuser, Buenos Aires, 1901.

- SÁNCHEZ, BENJAMÍN, *La propiedad. Meditaciones sociales y jurídicas*, tesis, Buenos Aires, 1883.
- TANZI, Héctor José, "La enseñanza del Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires", *Revista de Historia del Derecho "Ricardo Levene"*, 31, Buenos Aires, 1995.

EL PENSAMIENTO POLÍTICO DE ECHEVERRÍA

Por **Tulio Ortiz**

RESUMEN

En este artículo nos proponemos reseñar aspectos poco conocidos de los antecedentes intelectuales de este miembro de la Generación del 37. Asimismo, sistematizaremos sus aportes conforme a una metodología actual.

Echeverría y sus ideas parecen justificar aquello de que las nacionalidades primero son vislumbradas por los poetas y escritores, luego impulsadas por las minorías políticas y finalmente, aceptadas por los pueblos. Los principios echeverrianos y de otros hombres de su tiempo, dieron sustento a los frágiles simientes de un Estado que se consolidaría medio siglo después, intentando poner en práctica al menos en parte, aquellas ideas.

El presente trabajo está basado en una conferencia efectuada hace años en el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), que, sin embargo, esta institución no publicó, por lo cual considero que el tiempo transcurrido habilita su edición actual, la cual ha sido ligeramente remozada, puestas en orden las notas, referencias y demás gracias a la gentil colaboración de la Mag. Luciana B. Scotti a quien mucho agradezco.

PALABRAS CLAVE

ECHEVERRÍA – ROMANTICISMO – NACIÓN – DEMOCRACIA – REPÚBLICA -

THE POLITICAL THOUGHT OF ECHEVERRÍA

By **Tulio Ortiz**

SUMMARY

In this article we intend to point out aspects not much known of the intellectual antecedents of this member of the Generation of the 37. Also, we systematize his contributions according to a current methodology.

Echeverría and his ideas seem to justify that, at first time, the nationalities are glimpsed by the poets and writers, then, impelled by the political minorities and finally, accepted by the peoples. The principles of Echeverría and of other men of his time, gave sustenance to the fragile seeds of a State that would consolidate half century later, trying to put those ideas into practice, at least partly.

The present work has based on a conference celebrated in the Argentinian Council for the International Relations (CARI) several years ago, but this institution didn't publish it, so I consider that the time passed enables its current edition, which has been lightly renovated, and the notes and references has been put in orden thanks to the kind collaboration of Luciana B. Scotti. I am very grateful to her for that work.

KEY WORDS

ECHEVERRÍA – ROMANTICISM – NATION- DEMOCRACY- REPUBLIC -

EL PENSAMIENTO POLÍTICO DE ECHEVERRÍA

Por Tulio Ortiz*

PALABRAS INTRODUCTORIAS

Hemos precedido la exposición de las ideas echeverrianas con algunas nociones del romanticismo y del denominado "romanticismo saintsimoniano". Por otro lado creímos que no se podía entrever exactamente el pensamiento de Echeverría sólo en su faz política, sin una exposición previa de las ideas filosóficas generales que nutren a aquella.

Tampoco nos hemos limitado a reducir las fuentes de análisis al "Dogma" solamente. Si bien no dejamos de darle primordial importancia, lo hemos respaldado en otras obras suyas como "La Revolución de Febrero en Francia", el "Manual de enseñanza moral", "Origen y naturaleza de los poderes extraordinarios", etc., además de la "Ojeada Retrospectiva", y las "Cartas a D'Angelis", que para algunos críticos, integran el "Dogma" propiamente dicho.

Sin pretender agotar la bibliografía, ponemos a disposición de los estudiosos la principal. También, como aporte original, la puntual influencia de Lamennais sobre nuestro autor.

Hemos utilizado como texto básico las "Obras Completas" editadas por Gutiérrez en 1873. Sobre ellas proponemos el siguiente:

Código de siglas

DS: "Dogma Socialista (comprende la "Ojeada")"

OC: "Obras completas", edic. 1873.

REF: "La Revolución de Febrero en Francia".

SL: "Segunda Lectura".

2CDA: "Segunda carta a D'Angelis".

Las demás obras referidas se individualizan con su nombre completo.

* Abogado, egresado con Diploma de Honor. Doctor en Ciencias Políticas. Docente-Investigador: categoría 1. Profesor Titular regular de Teoría del Estado de la Facultad de Derecho de la UBA. Vice Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", de la UBA. Vice Decano de la Facultad de Derecho (2006/2010). Director del Proyecto UBACyT D0005. Profesor del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho. Coordinador del Seminario Permanente de investigación y docencia sobre la historia de la Facultad de Derecho. Es autor y coautor de diversos libros y trabajos de su especialidad.

SOBRE EL ROMANTICISMO

“La eternidad con sus mundos, el pasado y el presente, está en nosotros o no está en ningún otro lugar. El mundo exterior es un mundo de sombras que proyecta su sombra en el reino de la luz.” *NOVALIS*.

Estado de la conciencia europea durante todo el siglo XIX, el romanticismo se presenta a la vez como fenómeno único y variado, reacio a definiciones y rico en sugerencias. Como el mismo Echeverría dijera alguna vez (ECHEVERRÍA, OC-5-94/107), se basa en una imaginación sombría como su destino que insaciable y no satisfecha “busca siempre perfecciones ideales y aspira a ver realizadas las esperanzas que su ciencia le infunde”. Esperanza de las naciones, luz de los pueblos, clamor de los humildes en su multifacético rostro aparece “ambicionando el infinito, buscando en las profundidades de la conciencia el enigma de la vida y el universo”. La actitud ante la vida es reflexiva y melancólica, “se mueve entre la memoria del pasado y el presentimiento del porvenir”, tal como sostuvieron los sansimonianos:

“La ley del desarrollo de la
humanidad precisa de la
tradicción y de la profecía”.(HEER, 1980, 770)

Como se sabe la introducción del romanticismo en Francia –desde donde llegará a nuestras tierras- es obra de Germaine Necker o Mme. de Stäel, que lo trae de Alemania hacia 1810 (HEER, 1980, 249) –con su libro “De L’Allemagne” –los franceses conocerían este movimiento cuando había perdido parte de su vigor en su país de origen.

La relación entre Germaine y August Schlegel es fundamental en este periplo. Cuántas deudas tienen el espíritu europeo y universal con estas mujeres excepcionales como George Sand y la casi desconocida entre nosotros Bettina Brentano. Para 1821 se traducen en Francia los dramas de Schiller; en 1827 a Herder; un año después el Fausto de Goethe y en 1829 el genial Hoffmann. 1830 no sólo es el año de “Hernani” sino también del estreno de la “Sinfonía Fantástica” de Héctor Berlioz. Este año alienta un espíritu que conmoverá toda Europa en el 48. En Italia y España se apodera de los más jóvenes, pasando luego a Polonia, Rusia, Hungría y otros países (HEER, 1980, 249).

Es obra de expatriados, de emigrantes voluntarios o forzosos, de hombres que viven en una situación de emigración interior. Muchos de ellos, desengañados de la Restauración, así el caso de Hugo siguiendo a Chateaubriand en este peregrinaje interior.

Lamartine clama: “reponds-moi, Dieu cruel !
change l’ordre des cieux, que ne nous
parle plus”.

En 1829 los sansimonianos se organizan. En 1831 Mazzini formula el programa de la Joven Italia. No se limita, pues, a términos literarios. El arte y la política se ven enraizados en el mismo mundo donde el poeta se siente transeúnte. Su entusiasmo, pasión, sentido de la grandiosidad y del drama pasan a los análisis sociales, a las luchas políticas, insuflado todo por una concepción del mundo totalizante (es muy fuerte el panteísmo), que no es ni sistemática ni analítica.

Podemos afirmar que cabe hacer dos clasificaciones del romanticismo; la primera, atendiendo a su origen y desarrollo; y la segunda en cuanto a la influencia (TOUCHARD, 1975, 398):

| Evolución | Años | | Situación | Caracterización |
|-----------|------|-----------|----------------------|-----------------|
| | 1. | 1800-1810 | Recepción en Francia | |
| | 2. | 1810-1830 | Crecimiento | Tradicionalista |
| | 3. | 1830-1848 | Apogeo | Revolucionario |
| | 4. | 1848-1885 | Estabilización | Conservador |

Clases {
 Socialista (Saint Simón-Leroux)
 Nacionalista (Mazzini)
 Tradicionalista (Chateaubriand)

En fin, como afirmaba Luis Pavwels mas de 30 años atrás:

“El romanticismo es la búsqueda apasionada de un sistema del mundo que permite la conciliación de las doctrinas enemigas, de las ideologías y las místicas en una ciencia total. Las ideas fuerzas románticas son esencialmente las ideas de Unidad de Analogía, de Devenir y de Armonía”. (PAVWELS, 1968, 123)

La espiritualidad romántica tuvo las siguientes características: (PÉREZ AMUSCHÁSTEGUI, 1963, 7)

1. Afinamiento del sentido histórico y exaltación de la conciencia histórica.
2. Reconocimiento de un “espíritu de los pueblos” al que debe remitirse la comprensión de lo cultural.
3. Conciencia de la realidad socio-cultural, rica en potencias que le son inherentes.

4. Ponderación de la libertad como valor político culminante.
5. Necesidad de un Estado que asegure el logro de la plenitud moral.

Específicamente, en el caso de Echeverría lo histórico implicaba la siguiente índole: (Id., 9)

1. Toda creación humana está impregnada de historicidad.
2. Todo en el curso histórico está intervencional.
3. El devenir se encauza por fuerzas espirituales libres.
4. Lo nacional es el sujeto y el objeto de la historia.
5. La historia es la realización de la libertad en la nacionalidad.
6. El fin de la historia es el progreso nacional.

Agregaríamos que para Echeverría presenta el conocimiento de la realidad histórica las siguientes notas: (Id., 11)

1. Marcado pragmatismo nacionalista.
2. Exageración de lo dramático por exaltación de lo emotivo.
3. Proclividad hacia lo esotérico.
4. Nostalgia por el pasado nacional.
5. Propósito regenerador en la ley de las tradiciones inmarcesibles de la nacionalidad.
6. Búsqueda en el pasado de la clave para la comprensión del presente y el futuro.

EL ROMANTICISMO SAINTSIMONIANO

“Sin religión el mundo no es más que un desierto.” *LEROUX*.

El denominado saintsimonismo fue sin duda una religión. Fallecido en 1825, Saint Simón dejó discípulos que, desde entonces y hasta 1830 difundieron su doctrina (SIERRA, 1915, 256). Enfantin –que era ingeniero– fue quien fundó “Le Globe”, que luego tomaría Leroux bajo su dirección. Pereire –creador del crédito mobiliario–, Duveirier, Bazard y otros, serían los apóstoles de la nueva creencia (TOUCHARD, 1975, 427 y ss). Augusto Comte, secretario del fundador en una época, fue le más conocido aunque no el más leal de los discípulos (HEER, 1980, 271).

El científicismo del padre del positivismo tendría su fuente en Saint Simón quien había unido las ideas de “Industria” y “Progreso”. No en vano el nombre del periódico fundado por aquél sería “L’Industrie”, y ella era –precisamente– la tercera etapa de un ciclo de tres momentos: “feudalismo – revolución – industria” (Id., 270), estadios que, con otro nombre, tomaría Comte más adelante (COMTE, 1876, 87 y ss).

Para Saint Simón y sus herederos la política debía ser la ciencia de la producción siendo conocida la célebre parábola de los productores y los zánganos según la cual Francia (o cualquier país) bien podía prescindir de todos los nobles, militares, rentistas, clérigos, etc., sin que la nación sucumbiera; en cambio no ocurriría otro tanto si se extinguieran de pronto los productores e industriales. La economía, por ende, resulta la base de la política; por ello Engels consideró a los seguidores de Carlos Marx como descendientes de Saint Simón a pesar de que aquél era firme partidario de la propiedad privada. Sus discípulos, en cambio, extremarían muchas de sus ideas tal como solicitaron al gobierno que transformara a un ejército en una “sociedad productiva” (HEER, 1980, 272).¹

Leroux, influido por Saint Simón agrega algunas notas peculiares tales como el deber de solidaridad resultante del principio universal de la cadena indefinida; la vida como base de la trilogía: “sensación– Sentimiento–conocimiento”, de la cual surgirá la conjunción: “Propiedad–Familia–Patria” (ORGAZ, 1950, 123).

Dejará Leroux su pensamiento escrito en las siguientes publicaciones:

- “Le Globe” (desde 1824 a 1832)
- “Revue Encyclopedique” (1831 a 1835)
- “Revue de deux mondes” (1835-36)
- “Nouvelle Encyclopedique”

que según Orgaz habrían de influir sobre la “creencia” datada en 1838. Publicando posteriormente Pierre Leroux:

¹ El mismo autor recuerda la influencia sobre el art. 12 de la Constitución de la URSS de 1936, de aquel: “A cada uno según...”, acuñado por Saint Simón.

- "De L'humanité" (1840)
- "Revue sociale"

Proyectaría su luz sobre el "Dogma" (1846), y "La Revolución de Febrero en Francia" (1850), (Id., 138).

No obstante, Orgaz admite que directamente también influyó Saint Simón con los artículos que publicaba hasta 1825 en la "Revue Encyclopedique" (Id. 141), haciéndolo los demás saintsimonianos sobre las "palabras simbólicas" inspiradas en la llamada "Exposición" (1829) que es un compendio de las 17 conferencias dadas por los discípulos (principalmente Bazard y el nombrado Enfantin) (Id., 136).

En menor escala resalta Orgaz la influencia de Mazzini en su libro "Fe y Porvenir" de 1835, como así también los Estatutos de la Joven Italia y de la Joven Suiza del mismo año.

En su "Sociología Argentina" (INGENIEROS, 1917, 301 y ss.), Ingenieros sugiere que, proscrito en Montevideo, Echeverría debió haber leído "Le messenger Francais", dirigido por M. Eugenio Tandonnet, publicación periódica aparecida entre 1840 y 1842, que propalaba el "falansterianismo fourierista", tal como lo comentaba Angel Giménez (GIMÉNEZ, 1917).

Ello nos lleva a la figura de Fourier (1772-1837) que expresó una doctrina propia llena de extravagancias y fuertemente satírica (TOUCHARD, 1975), redescubierta en nuestro siglo por André Breton y L. Pauwels (PAWELS, 1968, 117).

Charles Fourier, no veía con buenos ojos las veleidades industrialistas de Saint Simón; por el contrario, su sentido antiindustrial y antiestatal parecía remontarlo a épocas pretéritas (HEER, 1980, 273). Tampoco le agradaban los judíos (en cambio el saintsimonismo estuvo muy influenciado por los judíos como comenta Touchard), considerándolos como "enemigos secretos de todas las naciones" (Id., 275).

A diferencia de Leroux, que se consideraba un creyente y que defendía el cristianismo, Fourier esboza una doctrina sensualista, fundada en las pasiones a las cuales, según entiende, no hay que reprimir sino encauzar a través de un nuevo sistema que propone (los célebres y curiosos "Falansterios") (FOURIER, 1946). Además, su análisis de las pasiones anticipa en un siglo el freudianismo y las tesis de algunos exponentes de la denominada "Escuela de Francfort", como Marcuse (MARCUSE, 1965).

En síntesis, podemos afirmar que la influencia de Fourier es de menor cuantía con relación a la de Leroux y Saint Simón, en ese orden, aunque Echeverría pudo coincidir con Fourier en el análisis de la situación de los proletarios en la Europa de su tiempo (FOURIER, 1946, cap. XX, y ECHEVERRÍA, REF, OC-4,450).

Es más nítida la influencia de Hughes Felicite de La Mennais (f. en 1854), hacia el final de la revolución intelectual de Echeverría, al menos en forma concreta, aunque el bretón influye sobre el rioplatense a través de sus últimos trabajos ya que, recordemos, Lamennais, al principio de su carrera intelectual se inspiró en corrientes ultramontanas tales como las que provenían de Bonald y de Maistre (HEER, 1980, 705 y ss).

Desde 1830 el abate dirigirá el célebre "L'Avenir" que con el lema: "Dios y la libertad", predicará a favor de la libertad de conciencia, de prensa, de enseñanza con ideas muy avanzadas entonces de lo que

hoy llamamos la Doctrina Social de la Iglesia, así como su campaña a favor de los pobres. En sus páginas colaboraron notables escritores como Lamartine, Hugo y Vigny. No obstante su lucha no fue receptada por los sectores conservadores del catolicismo francés, que, finalmente, lograron distanciar a Lamennais de la autoridad papal. Esta, tras la frustrada reunión de marzo de 1832 emitió un documento (“Mirari vos” del 15 de agosto de 1932), condenando a L’Avenir, el cual un mes después cerraría sus puertas. Esto precipita la última crisis espiritual de Lamennais quien en abril del año siguiente deja los hábitos. En 1834 escribirá las “Paroles de un croyant” obra condenada de inmediato por la “Singulari nis”, también signada por el Papa Gregorio XVI.

Precisamente en un escrito de Lamennais titulado “El libro del pueblo” –que algunas ediciones castellanas traen a continuación de las “Paroles” (LAMENNAIS, 1834, 77 a 134)– es que se inspira en buena parte el “Manual de Enseñanza Moral” (ECHEVERRÍA, OC-4, 327 y ss) que escribiera Echeverría en 1844 (principalmente los Caps. III, IV y V). Se trata de los deberes de la persona con la familia, la patria y la humanidad, inspiración que a veces llega como en otras obras con relación a otros autores, a la transcripción del concepto y a veces a las propias palabras de Lamennais. Veamos, por ejemplo:

| L A M E N N A I S | E C H E V E R R Í A |
|---|--|
| <p>“Honrad, amad al padre, que os ha transmitido su vida y a la madre que os ha criado en sus pechos. ¿Hay un ser más maldito que el que quebranta el vínculo de amor y respeto, establecido por Dios mismo...?” (LAMENNAIS, 1834, 113)</p> | <p>“...resulta que debéis honrar y venerar a vuestros padres. De ahí el precepto de la ley moral o divina: “Honra a tu padre y a tu madre...”</p> <p>“Así el que no honra a sus progenitores será maldito ante Dios” (ECHEVERRÍA, OC-4, 372)</p> |
| <p>“Carecéis de experiencia y de razón: necesario es que os guíe su razón y su experiencia” (LAMENNAIS, 1834, 113)</p> | <p>“Vosotros como niños lo que os conviene, ... necesitáis oír su consejo y su palabra” (ECHEVERRÍA, OC-4, 372)</p> |
| <p>“La patria es la madre común... expresa la fusión voluntaria de todos los intereses en una sola vida, perpetuamente duradera”. (LAMENNAIS, 1834, 115)</p> | <p>“La patria es la madre común... simboliza la unión de todos los intereses en un solo interés, de todas las vidas en una sola vida imperecedera”. (ECHEVERRÍA, OC-4, 376)</p> |

IDEAS BÁSICAS DE ECHEVERRÍA

“La religión, querido amigo, no es para nosotros, en modo alguno, cosa de broma, sino de máxima seriedad por lo que creemos llegado el momento de fundar una. Este es el fin de todos los fines y el punto capital.”
HOLDERLIN, NOVALIS y ambos *SCHLEGEL* en la reunión del 31 de diciembre de 1789.

Consecuentemente con sus fuentes, el romanticismo echeverriano no se limita a una cuestión de estilos literarios; su pensamiento está imbuido por una verdadera cosmovisión donde se mezclan concepciones religiosas y filosóficas. Dios se manifiesta a través de la historia, –he aquí un principio agustiniano que Echeverría reencuentra–; la Historia es la manifestación de los “designios de la Providencia”.² A Dios se puede acceder sea por un “instinto imperioso”³, o a través de las religiones reveladas o positivas, de las cuales “el cristianismo es la mejor”⁴. Cristo divinizó la Fraternidad en el mundo⁵ y su doctrina portaba un contenido “civilizador”⁶ a un mundo sumergido en las tinieblas, concepción ésta que si bien desecha el concepto deísta⁷ y aventa cualquier ateísmo, y aún la crítica de la ilustración a la revolución cristiana (tal como lo entendían Gibbon (1776/1788, caps. XV u XVI) y Voltaire (1764),⁸ por ejemplo, no cae en un clericalismo que, por el contrario va a criticar violentamente.⁹ Remarcando la necesidad de las creencias religiosas para los pueblos,¹⁰ pero no de la religión organizada tal como se la conocía en su época, en obvia referencia al catolicismo romano. Claro mensaje que recuerda a los románticos europeos comenzando por Jean Paul en su “Discurso del Cristo Muerto” (HEER, 1980, 177), y llegando hasta Saint Simón, Leroux y Lamennais, pero distanciado a su vez del materialismo marxista.

² “La filosofía busca... en la historia el hecho de la tradición progresiva de cada pueblo y de la humanidad, y por consiguiente, la manifestación de los designios de la Providencia” (DS-OC, 4, 168).

³ “La religión natural es aquel instinto imperioso que lleva a un hombre a tributar homenaje a su Creador” (Id. 136).

⁴ “La mejor de las religiones positivas es el Cristianismo, porque no es otra cosa que la revelación de los instintos morales de la humanidad” (Id. 137).

⁵ “Cristo la divinizó con su sangre (a la fraternidad humana)” (Id. 129).

⁶ “El cristianismo es esencialmente civilizador y progresivo”. “El mundo estaba sumergido en las tinieblas y el verbo de Cristo lo ilumino y del caos brotó un mundo” (Id. 137).

⁷ Deísmo que atribuye Ingenieros a Echeverría en todas sus obras.

⁸ En su *Diccionario Filosófico*, principalmente voces “Cristianismo”; “Divinidad de Jesús” entre otras.

⁹ “Rara vez en nuestras campañas, donde el desenfreno y la inmoralidad no hallaban coto, ni alcanzaban la acción de la ley, ni de la autoridad vacilante, se oyó la voz de los evangelizadores. Se mandaban siempre los más nulos e inmorales a apacentar la grei cristiana... los sacerdotes de la ley habían desecado del santuario para adular con las pasiones humanas” (DS-OC, 4, 27), en otra parte llama al Vaticano “Coloso decrepito” (DI-OC, 5, 332).

¹⁰ “Las cuestiones religiosas generalmente interesan muy poco a nuestros pensadores: error heredado por algunos de nuestros amigos. Así se ha desvirtuado y desnaturalizado en nuestro país, poco a poco, el sentimiento religioso. No se ha levantado durante la revolución una voz que lo fomente o ilumine... hemos desechado el móvil más poderoso para movilizar y civilizar nuestras masas” (DS-OC-4, 25).

Hacemos notar una singular intuición de Echeverría cuando al estudiar las ideas reguladoras de la sociedad¹¹ entiende que la misma implica “una concepción racional deducida de la historia”,¹² que no es otra cosa que la idea de Dilthey en Alemania hacia fines del siglo pasado, y que difundiera Ortega en España. Puntualizamos de paso que en el mismo lugar el autor califica a la sociedad como “organismo”, significativo en aquellos tiempos y que tendría numerosos adeptos aquí y en Europa.

La civilización ha llegado en los siglos XVII y XVIII al estadio del racionalismo y en el último – además – al progresismo. La filiación lerouxiana aquí se manifiesta abiertamente por parte de Echeverría, quien admite que “La Humanidad” (LEROUX, 1840) fue su obra guía,¹³ rechazando la idea religiosa del paraíso perdido de raigambre judeo-cristiana, para afiliarse a Saint Simón y precursores que ven la edad de oro en el porvenir.¹⁴ Este optimismo echeverriano caracteriza al siglo XIX en sus más variados matices;¹⁵ por ende hay que terminar con las tradiciones retrógradas¹⁶ de las cuales España es exponente máximo,¹⁷ nefasta en su legado de costumbres y legislación, por el contrario la Revolución de Mayo es la expresión de un principio lineal y progresivo de la historia (RM-OC-5, 243/66), sobre lo cual volveremos luego.

Echeverría pone el siguiente acento (el primero lo colocó sobre la tríada Dios–Providencia–Historia), sobre el individuo al cual destaca, no debe absorber la sociedad¹⁸, que posee (el individuo) derechos que están por encima de la ley positiva, los cuales son también ley de la razón; en definitiva se muestra partidario de la existencia de los que denomina “leyes naturales y principios conservadores de la sociedad”,¹⁹ que, repetimos, están supraordenados a la ley positiva, la cual, por su parte, debe reconocer las jerarquías naturales basadas en la inteligencia, la virtud, la capacidad y el mérito.²⁰

¹¹ “Pensamiento sintético inoculado por la filosofía en el seno de la sociedad francesa” (RFF-OC-4, 439).

¹² “Ese pensamiento no es un pensamiento abstracto, parto solitario de la razón, sino una concepción racional deducida del conocimiento de la historia y del organismo animado de la sociedad, y elevado a la categoría de ley del engendramiento sucesivo de los fenómenos sociales que constituyen la vida de una nación” (RFF-OC-4, 440).

¹³ Leroux, apóstol de la perfectibilidad” (REF-OC-4, 443).

¹⁴ Saint Simón... recogiendo el legado (de Bacon, Vico Leibniz, Lessing, Kant, Fichte y otros) ...exclamando con acento profético: “La edad de oro que una ciega tradición colocó hasta ahora en el pasado está delante de nosotros. El porvenir se muestra a los ojos de los pueblos no como un escollo sino como un puerto. Marchemos como un solo hombre, según la bella expresión de un poeta antiguo, inscribiendo sobre nuestra pacífica bandera: “El Paraíso terrestre está delante de nosotros” (RFF-OC-4, 442). En igual sentido cuando afirma Echeverría: “Me pareció entonces y me ha parecido ahora conveniente demostrar que la “edad de oro” de nuestro país no está en el pasado sino en el porvenir” (2ª. CDA-OC-4, 297).

¹⁵ “Los elementos que constituyen la civilización humanitaria son: el elemento industrial, el científico, el religioso, el político, el artístico, el filosófico” (2ª. L-OC-4, 160).

¹⁶ “La idea estacionaria que quiere el “statu quo” (DS-OC-4-158)

¹⁷ “Dos legados funestos de la España traban principalmente el movimiento progresivo de la revolución americana – sus costumbres y su legislación–” (Id. 160).

¹⁸ “La sociedad no debe absorber al ciudadano o exigirle el sacrificio absoluto de su individualidad... la voluntad de un pueblo no puede establecer un derecho atentatorio del derecho individual, porque no hay sobre la tierra autoridad alguna absoluta, porque ninguna es órgano infalible de la justicia suprema y porque más arriba de las leyes humanas está la ley de la conciencia y la razón” (DS-OC-4, 121).

¹⁹ “Más allá de esa ley (positiva) y en otra esfera más alta, existen los derechos del hombre, que siendo la base y la condición esencial del orden social, se sobreponen a la ley y la dominan” (DS-OC-4, 122); “Ninguna mayoría, ningún partido o asamblea tiene derecho para establecer una ley que ataque las leyes naturales y los principios conservadores de la sociedad” (Id.).

²⁰ “De origen natural y divino” agrega, (DS-OC-4, 134).

“De cada uno según su capacidad
a cada uno según sus obras”. (HEER, 1980, 261)

Aunque, cabe aclarar la expresión textual de Echeverría no es exactamente la anterior,²¹ hecho que se debe –sin duda– a la influencia de la lectura y traducción apresurada de “Le Globe” que dirigiera Leroux, su maestro.²²

Natural, es también, la llamada “ley del desarrollo universal”, tomada según nuestro autor, de Blas Pascal (DS-OC-4, 127), o “ley del progreso humanitario”, extraída –siempre según Echeverría– de Leibniz, Vico, Herder, Turgot, Condorcet y Leroux (2ª. CDA-OC-4, 307.).

Reafirmación del individuo es su criterio favorable a la plena validez de la propiedad privada,²³ a la cual agrega la familia y la Patria, en una trilogía que no parecería bandera de sectores ajenos a un pensamiento socialista. No obstante, Echeverría aclara que el Estado tiene funciones de “verdadera providencia social”²⁴ en cuanto “ampara a todos sus miembros”, “conoce las necesidades de todos y la forma de satisfacerlas sin distinción alguna”; “proporciona educación a todos con un fin de mejorar y de perfeccionar y marcha al frente del progreso social”. Constata que de la propiedad están excluidos los “proletarios” que son los que no tienen propiedad alguna y viven del salario (RFF-OC-4, 450, n. 1), pero que tienen igual derecho a gozar de la propiedad;²⁵ culpa a los privilegiados y explotadores que carecen de todo “principio de simpatía y moralidad”.

Hacia ello dirigirá Echeverría una verdadera catilinaria destinada a corregir los abusos y permitir a todos los hombres el acceso a la propiedad privada. Este final del autor lo aleja del colectivismo en forma tajante, aunque, cabe reconocerlo, su punto de partida histórico–materialista es muy similar²⁶ al que desarrollaron posteriormente Marx y Engels.

No obstante, las doctrinas humanitarias que profesa Echeverría se adhieren a una concepción netamente racista basada en la creencia de la superioridad de la raza aria o “caucasiana” como él la

²¹ “El problema de la igualdad social está entrañado en este principio: A cada hombre, según su capacidad, a cada hombre según sus obras” (DS-OC-4, 134).

²² En 1831 Enfantin –discípulo de Saint Simón– adquiere “Le Globe” continuando con el nombre de “Le Globe, journal de la doctrina de Saint Simón”. Su lema era: “A chacun selon sa capacité, a chaque capacité selon ses oeuvres” (HEER, 1980, 269).

²³ “De esta triple manifestación de la virtualidad del yo humano resulta la propiedad, la familia, la patria o el Estado” (RFF-OC-4, 446).

²⁴ “El Estado, cabeza visible de la sociedad, ejerce las funciones de verdadera providencia social; ampara a todos sus miembros, conoce las necesidades de todos y la forma de satisfacerlas sin distinción alguna; proporciona educación a todos con un fin de mejora, perfección y marcha al frente del progreso social”.

²⁵ “El proletario trabaja día y noche para enriquecer el propietario ocioso; cambia el sudor de su rostro por el sustento para él y familia. La retribución de su trabajo no es equitativa, apenas le basta para alimentarse. El proletario no puede ser nunca propietario, ni salir de su miserable condición ni habilitarse para ejercer derecho social alguno” (RFF-OC-4, 451). Agrega acto seguido: “El poseedor de los instrumentos de producción lo explota pues lo hace servir a su provecho como un animal de carga por mísero salario, cuando no lo arroja de sus talleres ya enfermo o impotente para el trabajo; cuántos en momentos de crisis industrial o comercial o por la invención de una máquina, no hallando empleo sus brazos, se ven impelidos a la mendicidad y muchas veces al crimen” (RFF-OC-4, 451).

²⁶ “No es ya como en las sociedades antiguas esclavo el hombre de espíritu y de cuerpo, de la familia y de la patria-casta; no es ya como en la edad media, y todavía en Rusia, siervo del terrazgo; pero el propietario, el poseedor de los instrumentos de producción le impone una especie de servidumbre onerosa” (RFF-OC-4, 450).

denomina, de “cráneo extenso y facultades intelectuales y perceptivas”²⁷ que es motor fundamental para acceder al progreso. Difícil es determinar de dónde toma el autor tal idea que, (justo es señalar) adoptan otros autores argentinos posteriores (SARMIENTO, 1883),²⁸ ya que no hay referencia alguna que nos oriente. Recordemos, como sugerencia, que tales postulados inundaron el siglo XIX, aún antes de los conocidos Chamberlain (1899) y Gobineau (1855), que existió una “izquierda” racista y aún antisemita, que Fourier escribió sobre los “36 modos de quebrar, fraudulentamente” y que para él, el 18º era el “modo judío”, que ello influyó en Engels y aún en Feder, fundador del Partido Nacional Socialista Obrero Alemán, en 1919 (HEER, 1980, 275).

²⁷ “No está cerrado para nosotros el camino del progreso. Pertenecemos a una raza privilegiada, a la raza caucasiana, mejor dotada que ninguna de las conocidas, de un cráneo extenso y de facultades intelectuales y perceptivas” (SL-OC-5-340).

²⁸ La doctrina racista se encuentra implícita también en González, Joaquín V.: “El Juicio del Siglo”, en *La Nación* del 25 de mayo de 1910, lo que fue analizado en mi trabajo publicado en *El Derecho*, del 23 de enero de 1987, Mº 6662, tomo 121, bajo el título “La Doctrina Política de la Generación del 80”.

SUS IDEAS POLITICAS

“La imagen engañosa de una pretérita edad de oro representa uno de los mayores obstáculos para la aproximación a la edad dorada que está por venir.” A. SCHLEGEL.

Los principios políticos que animan a Echeverría pretenden ser congruentes con las ideas generales expuestas. Su fe en el Progreso –con mayúsculas– encuentra en la Revolución de Mayo su expresión concreta.²⁹ También lo será de la democracia, tal como el autor la concibe.³⁰ Nadie cuestionó ni a la Revolución ni a la Independencia después. Así el conflicto con Francia en 1838 no ponía en tela de juicio a ninguno de los dos eventos.³¹ Más aún, consigue con su prédica convencer a los unitarios más reacios como Juan Cruz Varela³² y lograr, finalmente, que toda la proscripción apoyara el desembarco de Lavalle en los buques franceses.

Todo lo que permita acabar con Rosas, expresión de lo más retrógrado del espíritu español, debe ser apoyado. Estos conceptos que tantos ataques le costaron a Echeverría y más aún después de muerto por corrientes historiográficas antiliberales, serían luego rectificadas. No sólo acuñando aquella metáfora de la “espada sin cabeza” para referirse a Lavalle (OC-1,438), sino que hacia 1846 premonitoriamente aseveraría:

“No hay que consultar con los extranjeros
para derrocar a Rosas. Se deben levantar
los caudillos que se hicieron a su sombra.
Si no, no tendremos Patria”. Carta del 10
de noviembre de 1846 (OC-5, 438).

²⁹ “La Revolución para nosotros es el Progreso” (DS-OC-4, 128).

³⁰ “La democracia no es una forma de gobierno, sino la esencia misma de todos los gobiernos republicanos... es el régimen de la libertad, fundado sobre la igualdad de clases” (DS-OC-4, 171).

³¹ “No ha llegado a mi noticia que después de la España nación alguna haya puesto en problemas la independencia argentina”. ¿Acaso la Francia bloqueando a Buenos Aires el año 37 para recabar de su gobierno reparación de agravios por violación de la ley pública con respecto a sus súbditos, atacaba la independencia nacional?” (2 CDA-OC-4, 266).

³² En ocasión del 25 de mayo de 1838 había escrito Juan Cruz Varela, lamentándose:

“Y ahora extraña flota lo doma, lo oprime,
tricolor bandera flamea sublime
y la azul y blanca vencida cayó”.

Ante lo cual dice Echeverría: “El género humano es una sola bandera... nadie es extranjero en la patria universal... la familia humana cuya patria es el universo... que hay alianza virtual entre todos los pueblos cristianos tratándose de propagar y defender los principios civilizadores... los emigrados argentinos debían considerarse por lo mismo aliados naturales de Francia... por su parte estaba el derecho y la justicia... el hecho es que al poco tiempo todos los emigrados argentinos adhirieron a ellas y que el Gral. Lavalle se embarcó el 3 de julio de 1839 para Martín García en buques franceses” (DS-OC-4, 47/48).

Con respecto al Restaurador, su posición originaria no fue desfavorable, al igual que Alberdi veía en él la expresión del sentimiento autóctono, tan acorde con sus ideas románticas. Posteriormente, ante la inutilidad del acercamiento, dirá decepcionado de su desencanto y frustración en aquel célebre pensamiento que comienza con el "Si Rosas..."³³ y comprende que Rosas resultó ser la expresión de la Contrarrevolución, del Despotismo y de todo aquello que vulnera, o pretende hacerlo, al ideal de civilización y universalismo,³⁴ encarnado en la bandera tricolor.

Lo paradójico que resalta Echeverría es que Rosas se basó legítimamente en el sufragio universal establecido por sus enemigos unitarios, tomando nuestro autor aquí, como en casi todo, distancia de los rivadavianos. La voluntad de la mayoría no puede imponerse. ¿Cómo pues, compatibilizar ello con la democracia integral que preconiza, entonces?. La respuesta está en la idea echeverriana de que la democracia no es forma de gobierno sino la esencia de los gobiernos republicanos. Siguiendo a Tocqueville, a quien cita, es la democracia el régimen que consagra la libertad y la igualdad³⁵. ¿Cómo juega la soberanía popular, principio que Echeverría no rechaza?

Nuestro autor utiliza un doble recurso dialéctico que tendría seguidores. Distingue el consentimiento general que da origen a las sociedades, de la soberanía que sólo reside en la "razón del pueblo",³⁶ es decir "la parte sensata y racional de la comunidad":

"La parte ignorante queda bajo la tutela y salvaguardia de la ley dictada... por el consentimiento uniforme del pueblo racional".³⁷

"La democracia, no es, pues, el despotismo absoluto de las masas, ni de las mayorías; es el régimen de la razón".³⁸

Se trata, por lo tanto, de una democracia donde las masas quedan bajo la tutela de los ilustrados. Los ignorantes,³⁹ vagabundos⁴⁰ y los que no gozan de la independencia personal⁴¹ no pueden ejercer la

³³ "Si Rosas no fuera tan ignorante y tuviera un ápice de patriotismo en el alma, si hubiera comprendido su posición, habría en aquella época dado un punta-pié a toda esa hedionda canalla de infames especuladores y de imbéciles beatos que lo rodea; habría llamado y patrocinado a la juventud y puéstose a trabajar con ella en la obra de la organización nacional... no lo hizo, fue un imbécil y un malvado" (DS-OC-4, 41/42)

³⁴ "Así salimos en Mayo del régimen colonial, para volver a la contrarrevolución encarnada en Rosas" (DS-OC-4, 52).

³⁵ "El consentimiento general y uniforme constituye la soberanía del pueblo" (DS-OC-4, 173)

³⁶ "La soberanía del pueblo es absoluta en cuanto tiene por norma a la razón...". "La razón colectiva solo es soberana, no la voluntad colectiva... la voluntad quiere, la razón examina" (DS-OC-4, 174).

³⁷ "De aquí resulta que la soberanía del pueblo sólo puede residir en la "razón del pueblo" (subrayado en el original) y que sólo es llamada a ejercerla la parte sensata y racional de la comunidad social" (Id.)

³⁸ "La democracia, pues, no es el despotismo absoluto de las masas, ni de las mayorías, es el régimen de la razón" (Id.)

³⁹ "La soberanía es el acto más grande y solemne de la razón de un pueblo libre. ¿Cómo podrán concurrir a este acto los que no reconocen su importancia?. ¿Los que por su falta de luces son incapaces de discernir el bien del mal?... los que no tienen opinión propia... ¿Cómo podrá ver el ciego, caminar el tullido, articular el mudo?" (DS-OC-4, 174/75).

soberanía. Eso sí, podrán hacerlo el día que dejen de estar bajo tutela en condición de minoridad, cuando se emancipen.⁴²

Echeverría, no obstante su elitismo, acorde con los tiempos, postula como deber para los gobernantes emancipar a las masas ya que ellas no tienen en sus manos la capacidad de hacerlo.⁴³ Para ello, los gobiernos fomentarán la industria,⁴⁴ esparcirán su luz y “tenderán su mano benéfica a los pobres y desvalidos” (DS-OC-4, 175):

“Procurará elevar la clase proletaria al nivel de las otras clases emancipando primero su cuerpo, con el fin de emancipar después su razón” (DS-OC-4, 176).

En este plano la tarea de la religión y de la educación son prioritarias porque las masas: “quieren el bien y no saben dónde se halla; desean ser libres y no conocen la senda de la libertad” (DS-OC-4, 176).

Aparece así el segundo juego dialéctico de Echeverría. No obstante tal tutela política gozan las masas de los derechos civiles lo cual implica la posibilidad del pleno goce de la vida, propiedad, conciencia, etc.⁴⁵. De lo cual resulta que Echeverría afirma la necesidad de la adopción por nuestro país de lo que ha dado en llamarse una república amplia o abierta en materia de derechos civiles y restringida en cuanto a los derechos políticos (BOTANA, 1979; ORTIZ, 1987), fórmula ésta que tendría plena vigencia desde 1853 hasta 1912. El pueblo no puede hacer por ahora la ley que lo rige, pero ella le da los medios de emanciparse teniéndolos en tanto bajo su protección.

Consciente, como Tocqueville, que la marcha hacia la igualdad de clases es inevitable avizora un futuro en que aquella se concrete, y por ende, “la democracia se habrá definitivamente constituido”.⁴⁶

Tal el legado de Echeverría que hizo propia la Organización Nacional y posteriormente la Generación del 80.

Por otra parte, la soberanía popular, ejercida por la parte sensata y racional está limitada por los derechos del hombre que son naturales y superiores a la ley positiva, la cual debe afianzarlos. Así, la vida,

⁴⁰ “Otra condición del ejercicio de la soberanía es la industria. El holgazán, el vagabundo, el que no tiene oficio tampoco puede hacer parte del soberano, porque no estando ligado por interés alguno a la sociedad, dará fácilmente su voto por oro o amenazas” (DS-OC-4, 175).

⁴¹ “Difícilmente sacrificará su interés a la independencia de su razón” (Id.)

⁴² “La ley no les veda ejercer por sí derechos soberanos, sino mientras permanezcan en minoridad: no los despoja de ellos, sino les impone una condición para poseerlos – la condición de emanciparse”. (Id.)

⁴³ “Pero el pueblo, las masas, no tiene siempre en sus manos los medios de conseguir su emancipación. La sociedad o el gobierno que la representa debe ponerlo a su alcance”. (DS-OC-4, 176).

⁴⁴ Además: “Destruirá las leyes físicas que traban su desarrollo, no la sobrecargará de impuestos y dejará que ejerza libre y serenamente su actividad” (Id.)

⁴⁵ “Las masas ignorantes, sin embargo, aunque privadas temporariamente del ejercicio de los derechos de la soberanía o de la libertad política, están en pleno goce de su libertad individual como todos los miembros de la asociación, sus derechos naturales son inviolables” (DS-OC-4, 177).

⁴⁶ “La democracia camina al nivelamiento de las condiciones, a la igualdad de clases” (Id. 177).

la propiedad, la libertad,⁴⁷ limitan el ejercicio de la soberanía, la cual, en cambio, no tiene límites en lo que hace “a la sociedad, en la política, en la filosofía y en la religión”,⁴⁸ postulado dicho muy al pasar y que puede encerrar inesperadas derivaciones totalitarias en cuanto demos un sentido amplio a esas palabras. Aunque cabe agregar que todo lo que se lee después aventa cualquier sospecha de presunto hegelianismo; máxime cuando toma una institución tan característica de la doctrina medieval, cual es el “derecho de resistencia”⁴⁹ ante la ley tirana que infringe el derecho natural.⁵⁰ Un derecho a la revolución que ninguna constitución ha consagrado en nuestro país, al menos en forma expresa.

Echeverría rechaza en numerosas oportunidades la conveniencia de copiar instituciones extranjeras,⁵¹ cargo que imputa a los unitarios; por el contrario, destaca los antecedentes nacionales. Así la célebre 15ª Palabra Simbólica (que la redactó en realidad Alberdi) atinente a los antecedentes unitarios y federales.

Cabe repetir que Echeverría –y toda la Generación el 37– había tomado distancias no sólo de Rosas sino también de los centralistas. En este aspecto la evolución de aquél es notoria desde la “Creencia” del 37 hasta el “Dogma” del 46. En este último su antiunitarismo se acentúa. Otro tanto ocurre en la “Ojeada” que precede a aquél.⁵²

Empero, descubre el paralelismo entre la historia de Francia y la propia (RFF-OC-4, 82), aceptando la doctrina del carácter expansivo de las revoluciones, (RFF-OC-4, 433), todas ellas imbuidas de un común objetivo, la igualdad de clases o la democracia. Reconoce que en Francia la Restauración estuvo influida por el Eclecticismo y que la Revolución de 1830 lo fue por el sansimonismo (RFF-OC-4, 443).

Finalmente esbozaremos los principios constitucionales de Echeverría (OC-5, 267/308). Empezaremos por los derechos naturales que como hemos dicho los extrae del propio hombre, pero no de su naturaleza abstracta sino de los “deseos y esperanzas de la humanidad”, que fueron reconocidos por la Revolución Americana y todas las grandes revoluciones del mundo moderno (OC-5,290); enuméralos comenzando por el derecho a la vida que es extensivo al derecho de cada hombre al libre y pleno goce de las facultades individuales. La libertad, que es el empleo de las facultades de cada uno que no “deberá

⁴⁷ “El pueblo no es soberano en lo que toca al individuo – de su conciencia, de su propiedad, de su vida y de su libertad” (DS-OC-4, 172).

⁴⁸ “La soberanía del pueblo es ilimitada en lo que pertenece a la sociedad – en la política, en la filosofía, en la religión” (Id.)

⁴⁹ “Si la ley positiva del soberano... la viola (a la ley natural), es ilegítima y tiránica, y nadie está obligado a obedecerla” (DS-OC-4, 173).

⁵⁰ “El derecho de resistencia del individuo contra las decisiones tiránicas del pueblo soberano o de la mayoría” (DS-OC-4, 174).

⁵¹ “Pero la América debe recordar que más de una vez el ciego espíritu de imitación ha extraviado en los conflictos a los legisladores y estadistas americanos... Estos estadistas han desconocido la ley del tiempo y el espacio en materia de progreso social... esa ley es el resultado de la tradición, de la historia y de la educación”. (RFF-OC-4, 436/37). En la glosa a la XVª “Palabra Simbólica” se encuentran los antecedentes federales y unitarios del país (DS-OC-4, 200).

⁵² Luego de resaltar la división de fracciones a partir del mismo momento de la Revolución diciendo: “Facción morenista, facción saavedrista, facción rivadavista, facción rosista” (DS-OC-4, 197), afirma que se ha inventariado el caudal de los principios unitarios y federales, distinguiendo a su vez en cada uno de ellos los antecedentes coloniales de los postrevolucionarios. Debe encontrarse, entonces, una “fusión armónica” (Id. 203) de ambos principios, superando a los “sofistas brillantes” Id. 70, o sea a los unitarios y al “despotismo brutal” (Id. 20) de los federales. No obstante en la réplica a De Angelis parece acentuar su antiunitarismo (2 CDA-OC-4, 290 y ss.) tal vez, como afirma Ingenieros por la burla de la cual Echeverría era objeto por parte de los exilados unitarios en Montevideo y aún la

causar violencia a los derechos del otro" (OC-5,291). Estas facultades las clasifica en dos grupos: las físicas y las intelectuales, de donde derivan los modos de ejercicio.

A su vez, la igualdad, que es la "reciprocidad de derechos y deberes" (OC-5,291). La propiedad sobre los bienes y el fruto del trabajo". La seguridad que implica mantener ilesos los derechos. La resistencia a la opresión. La asociación que significa el bien común como fin, pero, a su vez, presupone la igualdad de los que se asocian. Por ello "un pueblo es una asociación de hombres libres e iguales" (OC-5,292).

Los principios políticos están circunscriptos a ideas generales como la atinente a la soberanía del pueblo que excluye el ejercicio de tal soberanía por una fracción (OC-5,292). Los representantes son agentes del pueblo que no pueden ejercer por sí la soberanía. Éstos están limitados por los derechos naturales y tampoco el pueblo puede conferir a uno solo el ejercicio de la soberanía ya que en este acto dejaría de existir como pueblo. Sería un acto demencial y la "locura no funda el derecho" (OC-5,294).

En ningún caso el pueblo enajena su soberanía en sus representantes. Estos no gobiernan; lo hacen las leyes; aquéllos sólo tienen en sus manos la coacción para hacer efectiva la ley (OC-5,295). Las tiranías o despotismos "no son gobiernos", pues no están bajo las reglas (OC-5,296).

"El fin de la institución del gobierno es garantizar a cada miembro de la asociación la más amplia y libre función de los derechos naturales" (OC-5,297), su objetivo es promover la conservación de los miembros asociados y el bienestar físico y la perfección moral. El que no cumple con las cargas de gobierno "delinque y merece castigo" (OC-5,298).

La insurrección es un "sagrado deber" cuando los magistrados violan los derechos del pueblo y éste no encuentra amparo en las leyes. La fuerza es aceptable como medio (OC-5,298). Incluso cualquier medio es "santo y legítimo" para "aniquilar" al tirano poderoso, y es deber de cada hombre libre "purgar la tierra de semejante bandido" (OC-5,299).

tenaz persecución, mordiente y corrosiva, de José Rivera Indarte por entonces también emigrado (INGENIEROS, 1918, 258).

EL PENSAMIENTO DE ECHEVERRÍA JUZGADO POR LA POSTERIDAD

Nos atenemos solamente a los que se ocuparon del pensamiento político de Echeverría, fuera en forma exclusiva o concomitante con otras facetas. En la larga lista, el primero en aparecer debe ser Pedro D'Angelis (1847). Luego –ya fallecido el poeta– sus amigos, al publicarse las obras completas a partir de 1873.

Desfilan así Juan María Gutiérrez –gestor de la edición–, Pedro Goyena, Bartolomé Mitre, Torres Caicedo, Alberdi, Miguel y Gregorio Amuchástegui, Adolfo Berro y Margariños Cervantes (1873). Hacia fines de siglo, Groussac (1896)⁵³ y Estrada (1897) producen interesantes análisis algo parciales.⁵⁴ En 1907 el médico José María Ramos Mexia desliza algunos juicios en “Rosas y su tiempo” (1907).⁵⁵ En la década siguiente es José Ingenieros quien estudia a Echeverría y a su generación. En su época y por mucho tiempo fue lo más completo sobre el tema y aún muchos de sus juicios mantienen vigencia⁵⁶.

Por entonces aparecen algunos serios estudios en la “Revista de Filosofía” (dirigida por aquél); los más importantes son los de Vicente Sierra (1915)⁵⁷ y Ricardo Rojas, quien a su vez le dedicaría amplio espacio en su “Literatura Argentina”⁵⁸. Raúl Orgaz hacia el año 40 profundiza en las fuentes del pensamiento echeverriano y rastrea minuciosamente la doctrina sansimoniana.⁵⁹ También son significativos los trabajos de Chaneton (1944) y Ricardo Ortiz (1953).

En los años 50 sobresalen las obras de Félix Weinberg (1957)⁶⁰ y Ricardo Levene (1956),⁶¹ destacándose la primera por la notable recreación de la época de la aparición del romanticismo en Buenos

⁵³ La cita es: “Si se quitara al Dogma todo lo que pertenece a Leroux, Mazzini, Lamennais, etc., no quedarían más que las alusiones locales o los solecismos”, Groussac, P.: “La Biblioteca”, I, 1896.

⁵⁴ El libro de Estrada –dividido en “lecturas” correspondientes a las respectivas lecciones de Instrucción Cívica que dictaba- “a pedido del Presidente de la Nación”, se aboca al exclusivo análisis del “Dogma”, confundiendo a la Asociación de Mayo con la Joven Argentina del año 37. Confusión que perduró varias décadas hasta que finalmente Pascual Guaglianone las desentrañó en una conferencia que pronunciara en 1937 en La Plata.

⁵⁵ Si bien Ramos Mexia en *Rosas y su tiempo* (1907) en el T. II, pág. 30 y ss. analiza los años 30 desde el punto de vista cultural y periodístico sólo al pasar menciona a Echeverría, en cambio realiza un minucioso análisis de la personalidad del despreciable José Rivera Indarte que estando ambos exiliados había tomado como objeto de su persecución al poeta. Agreguemos que dos años antes, en 1905, se publicó de Urien, Carlos: *Echeverría*, Cabaut, 1905.

⁵⁶ Nos referimos a las obras: Ingenieros, José: *Sociología Argentina*, Rosso, 1917, 3ª parte; Id.: “La Filosofía Social de Esteban Echeverría y la leyenda de la Asociación de Mayo”, en *Revista de Filosofía*, Bs. As., mayo de 1918; Id.: “La evolución de las ideas argentinas”, en *Obras Completas*, V. XIII, T. 5, Elmer, 1956, aunque el libro original apareció en 1918, tratándose del Cap. VII y ss. Id.: *Hacia una moral sin dogmas*, La Cultura Argentina, 1917, Cap. II, par. V donde destaca la correlación entre Emerson y Echeverría.

⁵⁷ En “La doctrina sociológica de Echeverría”, *Revista de Filosofía*, Septiembre de 1915, Sierra es uno de los primeros en acentuar la influencia de Saint Simón y Leroux sobre Echeverría al igual que sobre Alberdi, Quiroga Rosas y Fraguero, pero –observa Sierra– “no hay rastros de Comte.”

⁵⁸ En *La Literatura Argentina*, III, 163, lo considera el iniciador del romanticismo americano.

⁵⁹ En *Echeverría y el saintsimonismo*, elaborado en base a su investigación en la Biblioteca del Arsenal de París, recorre “Le Globe”, “La revue encyclopedique” y otras publicaciones con artículos de Leroux.

⁶⁰ En la pág. 96 de *El Salón Literario* encontramos la lista completa de los libros sacados a remate por Marcos Sastre al desaparecer el Salón. Impresiona por la calidad y variedad de autores. (“Diario de la Tarde”, del 15 de enero de 1838, pág. 3).

⁶¹ Levene, en *Historia del Derecho Argentino*, T. X., cap. VI y VII, Kraft, 1956, intenta exponer el alcance de las ideas jurídicas de Echeverría. Tras sintetizar los discursos de Sastre, Alberdi y Gutiérrez en la inauguración del Salón se detiene en buscar las fuentes del pensamiento de Echeverría. Asimismo asevera que a Tocqueville lo conoce el poeta a raíz de la traducción que de “La Democracia en América” hiciera Sánchez de Bustamante en 1837 (dos años

Aires y el segundo por la defensa de la originalidad de Echeverría. En las últimas décadas parece declinar el interés por la obra del autor aunque cabe destacar los singulares aportes de Linares Quintana (1976)⁶² y Tau Anzoátegui (1977);⁶³ sin olvidar el capítulo dedicado a Echeverría por parte del Centro Editor en la pluma de Noé Jitrik (1967) y la lista no concluye pues a los citados cabe agregar a Alberto Palcos (1941),⁶⁴ Halperin Donghi (1951), Anderson Imbert (1954), Jorge Furt (1938), Coriolano Alberini (1937),⁶⁵ Oreste Popescu (1954), Rafael Arrieta (1958/1960), Carlos Astrada (1952) y Alfredo Palacios (1951). Lista que no pretende, naturalmente, ser exhaustiva; así, entre los innumerables trabajos no editados como libros, son muy importantes los de Pérez Amuchástegui (1963) y Segovia Guerrero (1979).

Con respecto al plano que nos atañe podemos encontrar que los autores nombrados reconocen la importancia de Echeverría aunque divergen en cuanto a la originalidad.

Estrada y Groussac son los primeros en reconocer su extraordinario valor, aunque el segundo especialmente desde "La Biblioteca" elaboró una célebre frase que todavía, más de 100 años, repiten todos los antiecheverrianos. Ingenieros, por su parte, se debate entre aplaudir al autor⁶⁶ y simultáneamente destacar su escasa originalidad⁶⁷. Orgaz hunde el bisturí muy hondo ya que en conocidas páginas compara, línea separatoria de por medio, frases del "Dogma" con equivalentes de la "Revista Enciclopédica"; de Mazzini y otros, de donde emana muy claramente la estrecha relación entre éstos y aquél (ORGAZ, 1950, 145/147). A pesar de ello, Levene (1947), Chagnetón (1944),⁶⁸ Linares Quintana (1976),⁶⁹ Sierra (1915) y Popescu (1954) insisten en adjudicar valor original a las ideas de Echeverría.

después del libro del francés) y que eso le inspiró a Echeverría su obra trunca *La democracia en el Plata* (cartas a Alberdi y Gutiérrez del 1º de octubre de 1846). En su pequeña obra: *Historia de las ideas sociales Argentinas*, Espasa-Calpe, 1947, Cap. IV trata de demostrar que Echeverría a pesar de ser precursor de los estudios sociales con un enfoque "predominantemente económico", no fue partidario del materialismo histórico.

⁶² Linares Quintana, en *Sistema de partidos y sistemas políticos*, Plus Ultra, 1976, se muestra partidario de la originalidad de Echeverría a quien considera fundador de la ciencia política argentina.

⁶³ En *La codificación en la Argentina (1810-1870)*" Abeledo, 1977, de Tao Anzoátegui es muy importante la bibliografía citada en la n. 244, pág. 184.

⁶⁴ En *Echeverría y la democracia Argentina*, 1941, de Palcos destaca la influencia de Lamennais, Mazzini y Saint Simón, pág. 57. En la pág. 72 relata la anécdota que protagoniza Gervasio Posadas (h) al leer el "Manifiesto" publicado por Victor Considerant en la *Democracia Pacífica* de su dirección en el año 1843 y encontrar extraordinarias semejanzas con el "Credo" de la Joven Argentina. Esta referencia dio pie desde entonces a conjeturas sobre la existencia de vasos comunicantes entre Echeverría, Considerant y Marx Engels, tan influenciados por el discípulo de Fourier. Palcos, por su parte, toma ello más que nada como un juego mental.

⁶⁵ Alberini, en *La metafísica de Alberdi*, Archivo de la UBA, IX, destaca la diferencia entre la idea de progreso en Condorcet y en Herder. Según el autor la primera surge de la razón, para Herder, en cambio, su fuente lo es la historia. Echeverría adopta el segundo camino.

⁶⁶ "Desde el punto de vista del Derecho Político la "Creencia" no soporta críticas. Echeverría demuestra tener pocas ideas definidas: generalidades sobre la democracia, igualdad, sufragio. Cada vez que desciende a los detalles se nubla su visión del asunto, naufragando su idea en la retórica de la frase, no siempre de buen gusto, Ingenieros, *La filosofía Social...*, 258.

⁶⁷ "Su originalidad consiste en haber adaptado esas corrientes ideológicas europeas a los problemas argentinos interpretando nuestra historia, definiendo nuestras cuestiones sociales, señalando la necesidad de estudiar las bases económicas de nuestra propia condición nacional. Todo ello permite mirar a Echeverría como el precursor de la sociología argentina en la misma dirección desenvuelta luminosamente por Alberdi", Id. 296.

⁶⁸ Chagnetón pregunta: "Quién había pensado hasta entonces en esta tierra argentina con más originalidad que Echeverría" (1944, 357).

⁶⁹ Linares Quintana afirma: "Con injusta inexactitud se ha achacado falta de originalidad al genial autor del Dogma de Mayo, base ideológica de nuestra constitución de 1853-60" (1976, 363).

Tau Anzoátegui por su parte sin desdeñarlo y con todo respeto aduce que, si bien los románticos hablaban de "cultura nacional" y de "conciencia nacional", creían que: "el ser nacional debería levantarse ficticiamente sobre lo que quería que fuéramos y no sobre lo que éramos" (TAU ANZOÁTEGUI, 1977, 187).⁷⁰ Demás estaría agregar que los autores revisionistas no sólo subestiman la importancia de Echeverría sino que además le dedican cáusticos comentarios, tal como lo hace José María Rosa (ROSA, 1964, t.4, 282 y 344).

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALBERINI, C. (1937) *La metafísica de Alberdi*, Archivo de la Universidad de Buenos Aires.
- ANDERSON IMBERT, E. (1954) "Echeverría y el socialismo romántico", en *Estudios sobre escritores de América*, Raigal.
- ARLET, D. (1968) "Fourier revive", en *Planeta* N° 24, p. 111.
- ARRIETA, R. (1958/60) *Esteban Echeverría y el romanticismo en el Plata*, Peuser.
- ASTRADA, C. (1952) "Aporte del romanticismo en el proceso cultura del país", en *Esteban Echeverría y los principios programáticos para una cultura nacional*, Ministerio de Educación, Cuadernos de Extensión.
- COMTE, A. (1876) *Principes de philosophie positive*, Bailliere et fils.
- CHAMBERLAIN, H. S. (1899) "Los Fundamentos del Siglo XIX".
- CHANETON, A. (1944) *Retorno a Echeverría*, Colombo.
- D'ANGELIS, P. (1847) "Examen del folleto publicado en Montevideo con el título de "Dogma Socialista de la Asociación de Mayo" precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 1837 por Esteban Echeverría", *Archivo Americano* N° 32.
- ESTRADA, J. M. (1897) *La política liberal bajo la tiranía de Rosas*, Librería del Colegio.
- FOURIER, Ch. (1946) *El Falansterio*, Intermundo.
- FURT, J. (1938) *Esteban Echeverría*, Colombo.
- GIBBON, E. (1776/1788) *Declinación y caída del Imperio Romano*, Tecnos.
- GIMENEZ, A. (1917) *Los precursores del socialismo*, Folleto.
- GOBINEAU (1855) *Principios sobre la desigualdad de las razas humanas*.
- GROUSSAC, P. (1896) *Revista La Biblioteca*, I.
- HALPERIN DONGHI, T. (1951) *El pensamiento de Esteban Echeverría*, Sudamericana.
- HEER, F. (1980) *Europa, madre de revoluciones*, Alianza.
- INGENIEROS, J. (1917a) *Hacia una moral sin dogmas*. La Cultura Argentina.
- INGENIEROS, J.: (1917b) *Sociología argentina*, Rosso y Cía.

⁷⁰ Anteriormente había afirmado que la generación romántica había recibido una gran y variada "influencia libresca y extrauniversitaria", 184.

- INGENIEROS, J. (1918) "La filosofía social de Esteban Echeverría y la leyenda de la Asociación de Mayo", *Revista de Filosofía*.
- INGENIEROS, J. (1956) "La evolución de las ideas argentinas", en *Obras Completas* V, XIII, T 5, Elmer.
- JITRIK, N. (1967) "Echeverría y la realidad nacional", en *Capítulos de Historia de la Literatura Argentina* N° 9, Centro Editor de América Latina .
- LAMENNAIS, H. (1834) "Palabras de un creyente", Partenón, 1945.
- LEVENE, R. (1947) *Historia de las ideas sociales argentinas*, Espasa Calpe.
- LEROUX, P. (1840) *La Humanidad su principio y porvenir*.
- LINARES QUINTANA, S. (1976) *Sistema de partidos y sistemas políticos*, Plus Ultra.
- MARCUSE, H. (1955), *Eros y Civilización*, Joaquín Mortiz.
- ORGAZ, R. (1950) "Echeverría y el Saintsimonismo", en *Sociología Argentina*, t. II, Assandri.
- ORTIZ, R. (1953) *Las ideas económicas de Echeverría*, Raigal.
- ORTIZ, T. (1987), "La doctrina política de la generación del 80", en *El Derecho* 122-820 y ss.
- PALACIOS, A. (1951) *Esteban Echeverría, albacea del pensamiento de Mayo*, Claridad.
- PALCOS, A. (1941) *Echeverría y la democracia argentina*, Losada.
- PALCOS, A. (1960) *Historia de Esteban Echeverría*, Emecé.
- PAUWELS, L. (1968) "El Nuevo Mundo Amoroso de Charles Fourier", en *Planeta* N° 24, p. 117
- PEREZ AMUCHASTEGUI, J. L. (1963) *La espiritualidad romántica de Esteban Echeverría y la historiografía argentina*, Glauco.
- PUIG, J. de la C. (1910) *Antología de poetas argentinos*, Martín Biedma e hijos.
- POPESCU, O. (1954) *Pensamiento social y económico de Echeverría*, Americana.
- RAMOS MEXIA, J. M. (1907) *Rosas y su tiempo*, Félix Lajouane.
- ROJAS, R. (1915) "Las ideas estéticas de Echeverría", en *Revista de Filosofía*.
- ROSA, J. M. (1964), *Historia Argentina*, t. 4, Oriente.
- SARMIENTO, D. F. (1883) *Conflictos y Armonías de las Razas de América*. La Cultura Argentina
- SEGOVIA GUERRERO, E. (1979) "La historiografía argentina del romanticismo", Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid.
- SIERRA, V. (1915) "Las doctrinas sociológicas de Echeverría", *Revista de Filosofía*, II, 256.
- TAU ANZOÁTEGUI, V. (1976) *Las ideas jurídicas en al Argentina (siglos XIX y XX)*, Abeledo.
- TAU ANZOÁTEGUI, V. (1977) *La codificación en la Argentina (1810-1870)*, Abeledo.
- TOUCHARD, J. (1975) *Historia de las ideas políticas*, Tecnos.
- URIEN, C. (1905) *Esteban Echeverría*, Cabaut.
- VOLTAIRE (1764) *Diccionario Filosófico*, Prometeo, 1920.
- WEINBERG, F. (1957) *El Salón Literario*, Hacchette.

LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO DE FUENTE INTERNA

Por Luciana B. Scotti

RESUMEN

En el presente trabajo analizaremos la regulación de la insolvencia en la legislación de la República Argentina. Es decir, estudiaremos principalmente el célebre y a la vez, enigmático, artículo 4° de la Ley nacional de Concursos y Quiebras N° 24.522. Dicha norma es complementada por los artículos 2° inciso 2° y 3° inciso 5° del mismo cuerpo legal.

Es de suma importancia encarar el estudio de esta normativa ya que resulta aplicable *sine qua non* en todos aquellos casos en que la Argentina no ha celebrado tratados internacionales en la materia. Teniendo en cuenta que nuestro país sólo se encuentra vinculado con un puñado de países a través de los Tratados de Montevideo, advertimos que son innumerables los supuestos que quedan fuera del marco normativo convencional.

PALABRAS CLAVE

**INSOLVENCIA INTERNACIONAL – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – SISTEMAS
DE REGULACIÓN - LEGISLACIÓN NACIONAL ARGENTINA –**

THE INTERNATIONAL INSOLVENCY IN THE LIGHT OF THE INTERNATIONAL PRIVATE LAW IN THE ARGENTINEAN LEGISLATION

By **Luciana B. Scotti**

SUMMARY

In this work, we will analyze the regulation of the insolvency in the legislation of the Argentinean Republic. That is to say, we will study the celebrated and, at the same time, enigmatic, article 4° of the national Law of Bankruptcy N° 24.522. This rule is complemented by the articles 2.2 and 3.5 of the same law.

It is very important to study this national legislation because it is applicable *sine qua non* in all those cases that Argentina has not celebrated international treaties about international insolvency. Keeping in mind that our country is only linked with a few countries through the Treaties of Montevideo, we notice that there are countless cases that are outside of the conventional regulation.

KEY WORDS

INTERNATIONAL INSOLVENCY - PRIVATE INTERNATIONAL LAW - SYSTEMS OF
REGULATION - ARGENTINEAN NATIONAL LEGISLATION -

LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO DE FUENTE INTERNA*

Por Luciana B. Scotti**

I. INTRODUCCIÓN

La globalización de la economía internacional, la constante expansión de intercambios y de inversiones en el mundo, los procesos de integración regional, la irrupción de los grupos económicos transnacionales como actores protagónicos del escenario en el que hoy se tejen y destejen los hilos de las relaciones internacionales, son factores determinantes para el incremento de los casos de insolvencias transfronterizas.

Por su parte, esta interdependencia e interconexión mundial de las economías, en especial la facilidad de desplazamiento de los capitales por medios electrónicos, posibilita la realización de operaciones fraudulentas de los deudores insolventes, ya sea ocultando o transfiriendo sus bienes a Estados extranjeros.

En efecto, la actividad supranacional de las empresas y grupos económicos multinacionales importa que la insolvencia de una sucursal o filial se extienda a múltiples países que conforman hoy la aldea global. De allí que en los últimos tiempos han tomado estado público casos como el de *Maxwell Communication*, o el del *Bank of Credit and Commerce (BCCI)*, así como otros casos de escandalosos fraudes de corporaciones multinacionales como los de las compañías *Parmalat*, *Worldcom* o el más conocido, *ENRON*.

A esta realidad innegable, sin lugar a dudas, responde la reciente concreción de proyectos de regulación de la insolvencia transfronteriza. En especial, aludimos al Reglamento (CE) N° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, la Ley Modelo UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza, del 30 de mayo de 1997, el concordato propuesto por el "Comité J" de la *International Bar Association* o las recomendaciones del *American Law Institute*.

* El presente trabajo forma parte de la investigación realizada en calidad de becaria UBA (Maestría en Relaciones Internacionales / PLAN UBACyT) por el periodo 1° de abril 2003 - 31 de marzo 2005, por el proyecto "Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional y conservación de la empresa en crisis en relación con los grupos económicos en el Mercosur, Chile y Bolivia", bajo la dirección de la Dra. Sara L. Feldstein de Cárdenas.

** Docente de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, UBA. - Coordinadora del Programa de Actualización en Derecho de los Negocios Internacionales y Comercial Contemporáneo y de la Maestría en Derecho Internacional Privado de la UBA - Becaria de Investigación CONICET - Magister en Relaciones Internacionales. UBA. - Doctoranda Facultad de Derecho. UBA - Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"- Integrante del Proyecto UBACyT Código D811: "ARMONIZACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN ESPACIOS INTEGRADOS (EN PARTICULAR EN EL MERCOSUR), desde el 1° de enero de 2006. Autora y coautora de diversos artículos y capítulos de libro en temas de su especialidad.

Sin embargo, la mayor parte de las legislaciones nacionales todavía no se han adaptado a esta tendencia. La CNUDMI ha destacado en su 30° periodo de sesiones, al adoptar la Ley Modelo mencionada que sólo un número reducido de países dispone de un marco legislativo que permita abordar la insolvencia transfronteriza de forma adecuada a las necesidades del comercio internacional. En efecto, durante largos años e incluso hasta el presente, los Estados se han mostrado reticentes a modernizar sus legislaciones internas o a comprometerse en términos internacionales mediante un tratado bilateral o multilateral.

Sin dudas, la posición asumida por un número más que importante de Estados responde a una cuestión de fondo, que excede en mucho el ámbito del Derecho, el mundo jurídico. Manifiesta la persistente tensión entre la soberanía nacional (y su resguardo en materia de insolvencia: el principio de la territorialidad) y la cada vez más frecuente internacionalización de este tipo de conflictos jurídicos, económicos y sociales y la consiguiente necesidad de ceder competencias consideradas tradicionalmente soberanas en la regulación de la economía.

La ausencia de previsibilidad y de certidumbre de los regímenes de insolvencia internacional perjudica el desarrollo económico, el comercio internacional, los flujos de capitales, desalienta las inversiones extranjeras, y aumenta el riesgo país.

Tal como se puede leer en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo a los derechos internos: "La falta de previsibilidad sobre cómo se administra una eventual insolvencia transfronteriza, obstaculiza el flujo de capitales y desincentiva a la inversión transfronteriza". En cambio, "todo dispositivo de derecho interno que permita coordinar la administración de insolvencias transfronterizas abre vías para adoptar soluciones sensatas que pueden interesar tanto a los acreedores como al deudor, por lo que la presencia de ese tipo de mecanismos en el derecho interno de un Estado es percibida como un factor ventajoso para toda inversión y operación comercial en ese Estado".

II. PLAN DE TRABAJO

En el presente trabajo abordaremos el estudio de la regulación de la insolvencia en nuestro derecho de fuente interna. Es decir, analizaremos principalmente el célebre y a la vez, enigmático, artículo 4° de la Ley nacional de Concursos y Quiebras N° 24.522 (LCQ). Dicha norma es complementada por los artículos 2° inciso 2° y 3° inciso 5° del mismo cuerpo legal. Razón por la cual nos detendremos brevemente en ellos.

Nos resulta de suma importancia encarar el estudio de esta normativa ya que es de aplicación *sine qua non* en todos aquellos casos en que la Argentina no ha celebrado tratados internacionales en la materia. Y teniendo en cuenta que, tal como veremos, nuestro país sólo se encuentra vinculado con un puñado de países a través de los Tratados de Montevideo, advertimos que son innumerables los supuestos que quedan fuera del marco normativo convencional.

A los efectos de alcanzar una acabada comprensión de la problemática en estudio, esbozaremos una noción de insolvencia internacional y describiremos sucintamente los conocidos sistemas de

regulación clásicos de la quiebra internacional, objeto de arduos debates en la doctrina mas destacada en la materia.

Asimismo, realizaremos un detenido recorrido por la evolución legislativa de la norma principal que analizamos, debido a que ello es indispensable para comprender el texto que conserva en la actualidad.

Luego de estudiar detalladamente el contenido y los alcances, así como las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales a las que ha dado lugar el artículo 4° LCQ, expondremos nuestras conclusiones y algunas recomendaciones. .

III. INSOLVENCIA INTERNACIONAL Y SISTEMAS DE REGULACIÓN

1. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR INSOLVENCIA INTERNACIONAL?

Podemos apreciar que los primeros marcos legislativos en la materia aludían al término "quiebra", en cambio los emprendimientos más recientes se refieren a "insolvencia". Ello no es un dato menor. En efecto, la moderna terminología empleada responde a una cuestión de hecho, la insolvencia es una situación fáctica real, el deudor no se encuentra en condiciones de pagar sus deudas y sus bienes no son suficientes para solventar su pasivo. La quiebra, en cambio, es un término jurídico, por ello, dependerá de cada régimen legal, cuál será su alcance: a cuáles sujetos abarcará y cuál será su presupuesto objetivo.

En consecuencia el término "insolvencia" pretende englobar, comprender todas las situaciones de incapacidad, de impotencia patrimonial de una persona física o de existencia ideal ("el deudor") para hacer frente con modos y medios ordinarios a las propias obligaciones, situación que se pone de manifiesto por incumplimientos u otros hechos exteriores. Esta noción abarcadora comprende los procedimientos contra todo tipo de deudores, así como los procedimientos destinados no sólo a liquidar los bienes del deudor, sino también a reorganizar su patrimonio. Quedan así comprendidos procedimientos tales como la quiebra, el concurso preventivo, el salvataje, la reorganización, la reestructuración, las negociaciones extrajudiciales, etcétera.

Ahora bien, no podemos soslayar que el fenómeno que aquí nos convoca es la denominada insolvencia internacional o transfronteriza. Podemos calificar como tal a una situación de impotencia patrimonial como la descripta, en la que hallamos elementos extranjeros, tales como un patrimonio internacionalmente disperso y/o la existencia de acreedores locales y extranjeros. Precisamente el carácter internacional del fenómeno es el que convoca al Derecho Internacional Privado para su estudio y acabada comprensión.

Veamos cuáles son las respuestas, las soluciones que esta disciplina nos brinda en el tema que nos ocupa en esta oportunidad.

2. SISTEMAS DE REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL

La doctrina especializada ha elaborado dos grandes criterios o sistemas de regulación de la insolvencia internacional: el **sistema de la territorialidad** y el de la **extraterritorialidad**. Bajo estos

esquemas analíticos se ha analizado desde el punto de vista jurídico y en especial desde el Derecho Internacional Privado este fenómeno.

El **sistema de la territorialidad** toma como punto de partida la afirmación de que las normas de un determinado sistema jurídico tienen validez y obligatoriedad únicamente dentro del territorio del Estado, en donde ejercen poder las autoridades que las dictaron. Si llevamos esta afirmación al terreno o ámbito de la quiebra internacional, implica que, determinado el estado de cesación de pagos en un país, el trámite concursal comprenderá únicamente el patrimonio que se encuentre en dicho territorio, y que tal estado concursal no habilita la apertura de procedimientos similares en otros países en los que la fallida tenga bienes, créditos o deudas.

Es decir que deberíamos acreditar el estado de cesación de pagos en cada territorio en donde se encuentre parte del patrimonio de la concursada o donde ella realice algún tipo de actividad.

En esta concepción es plenamente válido, entonces, que una persona sea insolvente, declarada fallida en un Estado, y solvente, plenamente capaz en otro.

Una consecuencia lógica de ello es la pluralidad de la quiebra, o sea que deberán abrirse tantos procesos de insolvencia, como deudas tenga la empresa, sociedad o comerciante deudor en distintos Estados, y acreditar en cada uno su imposibilidad de hacer frente a las obligaciones asumidas.

Los defensores de la territorialidad se fundan en:

- La imposibilidad de regular un fenómeno internacional a nivel local.
- El estatuto de la quiebra es real pues lo importante son los bienes y no la persona del deudor.
- La liquidación de esos bienes está regulada por normas procesales de orden público inderogables por disposiciones extranjeras.
- Si se admitiera que la quiebra declarada en un Estado propagara sus efectos en el territorio de los Estados donde hubiera bienes del deudor, se paralizaría su actividad comercial y se le impediría restablecer su equilibrio económico.

Este sistema territorial es el que ha imperado históricamente en las legislaciones nacionales para administrar los bienes de todo deudor a través de procedimientos colectivos, recurriendo a las reglas procesales locales para la realización y reparto de los bienes y a las reglas sustanciales en todo lo pertinente, en especial en cuanto a la prelación de los créditos; desconociendo en general, cualquier procedimiento que se hubiera abierto en el extranjero, y en muchos casos relegando o negando derechos a los acreedores foráneos.

Sin embargo, más en la teoría que en la práctica, más en los libros que en las legislaciones se abrió paso otro sistema: el de la **extraterritorialidad**. Éste implica que quien es fallida en un Estado, debe serlo en los demás, que el patrimonio de la persona es único y cualquier procedimiento concursal debe comprenderlo en su totalidad, el que a su vez es prenda común de los acreedores, y que la determinación del estado de cesación de pagos o la sentencia de quiebra traspasan las fronteras del Estado en el que fueron dictadas, obligando la quiebra en los demás.

Hace más de cien años, ya se destacaban las ventajas de este sistema: "Es obvio que, en el estado actual del comercio y de las comunicaciones, sería mejor en nueve de diez casos que todos los acuerdos de los deudores insolventes con sus acreedores se llevaran a cabo en un solo procedimiento, y generalmente en un solo lugar; mejor para los acreedores, que serían tratados de forma igual, y mejor para el deudor, porque todos sus acreedores estarían igualmente vinculados a los pagos que realizara" (LOWELL, 1888, 259).

En síntesis, quienes abogan por la extraterritorialidad argumentan que:

- El estatuto de la quiebra es personal pues su objeto principal es la persona y no sus bienes.
- En consecuencia quien es fallido es un Estado debe serlo en los demás.
- Las sentencias gozan de extraterritorialidad.
- La extraterritorialidad del auto declarativo de quiebra se funda en las necesidades del comercio internacional.
- El patrimonio es único y constituye la prenda común de los acreedores.¹
- Proporciona mayor seguridad a los acreedores, que pueden conocer la situación de su crédito dentro de la masa concursal, a través de un conjunto de normas claras.
- Un único procedimiento supone un considerable ahorro en gastos administrativos.
- Permite una distribución equitativa y eficiente entre los acreedores de los bienes del deudor en caso de liquidación de su patrimonio.²

Este sistema puede adoptar a su vez dos formas como son la del *juicio único* (donde todos los deudores y acreedores deben presentarse a estar a derecho en un único proceso concursal, por ejemplo el del domicilio o sede principal del establecimiento del deudor, que se regirá por una única ley - la *lex concursus*), o la de juicios plurales (en la cual podrán abrirse tantos juicios de quiebras, como Estados donde se encuentre parte del patrimonio del deudor, es decir existe tanto pluralidad jurisdiccional como legislativa).³

Ahora bien, no debemos confundir extraterritorialidad-territorialidad con unidad-pluralidad. En efecto, si bien el **sistema territorialista** conlleva necesariamente la **pluralidad de juicios**, el **sistema extraterritorialista** admite ambas modalidades: **unidad y pluralidad**. Téngase presente que la extraterritorialidad no significa juicio único. Su característica definitoria consiste, como dijimos, en el reconocimiento extraterritorial del hecho generador de la quiebra, es decir, del estado de insolvencia.

¹ Para un análisis pormenorizado de estos argumentos véase Kaller de Orchansky, Berta; *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1994, p. 487 y ss.

² La explicación de estos argumentos puede consultarse en Morales de Setién Ravina, Carlos F., "Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos", en *Revista de Derecho Privado N° 23*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, p. 46 y 47.

³ Este sistema ha sido adoptado por los Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y 1940.

Por otra parte, la pluralidad no tiene las mismas características según se trate de un sistema territorial o extraterritorial de regulación de la insolvencia internacional. Efectivamente, en el primer caso, los juicios plurales son sucesivos, y a voluntad de los acreedores.

En el segundo supuesto, en cambio, la pluralidad no depende de la voluntad de los acreedores, sino que es impuesta por ley. Son juicios plurales y simultáneos.

La práctica ha demostrado las deficiencias de los sistemas antagónicos detallados. En efecto, ningún país aplica un sistema u otro sino con algún grado de desviación, de alteración, en relación con la pureza de su formulación (BERENDS, 1992). Por ello se han buscado soluciones conciliadoras entre ambos extremos. Así, se han elaborado sistemas denominados mixtos, eclécticos o intermedios. Éstos pueden prever la existencia de un procedimiento principal y la facultad de abrir procedimientos secundarios; o que la quiebra declarada en un Estado, se extienda a los bienes muebles existentes fuera del mismo, pero no a los inmuebles; o bien se reconocen efectos extraterritoriales en cuanto a las personas, pero no en cuanto a los bienes, entre otros supuestos.

Un claro ejemplo de sistema intermedio ha sido el adoptado en los últimos años en la Unión Europea, a través del Reglamento 1346/2000 sobre Procedimientos de Insolvencia del Consejo Europeo del 29 de mayo de 2000, en vigor desde el 31 de mayo de 2002. Esta normativa típicamente comunitaria ha optado por un sistema coordinado entre un procedimiento principal y procedimiento/s secundario/s. En consecuencia, el denominado procedimiento principal tiene alcance universal y efectos extraterritoriales, pero se pueden incoar procedimientos secundarios paralelos, territoriales, locales, en principio posteriores a la apertura del procedimiento principal y de liquidación en los Estados miembros en los que el deudor tenga un establecimiento. Asimismo la Ley Modelo de UNCITRAL de 1997 sobre Insolvencia Transfronteriza adopta un sistema similar de procedimientos principales y no principales.

A partir de la elaboración de estos nuevos marcos normativos, algunos autores hablan de un tercer sistema o principio: el de la universalidad cualificada o modificada, según el cual existiría un foro central, o principal en una jurisdicción determinada, con efectos extraterritoriales y que al mismo tiempo, a su alrededor, se coordinarían y subordinarían otros procedimientos paralelos, secundarios, auxiliares, territoriales, en otras jurisdicciones (MORALES DE SETIÉN RAVINA, 1999, 43).

IV. REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL EN EL DERECHO ARGENTINO DE FUENTE INTERNA

El Derecho Argentino contiene normas tanto de fuente interna como convencional en la materia. Así, tenemos que:

- **SISTEMA DE FUENTE INTERNA:** Ley 24.522: Arts. 2º, inc. 2º, 3º, inc. 5º y en particular el art. 4º, los que serán detenidamente estudiados en este trabajo, así como algunas de las más recientes reformas proyectadas.

- **SISTEMA DE FUENTE CONVENCIONAL:** Tratados de Montevideo de 1889 (cuentan con la ratificación de Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay, Uruguay y la adhesión de Colombia) y

de 1940 (ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay). El Tratado de Montevideo de 1940, como así también el de 1889, adoptan como criterio de regulación el sistema de la extraterritorialidad de las quiebras internacionales ya que reconocen la extraterritorialidad del hecho generador de la quiebra (el estado de insolvencia). Dichos marcos normativos, a su vez, prevén tanto la tramitación de un juicio único como de juicios plurales.

En el primer caso, se abre un único juicio en el domicilio del fallido, aun cuando éste practique accidentalmente actos de comercio en otros Estados, o tenga agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal. Todos los acreedores presentarán sus títulos y harán valer sus derechos según la ley y ante el juez del Estado en donde se declaró la quiebra.

En la segunda modalidad mencionada, en cambio, se pueden abrir juicios plurales en el domicilio de cada una de las casas independientes del fallido. Declarada la quiebra en uno de los domicilios comerciales, los acreedores tienen la **facultad** de promover en el respectivo Estado un nuevo juicio contra el fallido o concursado. En tal caso no será necesario probar el hecho generador de la quiebra (efectos extraterritoriales). Así, se seguirán juicios separados y se aplicarán las leyes del Estado donde se radica el procedimiento. El sobrante que resultare en un Estado a favor del fallido quedará a disposición del juez que conoce de la quiebra en el otro (disponibilidad internacional de los remanentes). Pero si los acreedores locales no promueven dentro del plazo establecido (60 días desde la última publicación de edictos) un nuevo juicio, deberán presentar sus títulos ante el juez que ha declarado la quiebra y de conformidad con tal ley⁴.

En los apartados siguientes, entonces, nos dedicaremos al estudio de las disposiciones pertinentes de nuestra legislación nacional.

1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 2º INCISO 2º DE LA LEY 24.522

El artículo 2º inciso 2º de la ley nacional de concursos y quiebras dispone: "Sujetos comprendidos: Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.

Se consideran comprendidos: 1. (...) 2. Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país".

⁴ Puede consultarse sobre la regulación de la insolvencia internacional en los Tratados de Montevideo, los trabajos de Rodríguez, Mónica, "Armonización Legislativa en materia de insolvencia Internacional. La quiebra comercial en los Tratados de Montevideo de 1940", en *Revista Síntesis Forense* N° 90, del Colegio de Abogados de San Isidro, "El régimen argentino de concursos y quiebras internacionales" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 2 (primera parte), 3 (segunda parte), 4 (tercera parte) y 5 (cuarta parte), *Diario Jurídico elDial*. www.eldial.com, Ed Albremática; Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, Rodríguez, Mónica Sofía y Scotti, Luciana Beatriz, "Concursabilidad en nuestro país de una sucursal argentina constituida en el Uruguay", en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Derecho Internacional Privado y de la Integración*, ps. 427 - 437, Colección de Análisis Jurisprudencial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004 y de las mismas autoras, "Insolvencia internacional y Tratados de Montevideo a la luz de un nuevo caso jurisprudencial" (Comentario al fallo "Adams and Adler SA s/ pedido de quiebra) en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 3, *Diario Jurídico elDial*. www.eldial.com, Ed Albremática.

Este precepto es una regla especial que requiere la existencia de bienes en el país para habilitar al juez argentino a que declare la quiebra.

La doctrina especializada se ha preguntado acerca del fundamento de la excepción introducida por el art. 2° inc. 2°. En tal sentido, de la Exposición de Motivos de la ley 19.551, resultaría que el objetivo del antiguo art. 5° inc. 2° (hoy art. 2° inc. 2°) es proteger los intereses de los acreedores nacionales. Asimismo, se ha afirmado que este precepto responde a un principio de soberanía estatal (HEREDIA, 2000, 250). Berçaitz, por su parte, sostiene que el propósito de la norma es posibilitar la igualitaria liquidación de tales bienes a favor de los créditos que son exigibles en el país (BERÇAITZ, 1972-1100).

Asimismo, esta norma ha suscitado controversias en la doctrina acerca del carácter superfluo o no de la misma. Mientras que para autores como Quintana Ferreyra su inclusión no es innecesaria ya que tiene su justificación en el supuesto de concursos abiertos en el extranjero reivindicando la soberanía argentina respecto de los bienes radicados en la República (QUINTANA FERREYRA, 1981, 49). En efecto, el autor afirma que el primer párrafo del art. 4° no modifica, sino que complementa el art. 2° y constituye su fundamentación. En cambio, Cámara sostuvo al respecto que la mención es superflua en tanto está comprendida en el encabezado del mismo art. 2° que no discrimina entre sociedades o comerciantes domiciliados en el país o en el extranjero (CÁMARA, 1980, 304).

Ahora bien, el art. 2° inc. 2° consagra un "foro de patrimonio" por el cual no interesa que el deudor domiciliado en el extranjero tenga agencia o sucursal en la República, simplemente basta con que posea "bienes existentes en el país".

La aceptación o adopción del foro del patrimonio lleva implícito, conlleva a la adopción o aceptación de una postura territorialista en materia de quiebras o insolvencia internacional.

Implica la posibilidad, o exigencia de abrir, iniciar, instar, tantos pedidos de quiebra o trámites concursales independientes como bienes del deudor existen en distintos territorios nacionales.

La pregunta que debemos hacernos a esta altura es qué se comprende por esta expresión o requisito "de bienes existentes en el país". Aquí entra a jugar un tema de importancia para el Derecho Internacional Privado como son las "calificaciones".⁵ Así, tal como afirma Boggiano, cuando el art. 2° alude a "bienes" del deudor, debemos remitirnos a lo que expresa el Código Civil al respecto, por aplicación de la *lex fori*. De esta manera la definición de bienes en nuestro derecho se halla en el art. 2312 del Código Civil, según el cual son las cosas (art. 2311 C.C.) y los objetos inmateriales susceptibles de valor. Quedan entonces comprendidos las cosas muebles e inmuebles, los derechos creditorios y los derechos reales, los derechos intelectuales como las patentes de invención, las marcas, los dibujos, los diseños industriales, los modelos de utilidad, entre otros. En cambio estarían excluidos los derechos extrapatrimoniales, en virtud del art. 108 LCQ inc. 1.

⁵ Para un desarrollo *in extenso* sobre calificaciones, puede verse Biocca, Cárdenas, Basz, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 169 y ss.

En este sentido se pronunció la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial in re "Transportadora Coral S.A. s/ concurso preventivo" del 9 de diciembre de 1992⁶: "Los términos empleados por las normas atributivas de jurisdicción internacional deben calificarse a tenor de la *lex fori*. De allí que debe remitirse el concepto que respecto de los bienes establece el art. 2312 del Código Civil con las distinciones pertinentes en orden al carácter de los mismos".⁷

Acercas de los bienes en el territorio argentino, no sería necesario acreditar, según sostiene Alegría, que los bienes en cuestión constituyen un establecimiento, independiente o no, ni la importancia relativa que tengan con relación al patrimonio total (ALEGRÍA, 1987, 34).

El otro interrogante acerca de la expresión que analizamos es qué significa "existentes". Para responder al mismo, se debe tener en cuenta la situación física del bien. En esta inteligencia, Boggiano manifiesta que en relación con los inmuebles situados en la Argentina, no existen dificultades ya que resulta aplicable el art. 10 del Código Civil. En efecto, las dudas que pudieran suscitarse en torno del carácter mueble o inmueble se disipa por aplicación de la *lex rei sitae*. En cambio, más dudoso resulta la aplicación del art. 11 de dicho cuerpo legal en materia de bienes muebles. En este sentido el autor se pregunta si las mercaderías que se tienen en el país para ser transportadas o vendidas están regidas por el derecho del domicilio del dueño. Es decir, si el derecho del domicilio del dueño de las mercaderías es el que decide si el lugar de radicación de ellas está en la Argentina o en el extranjero. El doctrinario responde negativamente fundándose en que a los conceptos que contienen las normas de jurisdicción internacional se los califica según la ley del juez. Por ende, el derecho argentino determina si los bienes muebles son o no existentes en el país (BOGGIANO, 2001, 867).

Respecto de los bienes inmateriales, la condición de existencia en el país depende de cada caso. Si se trata de un bien registrable, será localizado en el lugar de registro. En cambio, si se trata de créditos se considerarán localizados en el sitio en que debe cumplírselos o en donde se pueda obtener una medida precautoria útil que proteja su cumplimiento.

Otro aspecto que ha suscitado un profundo debate consiste en las consecuencias de aquellos casos en que haya bienes ubicados en la Argentina, pertenecientes al deudor fallido domiciliado en el extranjero, pero no existan acreedores locales, es decir acreedores cuyos créditos sean pagaderos en la Argentina. Al respecto, Rouillon entiende que este deudor no podría ser declarado en quiebra en la Argentina, ya que "la regla de competencia del art. 2° inc. 2° de la LCQ debe interpretarse que exige la simultánea existencia de bienes en el país y, a la vez, acreedores "locales" (...). Es cierto que el art. 2°, inc. 2° de la LCQ sólo alude a la existencia de bienes en el país, pero si tal presupuesto se diera sin acreedores "locales", no se configuraría el interés tutelable por la ley argentina para declarar la quiebra en el país. Esa disposición legal excepcional está concebida para proteger a los acreedores cuyos créditos son exigibles en la Argentina y que no podrían obtener aquí la declaración de quiebra de su deudor domiciliado en el extranjero pese a la existencia de bienes en el país, si no se afirmara la jurisdicción internacional argentina

⁶ En ED 155 - 270.

⁷ En el mismo sentido, "Mid American Credit Corporation", (CNCom, Sala A, 22 de mayo de 1991).

en dicho supuesto" (ROUILLON, 1984, 788).⁸ En el caso en que este deudor careciera de deudas exigibles en la Argentina, el autor concluye que "la sola existencia de bienes en ésta es insuficiente para sostener la competencia del juez argentino". En tales supuestos Rouillon sostiene que los bienes en el país deberían ser entregados al concurso extranjero íntegramente cuando se solicitara. En relación con este último aspecto, Kaller de Orchansky ha entendido que la solución es idéntica a la del supuesto en que habiendo sido satisfechos los créditos locales quedare un sobrante. La autora afirma que en la práctica es igual que no existan créditos locales porque nunca los hubo o porque, habiendo existido, ya han sido pagados. En definitiva, como no existirían créditos locales para tutelar, los bienes existentes en el país serían tratados como remanentes de un juicio de quiebra local (KALLER de ORCHANSKY, 1968, 1183)

Una opinión encontrada a la expuesta por Rouillon, es sustentada por Lorente, quien critica la sentencia que analiza según la cual: "no se discute que únicamente pueden solicitar el concurso aquellos cuyos créditos deben hacerse efectivos en el país; consecuentemente no pueden hacerlo quienes deben ser pagados en el extranjero, sea el lugar de pago o no el de la sede; sin interesar la nacionalidad ni el domicilio" (LORENTE, 2000, 197) Por el contrario, el autor sostiene que para hacer viable un pedido de quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero no siempre es necesaria la existencia simultánea de los dos recaudos establecidos en el primer párrafo del art. 4° y en el art. 2° inc. 2° de la LCQ, ya que si existen bienes del accionado en el país, cualquier acreedor (local o extranjero) puede pedir la apertura de un concurso en el país. En efecto, la limitación respecto de la legitimación para pedir la quiebra de un deudor extranjero establecida en el art. 4° sólo se refiere al caso en que el acreedor local puede pedir la quiebra de su deudor sin la necesidad de acreditar algunos extremos, en particular el estado de cesación de pagos del deudor, con fundamento en que el demandado ya tiene abierto un concurso en el extranjero.

Por otra parte, en lo que concierne a los efectos de esta clase de quiebras, la doctrina especializada entiende que son limitados ya que son meramente territoriales, y no afectan al *status personae* del deudor, quien no puede ser inhabilitado por el juez argentino. En definitiva, se trata de una liquidación para la distribución del activo, de acuerdo a las prioridades del derecho argentino concursal.

Finalmente, la doctrina suele analizar la vinculación entre el art. 2° inc. 2° y el art. 4° de la LCQ. En esta inteligencia, Boggiano ha sostenido que, en tanto que respecto de los bienes existentes en el país, queda habilitada la jurisdicción argentina sin invadir la jurisdicción de tribunales extranjeros respecto de bienes ubicados en el exterior, se materializa la posibilidad de la pluralidad de juicios, prevista en el art. 4° LCQ, en virtud del foro del patrimonio (BOGGIANO, 200, 870 y ss.). Es decir, la jurisdicción internacional argentina fundada en la existencia de bienes en el territorio argentino de un deudor domiciliado en el extranjero no es exclusiva. En efecto los jueces del domicilio o de la sede social del deudor tienen competencia concurrente. De este modo, el concurso declarado en el extranjero no podrá ser invocado en la República para disputar los derechos de los acreedores locales sobre los bienes

⁸ Del mismo autor, "Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza", International Insolvency Institute, disponible en www.iiiglobal.org;

ubicados en la Argentina, ni podrá ser invocado para anular los actos celebrados en el país por el deudor (art. 4°, primer párrafo, segunda frase). Pero, la declaración de concurso o de quiebra por parte del juez del domicilio extranjero del deudor será causal de apertura del concurso argentino, respecto de los bienes existentes en nuestro país a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina (art. 4°, primer párrafo, primera frase). Es decir no será necesario acreditar el estado de insolvencia. Sin embargo la quiebra declarada en la Argentina será obligatoriamente territorial ya que se limita a la liquidación del activo existente en el territorio nacional.⁹

2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 3° INCISO 5° DE LA LEY 24.522

El artículo 3° de la ley 24.522¹⁰ regula la competencia territorial en materia concursal. Para ello, describe distintos supuestos, distinguiendo principalmente, entre personas físicas o de existencia visible y personas jurídicas o de existencia ideal, y en relación con estas últimas a su vez diferencia según estén o no constituidas regularmente. Si el deudor es una persona de existencia visible el juez competente es el de la sede de la administración de sus negocios y en subsidio el del lugar del domicilio (inc. 1°). Si el fallido tuviere varias administraciones, resulta competente el juez del lugar de la sede de la administración del establecimiento principal. En caso de no poder determinarse dicha calidad, entiende el juez que hubiere prevenido (inc. 2°). Cuando el deudor es una persona jurídica, regularmente constituida es competente el juez del domicilio (inc. 3°). Si en cambio se trata de una persona de existencia ideal irregular, el principal punto de conexión utilizado para atribuir la competencia jurisdiccional es el lugar de la sede social, o en su

"¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero? El caso Proberan International Corp", en *La Ley* 2002-A, 387 y ss.

⁹ Puede verse una aplicación y una particular interpretación del art. 2° inc. 2° de la Ley 24.522 en el fallo "Proberan International Corp. S.A. s/ pedido de quiebra por: Braticevich, Jorge" resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el 13 de abril de 2000, en *LL* t. 2001-B, ps. 101 y ss. La sala pese a la aparente inexistencia de bienes en el país y a la letra expresa del art. 2° inc. 2°, sostiene que la jurisdicción argentina es competente para decretar la quiebra de la deudora domiciliada en el extranjero. Juzga que "la norma legal sub examine no agrega un nuevo requisito para el concursamiento de las personas de existencia visible o ideal, sino que delimita y preserva el ámbito de eficacia jurisdiccional del juez argentino - sin perjuicio de la exportación del decreto de quiebra, lo que será juzgado según las normas de importación del país extranjero de que se trate". Véase asimismo un análisis de dicho pronunciamiento en Feldstein de Cárdenas, Sara, Rodríguez, Mónica, y Scotti, Luciana, "Jurisdicción internacional en materia de insolvencia transfronteriza: deudores sin domicilio ni activo en la Argentina?", en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Derecho Internacional Privado y de la Integración*, ps. 438 - 447, Colección de Análisis Jurisprudencial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004 y en Rouillon, Adolfo A.N., "¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero? El caso Proberan International Corp", en *La Ley* 2002-A, 387 y ss.

¹⁰ Art. 3°.- [Juez competente]. Corresponde intervenir en los concursos al juez con competencia ordinaria, de acuerdo a las siguientes reglas:

1°) Si se trata de personas de existencia visible, al del lugar de la sede de la administración de negocios; a falta de éste, al del lugar del domicilio.

2°) Si el deudor tuviere varias administraciones es competente el juez del lugar de la sede de la administración del establecimiento principal; si no pudiere determinarse esta calidad, lo es el juez que hubiere prevenido.

3°) En caso de concurso de personas de existencia ideal de carácter privado regularmente constituidas, y las sociedades en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte -con las exclusiones previstas en el art. 2°- entiende el juez del lugar del domicilio.

4°) En caso de sociedades no constituidas regularmente, entiende el juez del lugar de la sede; en su defecto, el del lugar del establecimiento o explotación principal.

defecto, los puntos de conexión subsidiarios son el lugar del establecimiento o explotación principal (inc. 4°).

Finalmente el inciso 5°, que es el que nos interesa, determina el juez competente cuando el deudor es una persona física o jurídica domiciliada en el exterior. Para este supuesto la ley de quiebras establece que el juez competente es el del lugar de la administración en el país o en su defecto, el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal. Cabe destacar que este inciso no estaba en la ley 19.551, sino que fue introducido por la reforma efectuada por la ley 22.917 en 1983.

Como puede observarse esta disposición hace excepción al principio general según el cual el domicilio del deudor determina la ley aplicable en materia concursal, sin ser relevante la nacionalidad del deudor.¹¹ Evidentemente en este supuesto no se podía elegir aquel punto de conexión. Por ende, el legislador optó por puntos de conexión subsidiarios que abarcan en general lugares en que un deudor con domicilio en el extranjero puede desarrollar sus actividades comerciales, industriales o de otra índole en nuestro país.

3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 4° DE LA LEY 24.522

A. Evolución legislativa

El recorrido de las diversas legislaciones nacionales en la materia que nos ocupa, que fueron modificándose unas a las otras a través del tiempo, desde mediados del Siglo XIX, es básicamente el siguiente:

- Artículo 1531 del Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires de 1859
- Artículo 1531 del Código de Comercio de la Nación de 1862
- Artículo 1383 del Código de Comercio de la Nación de 1889
- Artículo 5° de la ley 4.156 de 1902
- Artículo 7° de la ley 11.719 de 1933
- Artículo 4° de la ley 19.551 de 1972
- Artículo 4° de la ley 22.917 de 1983
- Artículo 4° de la ley 24.522 de 1995
- Las leyes 25.563 y 25.589 de 2002 no introdujeron modificaciones al artículo 4° LCQ.

Nuestro punto de partida en el análisis será el artículo 7° de la **Ley 11.719** de 1933, puesto que prácticamente reproduce las disposiciones vigentes con anterioridad a su sanción.¹²

^{5º)} Tratándose de deudores domiciliados en el exterior, el juez del lugar de la administración en el país; a falta de éste, entiende el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal, según el caso.

¹¹ En efecto, esta norma es compatible con el mandato constitucional acerca de la igualdad de los habitantes ante la ley (arts. 14, 16, 17, 18 y 20 de la Constitución Nacional).

¹² El Código de Comercio de 1889 se limitó a suprimir el tercer apartado del Código de 1859 que prescribía: "A ese respecto, se entenderán los síndicos del concurso formado en el Estado, con los síndicos del concurso extranjero". Ni la ley de quiebras 4.156 de 1902 ni la ley 11.719 aportaron alguna innovación en relación con los procedimientos de insolvencia internacional.

Dicha norma disponía: "La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero, no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido.

Declarada también la quiebra por los tribunales de la República, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que pagados íntegramente los acreedores de la República, resulte sobrante."

Sobre esta norma, podemos decir, dejando para más adelante el estudio en detalle de la regulación en vigor, que:

a. No reconoce efectos extraterritoriales al concurso declarado en el extranjero. Por ende adopta el sistema de la territorialidad y de la pluralidad.

b. Sólo se postergan los créditos de los acreedores que pertenezcan a un concurso extranjero. Es decir las preferencias nacionales sólo se aplican en caso de pluralidad de concursos. En efecto, atento a que esta ley no resolvía expresamente qué sucedía en el caso de que no existiera un concurso abierto en el extranjero, la doctrina interpretó que en este supuesto, los acreedores extranjeros se encontraban en igualdad de condiciones con los acreedores locales. Un precedente que no coincidió con la doctrina mayoritaria, sin embargo, fue el conocido caso "Lital S.A.", en el que la Cámara Nacional en lo Comercial, sala C (05/05/1976) sostuvo que las preferencias nacionales jugaban en beneficio de los acreedores locales aun cuando no existiera concurso en el extranjero.¹³

La ley 11.719 es reemplazada por la **ley 19.551**, en cuyo artículo 4° dispone:

"La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deben ser pagados en la República, para disputarles derechos que éstos pretendan sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

Créditos pagaderos en el extranjero

Abierto el concurso en el país, los acreedores cuyos créditos deben cumplirse en él, tienen prioridad con respecto a aquellos cuyos créditos deben pagarse exclusivamente en el extranjero, éstos ejercerán individualmente su derecho sólo en el caso de existir remanente, una vez pagados íntegramente los créditos de los primeros."

Por ende, en líneas generales, en esta disposición:

a. Se reconoce legislativamente la suprallegalidad de los tratados internacionales.
 b. Se reconoce una extraterritorialidad "atenuada" de la declaración de concurso en el extranjero: el propio deudor o los acreedores locales (aquellos cuyo crédito debe hacerse efectivo en la

¹³ "Lital S.A. C.I.F. s/ convocatoria", en *ED* 71 - 384, *LL* 1977-B, p. 183.

República) pueden solicitar la apertura de concurso en el país sin probar el hecho generador del concurso o presupuesto objetivo: el estado de cesación de pagos.

c. Se desconocen otros efectos al concurso foráneo frente a los acreedores locales, se abra o no otro concurso en el país.

d. A los efectos de las preferencias nacionales, no se diferencia entre los acreedores que pertenecen y los que no pertenecen a un concurso extranjero. Por ende, todos los acreedores extranjero sólo podrán ejercer individualmente sus derechos si hay remanente, una vez pagados totalmente los créditos locales. Se adopta el mismo criterio seguido por el Tratado de Montevideo de 1940.

La ley 19.551 sufre una reforma importante en 1983 a través de la **ley 22.917** que consagra la unidad de régimen para comerciantes y no comerciantes y en el tema que nos ocupa establece:

Artículo 4°: "**Concursos declarados en el extranjero.** La declaración del concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

Pluralidad de concursos. Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla.

Reciprocidad. La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República Argentina puede verificarse y cobrar - en iguales condiciones - en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.

Paridad en los dividendos. Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes."

Tal como podemos apreciar, la ley 22.917:

a. No introduce cambios en relación con los efectos de la declaración de un concurso extranjero.

b. En relación a las preferencias nacionales, introduce las siguientes modificaciones:

- ♦ La aplicación de las preferencias locales vuelve a ser condicionada a la existencia de un concurso en el extranjero.

- ♦ Aclara que éstas sólo operan en caso de quiebra, y no de concurso.

- ♦ Especifica que los acreedores extranjeros que no pertenezcan a un concurso declarado en el extranjero actuarán sobre el saldo, es decir sobre el sobrante una vez pagados los intereses suspendidos a raíz de la declaración de quiebra (art. 228 LCQ).

Tal como explica Sancinetti, la reforma introducida al apartado sobre preferencias locales, que decide volver a la normativa anterior a la Ley 19.551 sobre el particular, responde a la presión ejercida por los acreedores extranjeros de empresas que, con motivo de la política económica nacional implementada en 1976, obtuvieron importantes préstamos del exterior y luego cayeron en estado de insolvencia. Ante estas circunstancias los acreedores extranjeros pretendieron un tratamiento igualitario con los acreedores nacionales en caso de concurso único (SANCINETTI, 1983, 139).¹⁴

c. Introduce como condición de admisibilidad de los créditos de los acreedores extranjeros que no pertenezcan al concurso abierto en el exterior, la acreditación de la reciprocidad, es decir que un acreedor local puede verificar su crédito y cobrar en igualdad de condiciones en un concurso abierto en el país en que el crédito es pagadero.

d. A fin de preservar la *pars condicio creditorum*, se prevé la disminución en la participación en el dividendo concursal argentino en proporción al beneficio obtenido en el exterior por los acreedores quirografarios. A ello se denomina paridad de dividendos.

Finalmente llegamos a la **ley 24.522** de 1995 que se limitó a introducir en el último párrafo una frase que reza: "Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real". Aún cuando debe resaltarse que esta excepción debería haber sido introducida en el tercer párrafo del art. 4°.

Cabe reiterar que las **leyes 25.563 y 25.589** no han realizado nuevas modificaciones al artículo 4°, a cuyo estudio nos abocamos en los acápite que siguen.

Veamos, antes de avanzar, el siguiente cuadro comparativo para simplificar el análisis efectuado:

Cuadro 1: Evolución de las normas de fuente interna en materia de insolvencia internacional.

| LEY N° | 11.719 (1933) | 19.551 (1972) | 22.917 (1983) | 24.522 (1995) |
|-------------------------|-----------------|--|--|--|
| SISTEMA ADOPTADO | Territorialidad | Extraterritorialidad limitada. Se reconocía la declaración de concurso en el | Extraterritorialidad limitada. Se reconocía la declaración de concurso en el | Extraterritorialidad limitada. Se reconoce la declaración de concurso en el extranjero como causal |

¹⁴ Del mismo autor, "El artículo 4° de la ley 19.551: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte", en *LL t.* 1983-D, ps. 403 a 421. En este último artículo el autor se ocupa de reseñar el papel que tuvo la prensa, presionando para la reforma de la norma: "La prensa se ocupó de afirmar, con insistencia poco común, que la operatividad de este artículo dificultaba la renegociación de la deuda externa argentina, y que la cartera económica, por ello, respondiendo al condicionamiento extranjero, bregaba por la reforma del precepto en cuestión, aún con alcance retroactivo, a efectos de lograr la verificación de distintos créditos foráneos en un importante concurso de una empresa argentina, circunstancia ésta que habría de influir favorablemente -según información unánime de diarios locales- en aquella gestión internacional del Ministerio de Economía y del Banco Central de la República Argentina. Este último objetivo no fue logrado, aunque el art. 4° sí fue reformado por la ley 22.917 (...) la cual se declara aplicable a los concursos abiertos "después de transcurridos treinta días de su publicación".

| | | | | |
|----------------------------------|---|---|--|--|
| | | extranjero como causal para la apertura de otro concurso en el país. | extranjero como causal para la apertura de otro concurso en el país. | para la apertura de otro concurso en el país. |
| PREFERENCIAS NACIONALES | Operaban sólo en caso de quiebra y en relación con acreedores que pertenecieran a un concurso en el extranjero. | Operaban en relación con todos los acreedores extranjeros, quienes debían ejercer sus derechos sobre el remanente en forma individual. No quedaba claro en la ley si se aplicaba sólo a la quiebra o también al concurso. | Operaban sólo en caso de quiebra y en relación con acreedores que pertenecieran a un concurso en el extranjero. | Operan sólo en caso de quiebra y en relación con acreedores que pertenezcan a un concurso en el extranjero. |
| RECIPROCIDAD | - | - | Condicionaba la verificación del crédito de acreedores extranjeros a la demostración de la reciprocidad. | Condiciona la verificación del crédito de acreedores extranjeros a la demostración de la reciprocidad. Quedan exceptuados los titulares de créditos con garantía real. |
| PARIDAD EN LOS DIVIDENDOS | - | - | Los cobros de créditos quirografarios en el extranjero a posteriori de la apertura del concurso local, eran imputados al | Los cobros de créditos quirografarios en el extranjero a posteriori de la apertura del concurso local, son imputados al dividendo correspondiente en |

| | | | | |
|--|--|--|---|--------------|
| | | | dividendo correspondiente en este último. | este último. |
|--|--|--|---|--------------|

B. Sistema de regulación adoptado

Tal como vimos, la ley de quiebras sancionada en 1972, con el N° 19.551, en su art. 4°, antepuso al primer párrafo del antiguo art. 7° una frase, que se mantiene en el texto vigente, y que reconoce la extraterritorialidad de la declaración de apertura de un concurso o quiebra dictada en el extranjero. En efecto, el texto dispone: "la declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o de acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República". Es decir que para abrir un concurso en la República no será necesario probar el estado de cesación de pagos, en tanto hecho generador de la insolvencia. De tal manera, advertimos que el legislador ha captado la sentencia extranjera de apertura de quiebra como un hecho, como un dato fáctico.

No obstante no debemos perder de vista que el primer párrafo del art. 7° de la ley 11.719 se mantiene intacto. En consecuencia, y en los términos utilizados por Rouillon, podemos decir que la "primera regla" es la territorialidad de la sentencia de quiebra extranjera en tanto el concurso extranjero no puede invocarse en la Argentina para disputar los derechos de los acreedores locales sobre los activos existentes en la República, ni tampoco puede invocarse para anular los actos celebrados por el deudor. La "segunda regla" es la "extraterritorialidad limitada" de la sentencia de quiebra extranjera, atento a lo dispuesto en la primera frase del art. 4°, convirtiéndose en una excepción a la regla general de nuestra normativa concursal, según la cual los acreedores que peticionan la quiebra deben probar el estado de cesación de pagos (art. 1° y art. 83 LCQ).

Según podemos apreciar, sólo gozan del "privilegio" de estar exentos de probar la cesación de pagos el propio deudor y los acreedores locales, no, en cambio, quienes tengan a su favor créditos extranjeros.

Asimismo, debemos poner de relieve que la propia norma concursal, a nivel legislativo, reconoce la supralegalidad de los tratados internacionales en la materia, que en la práctica, son los Tratados de Montevideo en sus respectivos títulos pertinentes. En este sentido, siendo que esta disposición fue introducida en 1972 (ley 19.551) se le debe reconocer su espíritu "vanguardista", atento a que este principio fue recién reconocido jurisprudencialmente por la Corte Suprema en 1992 (*in re* "Ekmekdjian c/ Sofovich") e incorporado en la Constitución Nacional en la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22).

En conclusión, el sistema de regulación de la insolvencia internacional en nuestra legislación es de territorialidad- pluralidad a todos los efectos, excepto en lo que concierne al reconocimiento de la sentencia declarativa de concurso en el extranjero para ser alegada como causal de apertura en el país.

C. El dilema de las preferencias nacionales

La disposición que ha provocado los debates más arduos en la doctrina y jurisprudencia nacionales en la materia que nos ocupa es la consagración de las llamadas preferencias nacionales o locales.¹⁵

Ante todo, cabe destacar que nuestra legislación concursal no discrimina a los acreedores según su nacionalidad o domicilio. Acreedor extranjero es aquél cuyo crédito es pagadero en el exterior y acreedor local, aquél cuya acreencia es pagadera en la Argentina.¹⁶ Este es el criterio adoptado por los Tratados de Montevideo y por nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritarias. Por ello, tratándose de una cualidad del crédito, el lugar de pago, y no del acreedor, en rigor, correspondería referirnos a créditos extranjeros y créditos locales.

Cabe destacar, sin embargo, que durante la vigencia del Código de Comercio de 1862 y de la ley 11.719, tanto la jurisprudencia como algunos autores consideraban que la distinción debía hacerse en razón de la residencia o domicilio del acreedor.¹⁷

Más controvertida, por su parte, es la calificación de un crédito con lugares de pago alternativos a elección del actor: uno en la Argentina y otro en el extranjero. La doctrina y la jurisprudencia predominantes han juzgado que se trata de un crédito local. Así se han pronunciado nuestros tribunales en los célebres casos: "Trading Americas S.A."¹⁸ y "Banco Europeo para América Latina c/ Cura Hnos S.A."¹⁹

Realizadas estas aclaraciones preliminares, debemos señalar que tal como señala Rouillon, la regla de las preferencias nacionales sufrió una evolución destacable en la legislación y la jurisprudencia argentinas en la que pueden identificarse diversas etapas: un primer periodo entre 1859 y 1970, de moderada interpretación discriminatoria, una segunda, entre 1970 y 1983, de intensa discriminación y finalmente la etapa en que transitamos, en la cual dicha discriminación se ha disminuido radicalmente, aunque aún subsiste.

A lo largo de este proceso, el sistema de las preferencias nacionales fue objeto de duras críticas, incluso desde los más prestigiosos constitucionalistas argentinos. En efecto, Germán Bidart Campos sostuvo que el acreedor pagadero en el extranjero tiene derecho a la jurisdicción ante nuestros tribunales

¹⁵ Un emblemático ejemplo de las controvertidas opiniones e interpretaciones sobre la regla de las preferencias nacionales es el caso "Banco Europeo para América Latina c. Cura Hnos. S.A.", fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 8 de septiembre de 1983, en *LL* 1983-D, ps. 402 y ss. con nota de Sancinetti, Marcelo, "El artículo 4° de la ley 19.551: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte".

¹⁶ Goldschmidt entendía que no era suficiente para calificar como extranjero a un acreedor por el sólo hecho de que las partes hubieran acordado como lugar de pago un país extranjero sino que además sería necesario que el lugar de pago hubiera sido dispuesto en el interés del deudor, pues de lo contrario el acreedor podría renunciar a su derecho a exigir el pago en el extranjero y pedir el cumplimiento en el domicilio del deudor. Cfr. Goldschmidt, Werner, "El art. 4° de la ley 19551", en *ED* 100 - 853.

¹⁷ El criterio del domicilio / residencia es el adoptado por el Reglamento 1346 de la Unión Europea para distinguir entre acreedores locales y extranjeros.

¹⁸ CNCom, Sala E, 15/09/1983, en *JA* 1983-IV, 186.

¹⁹ CSJN 08/09/1983, en *LL* 1983-D, 404.

en pie de igualdad con los acreedores argentinos a fin de obtener una sentencia que proteja su derecho de propiedad (BIDART CAMPOS, 1983, 1019).²⁰

Desde otro punto de vista, se ha puesto de relieve el carácter anacrónico de la disposición que analizamos. A fines de la década de los años setenta, Cámara ya sostenía: "en 1859 era posible encontrar argumentos para ligar los bienes locales a los acreedores locales. Hoy en día, que ni existe estabilidad respecto de la situación de los bienes, su distribución sobre una base ficticia, como es el lugar de pago de la deuda, no puede ser defendida, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el económico. Por otra parte, la tendencia hacia la creación de entidades jurídicamente separadas ha convertido el problema de 1859 en una cuestión esencialmente académica" (CÁMARA, 1980, 338). En la misma inteligencia, Mairal sostiene que la distinción es vetusta pues en la actualidad tanto acreedores locales como extranjeros contribuyen con sus respectivos créditos a permitir el funcionamiento de la empresa hasta el momento de su quiebra (MAIRAL, 1981, 1190).

Asimismo, Goldschmidt, bajo la vigencia de la ley 19.551, criticó con vehemencia el art. 4º en cuanto consagraba las preferencias nacionales, y concluía que la posposición de acreedores extranjeros sólo debe realizarse cuando se trata de acreedores extranjeros pertenecientes a un concurso abierto en el extranjero; pero si el deudor no tiene bienes en el exterior y se trata de créditos exclusivamente pagaderos en el extranjero, los titulares de tales créditos deben ser admitidos, ya que de lo contrario se violan los arts. 14, 17 y 20 de la Constitución Nacional (GOLDSCHMIDT, 1983, 853).

En una opinión contraria, y podríamos decir minoritaria se encuentra Antonio Boggiano, quien ha defendido la operatividad de las preferencias nacionales en todo concurso argentino, sin distinciones por cuanto, entre otros argumentos entiende que sería absurdo establecer que la declaración de quiebra en el extranjero no pueda ser invocada para disputar derechos de los acreedores locales y admitir, por otro lado, que la ausencia de declaración de quiebra sí pueda suprimir la preferencia local de aquellos mismos acreedores locales. Además, para el autor, en tanto esta solución es la adoptada en los Tratados de Montevideo de 1940, se alcanzaría así la armonización entre las fuentes internas e internacionales que vinculan a nuestro país en la materia.²¹

Lo cierto es que bajo la legislación vigente sólo los créditos *exclusivamente* pagaderos en el extranjero pueden ser postergados en el cobro. Pero además deben darse dos condiciones adicionales:

²⁰ Germán Bidart Campos sostenía que la protección constitucional de los derechos de los acreedores extranjeros es múltiple: a) el derecho a la jurisdicción, que importa permitir al acreedor de marras, que carece de una quiebra extranjera a la cual acudir, verificar su crédito y concurrir a la masa de acreedores en la argentina sin postergación alguna, y en pie de igualdad con los acreedores que llamaríamos internos; b) el derecho de propiedad, que no consiente que el acreedor extranjero sea colocado en lugar relegado; c) el principio de razonabilidad, que tampoco tolera distinguir entre acreedores internos y extranjeros cuando el concurso del deudor tramita únicamente en la Argentina y su patrimonio responsable ante la masa de acreedores se halla en territorio argentino; d) la igualdad jurídica y la igualdad ante la ley, que repudian discriminaciones arbitrarias, hostiles, desprovistas de fundamento suficiente, etc.

²¹ La opinión sustentada por Boggiano ha quedado plasmada en célebres casos jurisprudenciales en los que el jurista sentenció. Nos referimos al ya citado fallo "Lital" y a "Trading Americas S.A. s/ quiebra" de la CNCom, Sala E, del 15 de septiembre de 1983, publicado en LL t. 1983-D, p. 421. En lo pertinente, el juez Boggiano sostuvo: "el

- Debe tratarse de una **quiebra**, puesto que sólo en los procedimientos liquidatorios los acreedores pueden pedir su apertura y únicamente en ellos puede predicarse la existencia de saldo.²² Además debe tratarse de una quiebra que concluya por pago total, puesto que en otros casos como el avenimiento o la distribución final no existe saldo y en consecuencia no podría operar esta postergación en el cobro.²³

- El acreedor cuyo crédito tiene lugar de pago exclusivo en el extranjero debe a su vez **pertenecer a un concurso declarado en el extranjero**. Durante la vigencia de la ley 19.551, así como en el marco de los Tratados de Montevideo de 1940 (art. 48), la regla de las preferencias nacionales es mucho más discriminatoria puesto que rige aún cuando no existe otro proceso abierto. En la actualidad, en el derecho argentino de fuente interna, las preferencias locales sólo operan cuando coexisten dos procedimientos concursales. Ahora bien, la doctrina no resulta coincidente en cuanto a determinar qué se entiende por "pertenecer a un concurso en el extranjero". En este sentido, se han formulado varias posibilidades: 1) haber solicitado verificación del crédito; 2) haber sido efectivamente verificado, 3) haber cobrado el crédito, o 4) haber podido presentarse a verificar aún cuando no se haya hecho (RAISBERG, 2001).

Por otra parte, no podemos soslayar que la normativa vigente ha dejado un importante vacío en lo que respecta a la forma de presentación de los acreedores extranjeros que pertenecen a concursos abiertos en el extranjero en el procedimiento local. Sancinetti en este sentido considera que la norma no determina si los créditos deben ser verificados individualmente postergándolos en el cobro, o si se admite la representación colectiva para solicitar el remanente (SANCINETTI, 1984, 156/7). Esta inquietud en cambio había sido disipada bajo la vigencia de la ley 19.551 ya que, tal como postula Kaller de Orchansky, para ahondar más en la discriminación había introducido el adverbio "individualmente", que significaba que una vez pagados íntegramente los créditos locales, el concurso argentino no debía continuar y en consecuencia los acreedores extranjeros cobrarían individualmente, conforme al adagio "*prior tempore, potior iure*" (KALLER de ORCHANSKY, 1994, 494/5). El hecho de que el legislador haya omitido en la reforma dicho adverbio, probablemente da cuenta de un cambio de criterio al respecto.

Finalmente no podemos dejar de advertir que aún cuando nuestra legislación actual es relativamente moderada en la discriminación entre acreedores locales y foráneos, sabido es, que la

fundamento del privilegio no se relaciona con ningún concurso extranjero, sino con la concurrencia de créditos pagaderos en el país y en el extranjero ante un concurso argentino".

²² El saldo, según el art. 228 de la LCQ es el sobrante que se reintegra al fallido luego de cancelar el capital y los intereses de los créditos verificados. Cabe destacar que la ley 11.719 se refería al "sobrante" y la ley 19.551, al "remanente".

²³ En este sentido, se pronuncian: Alberti, Edgardo M., "¿Es aplicable el art. 4° de la ley 19.551 a todos los concursos o solamente a las quiebras" en LL 1981-A, 768; Costa, Miguel G., "Aplicación del art. 4 de la ley 19.551" en ED 105 - 898. Así también lo ha reconocido nuestra jurisprudencia en varios precedentes, entre ellos podemos mencionar: "Scola, Alfredo A. y Cía. S.C.A.", de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, del 19 de octubre de 1993, en LL 1994-A, 267.

posibilidad de que los acreedores extranjeros cobren sobre el saldo es ilusoria ya que en la práctica aquél nunca existe.²⁴

D. La condición de reciprocidad: sus alcances

La reciprocidad, a diferencia de la regla de las preferencias locales, no es una condición para la postergación o no en el cobro del crédito, sino que es lisa y llanamente un requisito para su admisibilidad. Y por otra parte, nuevamente distinguiéndose de las preferencias nacionales, se aplica tanto a procesos falenciales como concursales.

Esta regla, resabio de la teoría de la *comitas gentium* o cortesía internacional, condiciona la verificación de un crédito extranjero a que se demuestre que un crédito local sería reconocido y podría cobrarse, en igualdad de condiciones, en un concurso del país donde el crédito extranjero es pagadero.

Debemos señalar que desde la entrada en vigor de la ley 24.522 se ha introducido una importante excepción a la regla de la reciprocidad. En efecto, los acreedores extranjeros cuyos créditos están respaldados con una garantía real sobre bienes situados en la República Argentina no tienen necesidad de probar la mentada condición.

El debate más importante generado sobre la reciprocidad ha girado en torno a su prueba, en particular a quién o quiénes deben probarla y en tal caso, cómo deben hacerlo.

En relación con la carga de la prueba,²⁵ se ha aceptado que si bien en principio le incumbe al acreedor interesado en la verificación, la reciprocidad podrá ser acreditada por el juez, la sindicatura e incluso los restantes acreedores (quienes, tal vez, pueden estar interesados en demostrar la no reciprocidad para tutelar sus créditos). En esta inteligencia, en el caso "Cacace, Horacio s/ quiebra s/ incidente de impugnación de Sherrant S.A.", la Cámara sostuvo que el art. 4° exige que se demuestre la reciprocidad "...sin esclarecer, concretamente sobre quien recae tal demostración. Al no hallarse expresamente establecida la carga de la prueba, cabe, dentro de las facultades instructorias y de investigación de los jueces, requerir a las partes interesadas los elementos que le permitan establecer el contenido del derecho extranjero eventualmente aplicable al caso."²⁶

²⁴En igual sentido, entre otros: Rouillon, Adolfo A. N., "Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza", en International Insolvency Institute, disponible en www.iiiglobal.org

²⁵ Este aspecto se encuentra íntimamente vinculado con una de las cuestiones fundamentales del Derecho Internacional Privado: la aplicación del derecho extranjero. Al respecto, el art. 13 del Código Civil y su nota adoptan el criterio según el cual el derecho extranjero es un hecho y por ende debe invocarse y probarse por parte interesada. Se ha propiciado, sin embargo, en múltiples oportunidades, su derogación. En cambio, el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación otorga al juez la facultad de investigar la existencia de la ley extranjera y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio. Asimismo, el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo establece en el art. 2° que la ley extranjera "será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada". Finalmente la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho extranjero, aún adoptando la Teoría del uso jurídico, aceptan la aplicación de oficio del juez. Para un desarrollo *in extenso* del tema, véase Biocca, Cárdenas, Basz, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General*, 2ª edición, Editorial Universidad, 1997, ps. 133 y ss.

²⁶ CNCom Sala B, 22/08/1990.

Por otra parte, en una serie de casos jurisprudenciales, se ha adoptado un criterio flexible que ha permitido probar la reciprocidad mediante la presentación de los textos legales pertinentes, certificados y traducidos, en su caso; acompañados de dictámenes de expertos en la materia que afirman en líneas generales que "un crédito local sería reconocido y podría cobrarse, en igualdad de condiciones, en un concurso del país donde el crédito extranjero es pagadero".²⁷

Nuestra jurisprudencia ha ido aún mas lejos al establecer que en caso de que exista una pluralidad de acreedores pagaderos en un mismo país extranjero, es suficiente si uno sólo de ellos acredita el derecho extranjero y asimismo juzgó que una vez que los tribunales argentinos hayan admitido la reciprocidad en relación con un determinado sistema jurídico foráneo ya no es necesario que en el futuro otros acreedores la acrediten.²⁸

En autos "Sabate Sas S.A. en: Coviran S.A. p/ conc. P./verif. tardía",²⁹ la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I el 28 de abril de 2005 decidió que adolece de exceso de rigor ritual manifiesto en la apreciación de la carga probatoria, la sentencia que rechazó el pedido de verificación de un crédito por falta de prueba del requisito de reciprocidad mencionado en el art. 4° de la ley 24.522 - en el caso, por una factura que establecía como condición de pago de las mercaderías recibidas por la concursada una transferencia bancaria a Francia - pues aunque en principio la carga de la prueba de la reciprocidad incumbe al acreedor peticionante, su omisión no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido verificador desde que el requisito puede acreditarse a través de la actividad del síndico o incluso del propio juez.

En el voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci, al que adhiere el Dr. Pérez Hualde, entre otros argumentos se advierte uno que es más que significativo: "Es verdad que la legislación concursal argentina no distingue según la nacionalidad ni el domicilio del acreedor sino conforme una cualidad del crédito (ser pagadero en el extranjero) y por eso, como regla, la exigencia no es inconstitucional (...) pero no puede ignorarse la realidad: normalmente, cuando se pacta que la obligación es pagadera en el extranjero es porque el acreedor es de nacionalidad de ese país o está domiciliado en ese país. Consecuentemente, un exceso de rigor en la carga de la prueba puede llevar, indirectamente, a la discriminación del acreedor mismo". Y a renglón seguido prosigue: "si la reciprocidad es expresión de un medio sancionatorio, no parece razonable aplicar semejante sanción cuando el juez tiene todas las posibilidades de determinar el derecho aplicable en el país donde el crédito debe ser cumplido."

Como podemos apreciar, por vía pretoriana, la estricta condición de reciprocidad se ha flexibilizado notoriamente.

²⁷ Pueden verse, entre otros precedentes: "Arthur Martin S.A.", "Cavifré S.A. s/ quiebra s/ incidente de revisión por Overland Trust Banca", "D'Angelo, Lydia v. Paino, Myriam", "Massey Ferguson S.A.". Un análisis exhaustivo de la forma de probar la condición de reciprocidad, puede verse en Cichero, Liliana E., "Algunas reflexiones acerca de los concursos transnacionales y el reconocimiento de las acreencias verificadoras", en *La Ley Actualidad* del 8/8/02.

²⁸ "Banco Integrado Departamental Coop. Ltda." (Juzgado de 1ª instancia del distrito Judicial 3 en lo Civil y Comercial; Venado Tuerto, Santa Fe, 25/09/1996).

²⁹ Publicado en *Suplemento de Concursos y Quiebras*, Ed. La Ley, 8 de julio de 2005, con nota de la Dra. María Elsa Uzal y en *El Derecho* N° 11.353, Año XLIII, del 29 de septiembre de 2005, con nota del Dr. Alfredo Mario Soto.

E. La paridad en los dividendos

El párrafo final del artículo 4º, introducido por la ley 22.917 consagra la denominada paridad en los dividendos. En su Exposición de Motivos, se justificaba su incorporación a la regulación de las quiebras transnacionales del siguiente modo: "...tiende a provocar una suerte de retorsión, no mediante exclusión de la verificación, sino a través de la retención de dividendos, que son lo importante, respecto de aquellos acreedores que hubieran satisfecho créditos propios, luego de la fecha de apertura del concurso argentino, mediante procedimientos seguidos en otra nación, afectando así la paridad de los interesados que es uno de los fines del trámite falencial (...) Se busca "igualar" al acreedor que obtuvo beneficio propio, con los demás que respetaron en mayor medida el procedimiento común".

Sin lugar a dudas, esta regla tiene por finalidad garantizar el principio de igualdad de los acreedores, la célebre *pars condicio creditorum*, pilar esencial del derecho concursal, aún cuando no siempre se logra tal objetivo en la práctica. Como sucede, por ejemplo, cuando el acreedor cobró en el extranjero más de lo que se distribuyó en el proceso argentino.

Para que esta norma opere, el acreedor quirografario debe haber obtenido un beneficio individual en un proceso judicial o extrajudicial en desmedro de los demás, para lo cual debe haber fraccionado su crédito. Además debe tenerse presente que si el procedimiento en el que obtuvo el cobro de una porción de su crédito resulta ser un concurso extranjero, quedará de todas maneras postergado al saldo, en virtud del segundo párrafo del art. 4º LCQ.

Cabe destacar que prácticamente no se han presentado casos en que fuera de aplicación la regla de la paridad en los dividendos.

Hasta aquí, el derecho nacional de fuente interna en vigor. Ahora, posemos la mirada en los proyectos de reforma más recientes presentados en nuestro país.

V. LOS PROYECTOS DE REFORMA EN MATERIA DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL EN LA ARGENTINA

En este apartado nos dedicaremos brevemente a analizar las normas previstas en materia de insolvencia internacional en los mas recientes proyectos de reforma de nuestra legislación nacional.

1. EL PROYECTO DE 1998

En primer lugar, describiremos las soluciones adoptadas por el Proyecto de 1998 de Ley de Derecho Internacional Privado que fuera entregado conjuntamente con el Proyecto de Código Unificado Civil y Comercial el 18 de diciembre de 1998 por la Comisión Honoraria designada por Decreto 685/95 e integrada por las Dras. Berta Kaller de Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés, a fin de que fueran tratados simultáneamente. En el Título II, el art. 33 se dedica a la competencia internacional en materia de concursos y quiebras y en el título IV bajo el título "Concursos y quiebras", los arts. 128 a 132 abordan la cuestión de la ley aplicable.

En primer lugar advertimos que este proyecto utiliza la antigua terminología de "quiebras y concursos" que en la práctica puede no cubrir ciertas situaciones fácticas que no quedan estrictamente comprendidas en tales figuras jurídicas. Por ende, insistimos en que sería deseable emplear un término más amplio, abarcativo, como es el de insolvencia.

El art. 33 dispone: "Los tribunales argentinos son competentes para entender en concursos o quiebras en razón de la radicación de los bienes en el país, aún cuando el deudor tenga su domicilio o sede en el extranjero."

Tal como se puede observar, esta disposición consagra el denominado foro del patrimonio que en nuestra legislación vigente encontramos en el art. 2.2. de la Ley 24.522.

El art. 128 consagra la regla general en materia de ley aplicable en estos términos: "La ley aplicable al procedimiento y a sus efectos será la del Estado cuyos tribunales han declarado el concurso o la quiebra.

La Ley de Estado de apertura del procedimiento determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento."

El art. 128 adopta el criterio tradicional para determinar la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia internacional: la *lex fori*, de tal modo, una vez definida la jurisdicción competente, conoceremos automáticamente la legislación aplicable. Aún cuando nuestra ley concursal en vigor no consagra expresamente esta regla, tanto la doctrina como la jurisprudencia la han aplicado y desarrollado acabadamente.

El art. 129 se dedica al reconocimiento: "Toda resolución de apertura de un procedimiento concursal dictada por el tribunal competente de un Estado extranjero, será reconocida en Argentina a solicitud de la administración de la quiebra, del deudor o de un acreedor desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura. El reconocimiento de un procedimiento de quiebra abierto por el tribunal competente de un estado extranjero no impedirá la apertura de otro procedimiento en el país respecto de los bienes que el deudor tenga en este territorio. Este otro procedimiento será considerado procedimiento secundario."

Este artículo, si bien prevé la extraterritorialidad de los efectos de la resolución de apertura de un procedimiento concursal emanada de un tribunal competente foráneo, habilita expresamente la posibilidad de abrir un nuevo procedimiento en el país, siempre que se pruebe la existencia de bienes en nuestro territorio, al que denomina en consonancia con la Ley Modelo UNCITRAL de 1997 y el Reglamento 1346/2000 de la UE, procedimiento secundario. Es decir, que se adopta la modalidad de la pluralidad de juicios.

Lamentablemente, esta disposición no prevé los alcances precisos de los efectos del reconocimiento del auto de apertura de un concurso en el extranjero, ni dispone el deber de cooperación - coordinación entre los distintos procedimientos paralelos abiertos en distintas jurisdicciones.

El art. 130 sobre medidas cautelares, establece: "Desde la presentación de la solicitud del reconocimiento de una resolución de quiebra dictada en el extranjero, el tribunal podrá, a instancia de la

parte requirente, adoptar las medidas cautelares sobre los bienes del deudor para el periodo comprendido entre la solicitud de apertura del procedimiento de quiebra y la resolución de apertura."

Esta solución está tomada en términos muy semejantes de la Ley Modelo de 1997 sobre la insolvencia transfronteriza (art. 19) a efectos de evitar todo tipo de operaciones fraudulentas hasta tanto se resuelva el reconocimiento.

El art. 131, con el fin de resguardar la igualdad de trato de los acreedores establece que "el acreedor que haya obtenido en un procedimiento de quiebra un dividendo sobre su crédito, sólo participará en el reparto abierto en el procedimiento nacional cuando los acreedores de la misma categoría hayan obtenido un dividendo equivalente."

Encontramos esta solución en el último párrafo del art. 4° de la Ley 24.522 (paridad en los dividendos), que aunque con las deficiencias apuntadas tiende a preservar la *pars conditio creditorum*, y en la Ley Modelo de 1997 (art. 32), como así también en el Reglamento de la UE.

Y finalmente, el art. 132 dispone que en caso de existencia de excedente de activo en el procedimiento nacional secundario, "el síndico designado en dicho procedimiento remitirá de inmediato el excedente... al síndico del procedimiento principal."

Este artículo reconoce la denominada "disponibilidad internacional del remanente", ya reconocida en los Tratados de Montevideo, así como en las más modernas realizaciones en la materia.

2. EL PROYECTO DE CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado fue elaborado por la Comisión designada por las Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 191/02 y 134/02³⁰ y presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003.³¹

En el art. 6 del Título I (Disposiciones Generales) encontramos una calificación autárquica de procesos de insolvencia.

El art. 44 del Título II (Jurisdicción Internacional) aborda la cuestión de la competencia internacional en materia de insolvencia internacional.

Y dentro del Título III (Derecho Aplicable) el Capítulo XIV (Insolvencia) desde el art. 124 al art. 127 se dedica a la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia transfronteriza.

³⁰ La Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado estuvo integrada por los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo L. Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil, María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Mariana Perugini Zanetti, Horacio Daniel Piombo, Julio César Rivera, Amalia Uriondo de Martinoli e Inés M. Weinberg de Roca. En la actualidad el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha decidido dar difusión al anteproyecto, a fin de enriquecer la propuesta a través de los análisis, críticas y opiniones de los miembros de la comunidad jurídica argentina.

³¹ Puede consultarse un análisis crítico de este Proyecto en Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, "El Nuevo Proyecto de Reforma en la Argentina: otra oportunidad desaprovechada en materia de insolvencia internacional", en *Temas de Derecho Internacional Privado*, Homenaje a Juan María Rouvier, Colección Libros Homenaje N° 12, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003.

En efecto, el art. 6 dispone que a los fines de este código: i) procesos de insolvencia son el concurso preventivo, la quiebra, la liquidación coactiva extraconcursal, el acuerdo preventivo extrajudicial y otros procedimientos equivalentes.

Si bien toda calificación autárquica propicia una mejor interpretación de las normas por los distintos operadores jurídicos, en cambio de identificar los procesos de insolvencia en nuestro derecho interno dejando a salvo la posibilidad de que nuevos procedimientos con características equivalentes sean comprendidos por el mismo término, hubiera sido preferible realizar una definición descriptiva del fenómeno de la insolvencia, tal como lo hacen el Reglamento 1346/2000 de la UE y la Ley Modelo UNCITRAL de 1997.

Por su parte, el art. 44 establece que "Tienen jurisdicción internacional para entender en la insolvencia los tribunales del domicilio del deudor.

Se entiende por domicilio del deudor el centro principal de sus intereses.

Cuando el deudor tenga su domicilio en el extranjero, tienen también jurisdicción los tribunales argentinos cuando existan bienes del deudor en el país o una sucursal en la República.

Los tribunales argentinos del lugar de situación de los bienes o de la sucursal del deudor con domicilio en el extranjero son también competentes para declarar la extensión de la quiebra y las responsabilidades concursales en los términos del derecho de la República."

El artículo que analizamos en materia jurisdiccional adopta el clásico criterio del domicilio del deudor, al que califica como el "centro principal de sus intereses". Para evitar todo tipo de confusiones, hubiera sido aconsejable utilizar directamente este criterio, tal como lo hacen las recientes realizaciones y, en su caso prever presunciones.

Asimismo establece el foro del patrimonio, ya consagrado en nuestro derecho, al establecer la jurisdicción concurrente de los tribunales nacionales en razón de la existencia de bienes en el territorio de la República.

Por último, esta disposición se ocupa de una delicada cuestión, tal como es la de la extensión de la quiebra. Nos introduce en el tema de los grupos económicos. Se trata de una norma novedosa, cuyo mayor desarrollo será necesario atento a la creciente actividad de tales actores en el escenario actual.

El art.124 reconoce el principio tradicional en materia de ley aplicable: "Los procesos de insolvencia se rigen por el derecho del Estado del tribunal que interviene en ellos.

El derecho aplicable a la insolvencia rige los procedimientos, las condiciones de apertura y terminación del proceso, los efectos de los procedimientos de insolvencia sobre las obligaciones contraídas por el deudor y el rango de los privilegios.

Los créditos cuya verificación se intente se rigen por el derecho aplicable a la obligación de que se trate."

Tal como adelantamos al analizar el Proyecto de 1998, esta norma adopta el criterio clásico en materia de ley aplicable en materia de insolvencia internacional, es decir, la ley del Estado de apertura del procedimiento, la llamada *lex fori*

Por su parte, el art.125 se dedica a los efectos de la sentencia extranjera: "Las resoluciones de apertura o de homologación dictadas por un tribunal extranjero competente en un proceso de insolvencia, serán reconocidas en la República a pedido del deudor, del administrador o representante designado en los procedimientos o de cualquier acreedor o tercero interesado, siempre que la petición cumpla con los requisitos exigidos por el derecho argentino para el reconocimiento de sentencias. Los efectos de la resolución operarán desde el momento en que se produzcan en el Estado de apertura del proceso concursal.

Excepcionalmente, por razones de interés social, mediante decreto de necesidad y urgencia podrá limitarse lo dispuesto en el párrafo que antecede."

El art. 125 proyectado consagra el reconocimiento extraterritorial del auto de apertura del procedimiento de insolvencia declarado en el extranjero. Sin embargo, no define con precisión las consecuencias de dicho reconocimiento. Y sobretodo, resulta muy preocupante, nos inquieta realmente la incertidumbre que crea el último párrafo de la norma en cuanto faculta al Poder Ejecutivo a limitar los alcances del reconocimiento a través de decretos de necesidad y urgencia, instrumentos que, por otra parte, han sido duramente cuestionados por la más prestigiosa doctrina constitucionalista.

A su turno, el art.126 dispone sobre medidas cautelares que: "El pedido de reconocimiento de la sentencia extranjera habilita al juez competente para adoptar las medidas cautelares previstas por su derecho concursal".

Y finalmente el art.127 sobre tratamiento de acreedores extranjeros establece que: "Los acreedores cuyos créditos deben cumplirse en el extranjero gozan de los mismos derechos que los acreedores cuyos créditos deben cumplirse en la República. Podrán pedir la apertura de los procesos y participar en ellos con arreglo a la legislación concursal argentina."

Esta disposición elimina las denominadas preferencias nacionales, ya que reconoce igualdad de derechos y de trato a los acreedores, ya sean locales o extranjeros.

Es, desde nuestra mirada, criticable que no se exijan condiciones de reciprocidad para la aplicación de esta norma. De ese modo, se hubieran preservado debidamente todos los intereses en juego.

Por último, resulta extraño que este proyecto no se haya ocupado de aspectos tan importantes, como la paridad en los dividendos, la disponibilidad internacional de los remanentes, entre otros.

3. EL PROYECTO DE LEY SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

Por Resolución N° 111 del Ministro de Justicia y Derechos Humanos Dr. Jorge R. Vanossi del 13 de febrero de 2002 se estableció la Comisión Redactora para el examen y preparación de enmiendas a la legislación de insolvencia internacional,³² la que propuso, por iniciativa de la Dra. Ana Piaggi, que se adoptara la Ley Modelo de UNCITRAL de Insolvencia Transfronteriza.

³² La comisión fue integrada por los Dres. Adolfo Rouillon, Ana Piaggi, Efraín Richard, Héctor Alegría, Juan Anich, Julio César Rivera, Mariano Gagliardo, y Sergio Lepera.

En la Exposición de Motivos, los miembros de la Comisión Redactora procuraron dar fundamentos contundentes acerca de la necesidad de que nuestro país cuente con una moderna y adecuada legislación sobre insolvencia internacional, tal como la plasmada en la Ley Modelo. Entre las razones más importantes, destacan:

- Una ley de insolvencia efectiva juega un rol crítico en numerosas áreas: incrementa la competitividad de las empresas, facilita el acceso al crédito, y el desarrollo del mercado de capitales, y en general constituye un factor ventajoso para toda inversión u operación comercial en el Estado que la adopte.
- Normativas firmes sobre insolvencia son medios insoslayables para evitar o limitar las crisis financieras y facilitar la reestructuración rápida y ordenada de un endeudamiento excesivo, en especial cuando éste constituye fuente de tensiones para la estabilidad macroeconómica de un país.
- La adopción de un régimen armónico, moderno y previsible disminuirá nuestra tasa de riesgo país y potenciará las posibilidades de nuestras empresas en dificultades cuando acudan al régimen de insolvencia buscando la reorganización y el mantenimiento de empleos.
- Dicho régimen permitirá combatir eficazmente las operaciones fraudulentas de deudores, encaminadas a ocultar o transferir bienes a jurisdicciones foráneas.
- Reglas precisas dan certeza legal a las partes y evitan el litigio, facilitan los procedimientos y reducen los costos.
- La adopción de un texto elaborado en un foro neutro y de alto nivel mundial (como la Ley Modelo) asegura la mejor inserción de Argentina entre los países que se encuentran liderando soluciones de la más actualizada técnica a nivel internacional.

Los redactores, en síntesis, identifican el sistema adoptado como una solución realista que combina los principios clásicos: de la territorialidad y de la universalidad, maximizando sus ventajas y minimizando sus debilidades. Definen el sistema como uno de "universalidad calificada", como puente entre los mecanismos tradicionales, que se alcanza a través de la cooperación internacional.

El proyecto sigue casi textualmente las disposiciones y la numeración de la Ley Modelo, cuyas disposiciones analizaremos en detalle más adelante.

Sin embargo, contiene algunos agregados dignos de destacar:

- Hace uso de la posibilidad prevista en la Ley Modelo de exceptuar de su ámbito de aplicación a algunos eventuales deudores: entidades financieras, entidades aseguradoras y otros sujetos excluidos de la aplicación de la legislación concursal argentina (art. 1.2), tales como las asociaciones mutuales y las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones.
- Introduce algunas calificaciones autóricas que no se encuentran en el texto original: "acreedor extranjero" (art. 2.g), "acreedor local" (art. 2.h), "República" (art. 2.i), "legislación concursal argentina" (art. 2.j), "proceso o procedimiento concursal" (art. 2.k), y "tribunal" (art. 2.l). Nos interesa destacar que adopta para distinguir acreedor local y extranjero el criterio de los Tratados de Montevideo, y

de nuestra doctrina y jurisprudencia imperantes. En efecto, dispone que "Por 'acreedores extranjeros' se entenderá aquél que fuera titular de un crédito pagadero exclusivamente fuera del territorio de la República". Y "Por 'acreedor local' se entenderá aquél que fuera titular de: (i) un crédito pagadero exclusivamente en la República; o (ii) un crédito con más de un lugar alternativo de pago, a opción del acreedor, siempre que uno de los lugares de pago fuera en el territorio de la República". Como vemos, se ha adoptado la interpretación jurisprudencial comentada *ut supra*. Por otra parte, la calificación de "proceso o procedimiento concursal" elegida es amplia y flexible: todo proceso colectivo de reorganización o de liquidación que tuviera por presupuesto la insolvencia.

- Exige reciprocidad en la aplicación de la ley proyectada (art. 3, segundo párrafo). Ello a fin de que las concesiones previstas no beneficien a los acreedores o deudores foráneos, sin contrapartida, es decir, cuando en el Estado extranjero no existe una legislación concordante, recíproca, que prevea similar tratamiento a la local. Máxime teniendo en cuenta que de aprobar este proyecto, se eliminarían en nuestro derecho de fuente interna las preferencias nacionales (Cfr. Art. 13 Ley Modelo y Proyecto). De este modo, como queda de manifiesto en la Exposición de Motivos, "se tutelan debidamente los intereses en juego en un marco de equilibrio internacional".

- Somete el alcance, la modificación y la extinción de los efectos de paralización y suspensión que acarrea el reconocimiento de un procedimiento principal a lo que establezca la legislación concursal argentina para tales casos.

- Agrega el artículo 33 en el cual prevé la competencia de los jueces nacionales en los casos de deudores domiciliados en el extranjero, siempre que existan bienes situados en el país. Si el deudor tiene una sucursal o establecimiento en la República, no será necesario probar la existencia de bienes en su territorio. Pero en uno u otro caso, estos procedimientos sólo se podrán abrir si existen uno o varios acreedores locales. Tal como vimos, de esta manera se estaría consagrando una línea jurisprudencial y doctrinaria predominante.

- El art. 34 fija la competencia en concursos de deudores domiciliados en el extranjero, remitiéndose a la ley argentina concursal. Y para el caso de que, según ella, no pueda establecerse la competencia, actuará el juez del lugar donde se encuentran los bienes. Si existiere pluralidad de bienes situados en diversas jurisdicciones en la República, corresponderá intervenir al juez que hubiere prevenido.

- El art. 35 se dedica a la publicidad en los supuestos de reconocimiento de procedimientos extranjeros, de las medidas que afecten la disponibilidad de bienes del deudor y en los casos que el tribunal argentino considere pertinente ordenarla. El tema de la publicidad, tan caro al principio constitucional del debido proceso, no es contemplado en el texto original de la ley modelo.

- Finalmente el art. 36 se ocupa de la entrada en vigor del texto proyectado, estableciendo que sus disposiciones prevalecerán en los casos que sea aplicable sobre el inc. 2) del art. 2º, el inc. 5) del art. 3º y el art. 4º de la Ley N° 24.522 y sus modificatorias. El art. 37 es de forma.

De este modo culminamos el análisis de los proyectos de reforma más recientes y destacables en materia de insolvencia transfronteriza. En el apartado siguiente, nos abocaremos a exponer nuestras conclusiones y recomendaciones sobre el tema tratado.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES:

1. La globalización de la economía, y el crecimiento incesante de los intercambios internacionales, el fenómeno de la integración regional y subregional, los profundos avances de los medios masivos de comunicación han contribuido a generar un número importante y creciente de conflictos de índole internacional, entre ellos aquellos vinculados a las denominadas insolvencias transfronterizas.

2. Esta cuestión, sin dudas, requiere de soluciones, de respuestas jurídicas que la regulen, que la encaucen. Éstas pueden provenir de fuentes internas, nacionales o de fuentes internacionales o regionales. En este sentido, el Derecho Internacional Privado, en general, y el Derecho Comercial Internacional en especial constituyen instrumentos idóneos para contribuir a la elaboración de normas adecuadas.

3. Las tendencias actuales en materia de régimen internacional de la insolvencia se inclinan por la adopción de tesis intermedias, conciliadoras de los diversos intereses en juego, y superadoras de los sistemas puros, extremos, cuyas soluciones han resultado insatisfactorias al pretender ser puestas en práctica.

4. Resulta imprescindible para todo Estado que pretenda insertarse en el escenario global contar con una moderna legislación interna sobre insolvencia transfronteriza que se adapte a las realidades del nuevo orden transnacional. Una regulación adecuada en esta delicada materia constituye un elemento muy atractivo para todo inversor extranjero que desee realizar una inversión productiva, no especulativa en el país, y en general, para todo operador económico.

5. En este sentido, nuestra normativa nacional requiere una urgente puesta al día. Las disposiciones del célebre e intrincado artículo 4° han generado innumerables dificultades, dudas, vacíos y enigmas tanto en su interpretación como en su aplicación. Y, sobretodo, a la luz del siglo XXI, tal como se ha destacado en múltiples ocasiones, resulta absolutamente anacrónico.

RECOMENDACIONES

1. Un avance importante en esta materia estaría dado por la reforma de las legislaciones internas sobre insolvencia internacional que procure la modernización del derecho comercial internacional y asuma el desafío de regular un área de particular delicadeza e incidencia en las economías nacionales.

2. Dicha reforma debería tener en cuenta las tendencias actuales en relación con los sistemas de regulación de la insolvencia internacional. En este sentido, consideramos que el legislador debería tener en cuenta las disposiciones de la Ley Modelo UNCITRAL de 1997, con miras a lograr en un futuro una armonización de legislaciones de alcance universal.

3. En particular, el legislador nacional deberá buscar soluciones que en relación con el art. 4° vigente:

- Adopten un sistema de regulación realista que sin consagrar la unidad, que en la práctica ha resultado ser una quimera, abandone la marcada territorialidad que subsiste aún muy arraigada en nuestra ley concursal.
- Eliminen, en condiciones de reciprocidad, la vetusta regla de las preferencias nacionales que en términos generales transgrede la garantía de la igualdad ante la ley, el acceso a la jurisdicción y el derecho de propiedad.
- Consagren una regla de paridad en los dividendos que tenga aplicación práctica concreta y real.
- Consagren un régimen de cooperación internacional entre los concursos locales y extranjeros y entre los funcionarios involucrados: jueces y síndicos.

En definitiva, el Derecho una vez más es convocado para ponerse al servicio de la realidad. Es la herramienta, por excelencia, con las que contamos para encausar, conciliar los intereses en juego y alcanzar la mentada seguridad jurídica. Sólo hace falta que definitivamente el Derecho y sus creadores y operadores asuman esta responsabilidad, que no es ni más ni menos que su razón de ser.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTI, E. (1981), "*¿Es aplicable el art. 4° de la ley 19.551 a todos los concursos o solamente a las quiebras*" en *LL* 1981-A, 768
- ALEGRÍA, H. (1987), "Extraterritorialidad de los concursos", en *Revista Lecciones y Ensayos*, N° 47, 1987.
- BASZ, V. y CAMPANELLA, E. (1999); *Derecho Internacional Privado*, Ed. Rubinzal, Buenos Aires, 1999.
- BERÇAITZ, A., (1972), "La nueva ley de concursos y el derecho internacional privado", en *ED* 43-1110.
- BERENDS, A. J. (1992), "The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency: a comprehensive overview", en *Tulane Journal of International and Comparative Law* N° 66, Primavera, 1992.
- BIDART CAMPOS, G. (1983), "El art. 4° de la Ley de Concursos y la Constitución", en *ED*, N° 5769, del 6 de julio de 1983 y en *ED* 104-1019
- BOGGIANO, A. (2001), *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- CÁMARA, H. (1980), *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, Volumen 1, Ed. Depalma. Buenos Aires, 1980.

- CÁRDENAS, E. (1987), "Pluralidad de concursos. Reflexiones ante la liquidación de la sucursal Nueva York del BIR"; en *ED* 124 - 939.
- CICHERO, L. (2002), "Algunas reflexiones acerca de los concursos transnacionales y el reconocimiento de las acreencias verificadoras", en *La Ley Actualidad* del 8/8/02.
- CONIL PAZ, A. (1997), "La quiebra transnacional en el Mercosur", en *Rev.Der. Mercosur* 3 - 127.
- COSTA, M. (1984), "Aplicación del art. 4 de la ley 19.551" en *ED*, 105-898.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L. (2000) "La insolvencia internacional en la Argentina: armonización legislativa a la europea?", en *Revista Jurídica de San Isidro*. Enero-abril. 2000 y en <http://www.derechoorg.com.es>.
- (2001), "Insolvencia y empresa en crisis en el Mercosur: Una necesidad o una quimera?", en *Libro Homenaje al Doctor Gonzalo Parra Aranguren. Ley Venezolana de Derecho internacional Privado*. Editor Fernando Parra Aranguren. Tribunal de Justicia de Venezuela. Venezuela. 2001.
- (2002), "Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional: una asignatura pendiente en el Mercosur?", en *Libro de las IX Jornadas de Becarios e Investigadores*. Universidad de Mar del Plata. Editorial Suárez. 2002.
- (2004), "Insolvencia transfronteriza en los Tratados de Montevideo: interpretaciones distintas según sean o no tiempos de bonanza?" (comentario al fallo Sicamericana S.A. s/ quiebra) en Feldstein de Cárdenas, Sara, Colección de Análisis Jurisprudencial. *Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., RODRÍGUEZ, M., y SCOTTI, L. (2004a), "Jurisdicción internacional en materia de insolvencia transfronteriza: deudores sin domicilio ni activo en la Argentina?" (comentario al fallo Proberan I.C.S.A. s/ pedido de quiebra) en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- (2004b), "Concursabilidad en nuestro país de una sucursal argentina constituida en el Uruguay" (comentario al fallo Ridiwel S.A.) en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- (2004c), "El célebre caso Swift en la República Argentina: un fallo aleccionador u otra asignatura pendiente?", en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- (2004d), "Insolvencia internacional y Tratados de Montevideo a la luz de un nuevo caso jurisprudencial" (Comentario al fallo "Adams and Adler SA s/ pedido de quiebra) en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 3, Diario Jurídico elDial*. www.eldial.com, Ed Albremática.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L., BÁEZ PEÑA WIRTH, V., SCOTTI, L. B., RODRÍGUEZ, M. S. y MEDINA, F. A. (2003a), "Política legislativa en materia de insolvencia internacional para el Mercosur: necesidad de una regulación autónoma", ponencia presentada para las III Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Departamento de Ciencias Políticas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. 20, 21 y 22 de noviembre de 2003, en Slavin, Pablo

- (compilador), *3^{ras} Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, ps. 423 - 428, Ediciones Suárez, Mar del Plata, 2003.
- (2003b), "Necesidad de la reforma en materia de insolvencia transfronteriza", en el *Libro de Ponencias de las Jornadas Rioplatenses VIII*, organizadas por el Colegio de Abogados de San Isidro y el Colegio de Abogados de Uruguay, 2, 3 y 4 de octubre de 2003 (Ponencia N° 13) y disponible en la Página web oficial del Colegio de Abogados de San Isidro: <http://www.casi.com.ar>
 - (2003c), "Algunas bases legislativas para la regulación de la insolvencia internacional", en el *Libro de Ponencias de las Jornadas Rioplatenses VIII*, organizadas por el Colegio de Abogados de San Isidro y el Colegio de Abogados de Uruguay, 2, 3 y 4 de octubre de 2003 (Ponencia N° 12) y disponible en la Página web oficial del Colegio de Abogados de San Isidro: <http://www.casi.com.ar>
 - GARCÍA MARTÍNEZ, R. y GARCÍA MARTÍNEZ, R. (h) (1995), "El régimen internacional del concurso en la Ley 24.522 y la reforma constitucional de 1994", en *JA* 1995-IV-873
 - GOLDSCHMIDT, W. (1983), "El art. 4° de la ley 19551", en *ED* 100-853.
 - HEREDIA, P. (2000), *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Tomo 1, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000.
 - KALLER DE ORCHANSKY, B. (1968), "Régimen de la quiebra extranacional", en *LL* 129- 1183.
 - (1983), "Reflexiones sobre el art. 4° de la ley de concursos, antes y después de su reforma", en *RDCO* 16, 705.
 - (1994), *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1994.
 - LORENTE, J. A. (2000), "¿Sólo un acreedor "local" puede pedir la quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero", nota al fallo Austral Bank International s/ pedido de quiebra por Caramschi, José (CNCom, sala B, 20 de octubre de 1999), en *ED* 187-197.
 - LOWELL, J. (1888), "Conflict of Laws as applied to assignments for creditors", en *Harvard Review*, N° 1, 1888, ps. 259 - 264.
 - MAIRAL, H. (1981), "El tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la Ley de Concursos"; en *LL* 1981-C, 1190.
 - MALBRAN, M. (1974), "La extraterritorialidad de la quiebra en el caso Swift de la Plata S.A.", en *ED* 54- 809.
 - MORALES DE SETIÉN RAVINA, C. F. (1999), "Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos", en *Revista de Derecho Privado N° 23*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, p 43.
 - ONETTO, C. (1978), "Alcances de la preferencia local establecida por el art. 4 de la Ley 19.551"; *ED* 75-767.
 - QUINTANA FERREYRA, F. (1981), *Concursos. Ley 19.551*, Tomo 1, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981.
 - RADZYMINSKI, A. (1990), "Sistema de Derecho Internacional Privado concursal argentino", en *RDCO* 23 -A.
 - RAISBERG, C. (2001), "¿Cómo se verifica el crédito de un "acreedor extranjero"? en *Revista ERREPAR*, noviembre de 2001.

- RODRÍGUEZ, M. S. (2000), "Algunos aspectos sobre la Insolvencia de las empresas Internacionales y Regionales", en *Revista Síntesis Forense* N° 88, Colegio de Abogados de San Isidro. Año 2000.
- (2004a), "La territorialidad en la vieja ley de quiebras", (comentario al fallo Panair do Brasil S.A. s/ quiebra), en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- (2004b), "El régimen argentino de concursos y quiebras internacionales" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 2 (primera parte), 3 (segunda parte), 4 (tercera parte) y 5 (cuarta parte), *Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 2004.
- ROUILLON, A. A.N. (1984), "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)", en *RDCO* diciembre de 1984, N° 102, 788.
- (2002), "¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero? El caso Proberan International Corp", en *LL* 2002-A, 387.
- SANCINETTI, M. A. (1983), "El artículo 4° de la Ley 19.551: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte", en *LL* 1983-D, 403.
- (1984), "El art. 4° de la ley de concursos: historia e historia de una reforma" en *RDCO* 1984, 139.
- SMITH, J. C. (1980); "El régimen internacional de los concursos en la Ley 19.551", en *LL* 1980-A, 758.
- UZAL, M. E. (1985); "Art. 4 Ley 19.551 (reformado por la ley 22.917). Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática", en *RDCO* 18, 527.
- (1997), "Panorama actual de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado. Análisis de la posibilidad de aplicación extraterritorial del art. 4 de la Ley 24.522", en *ED* 172-910
- WÜRST, W. (1996), "La quiebra extranacional", en *RDCO* 29, 443.

MIRADA SOBRE UNA MINORÍA POBLACIONAL A TRAVÉS DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES LOS AFROPORTEÑOS EN EL BUENOS AIRES FEDERAL

Por María Isabel Seoane

RESUMEN

El papel de los afroporteños durante la época federal fue trabajado, desde el siglo XIX hasta la actualidad, con relativa frecuencia. En la mayoría de estos trabajos se notó un constante acudir a crónicas de época que, en su mayor parte, tienen una carga tendenciosa y un desapego hacia otras fuentes directas. Aún en los más recientes la utilización de las mismas se enmarca dentro del sistema de muestreo documental. Razones por demás valederas para, ante la frecuente presencia del afro en el protocolo otorgando los actos jurídicos más diversos, tratar de reconstruir, con perspectiva ius-historiográfica, una actividad jurídica que, por sí misma, se advertía intensa y valiosa. No se trata, empero, de realizar una tarea meramente descriptiva sino, además, de explicar los cambios ocurridos, penetrar en la mentalidad de la época y mostrar, en la medida de lo posible, el porqué y el cómo de la evolución jurídica.

PALABRAS CLAVES

AFROPORTEÑOS FEDERALES ACTIVIDAD JURÍDICA PROTOCOLOS

A LOOK OVER A POBLATIONAL MINORITY TROUGH THE NOTARIAL ACTS THE "AFROPORTENOS" IN FEDERAL BUENOS AIRES

By María Isabel Seoane

SUMMARY

The role of the "afroporteños" during federal times has been worked often since XIX century. Mostly, these works were made through contemporary chronicles, most of wich had tendenciuos assesments and no reference to other direct sources. Even the latest ones rely on documentary sampling. This work tries, through a legal history view, to reconstruct an intense and valuable legal activity. It is not, nevertheless, a merely descriptive work; it aims, too, to explain the happened changes, to understand the time´s mentality and to show the why and the how of legal evolution.

KEYWORDS

"AFROPORTEÑOS"-FEDERALS-LEGAL HISTORY-ACTS

MIRADA SOBRE UNA MINORÍA POBLACIONAL A TRAVÉS DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES LOS AFROPORTEÑOS EN EL BUENOS AIRES FEDERAL

Por María Isabel Seoane¹

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La temática de los afroargentinos durante el período federal fue estudiada, desde la mitad del siglo XIX hasta principios del siglo XX, con un corte netamente tendencioso, racista y folklórico, plagado de referencias a crónicas y relatos de época.

En los años sesenta, con el surgimiento de los movimientos anti-racistas se iniciaron investigaciones sobre la esclavitud en el Río de la Plata, apareciendo los primeros estudios cuantitativos y trabajos más generales sobre la población afroargentina. Los estudios de los años setenta incluyeron aspectos tales como la manumisión y la abolición, así como investigaciones demográficas que mostraron la "relevancia cuantitativa" del grupo "dentro del espectro social de la colonia" (WINDUS, 2005, 10). En 1980 vio la luz el libro de George Reid Andrews, hasta hoy considerado como el trabajo más completo sobre los afroargentinos dentro de la sociedad urbana bonaerense del siglo XIX, por la diversidad de los temas que abarca y por la cantidad de fuentes utilizadas. A diferencia de los anteriores mostró a los afroargentinos como factores activos en la vida social porteña.

La nueva corriente de pensamiento que se abrió paso entre nosotros a partir de la caída del régimen militar, sobre todo en el ámbito de la historia social y económica, contribuyó para que los afroargentinos fueran tomados como parte de ellas percibiéndose la tendencia, en la década del 90, a la elaboración de estudios regionales y de microhistoria.

La historia del derecho, salvando la monografía de publicación póstuma de Castellano Sáenz Cavia, y las sustanciosas referencias encontradas en algunos trabajos de Mariluz Urquijo, por lo menos hasta donde nosotros sabemos, está vacía de aportes en la materia y en el período que nos ocupa.

¹ Es Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Es miembro permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Buenos Aires. Es miembro fundadora del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Buenos Aires) y miembro titular del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Es miembro de número de la Asociación de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho (Córdoba-Argentina).

Pertenece a la Carrera del Investigador Científico del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, con la categoría de Investigadora Independiente. Es profesora titular regular de Historia del Derecho Argentino de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Se especializó en Historia del Derecho Privado, siendo objeto preferente de sus investigaciones el régimen patrimonial del matrimonio, el régimen civil del menor de edad y el régimen sucesorio, entre otros. En la actualidad está abocada a la reconstrucción histórico-jurídica de la vida de los afroporteños durante el período federal a través de los protocolos notariales y de los expedientes civiles actuados ante los jueces de primera instancia y tribunales superiores.

II. FUENTES Y ELECCIÓN DEL TEMA

En nuestro estudio privilegiamos las fuentes inéditas sobre las éditas, por estimarlas de mayor importancia en cantidad y calidad. Ellas nos permitieron un notable grado de acercamiento y de análisis del tiempo y del espacio propuestos. Claro está que el grado de utilidad de los protocolos se potenció en el caso de las compra-ventas de inmuebles las que, por expresa disposición legal², debían instrumentarse ante público notario y, en cambio, decreció en los otros actos jurídicos donde los documentos privados alternaron, con mayor frecuencia, con los notariales.

A pesar de lo señalado, compartimos plenamente la opinión de Lyman Johnson en el sentido de ser los registros notariales una fuente muy valiosa y sin parangón para el estudio de cualquier fenómeno con connotación jurídica, económica, social, religiosa, etc. Ellos nos brindan, al decir de Tau Anzoátegui, “los documentos claves” para conocer el derecho vivo, instrumentos básicos que nos permiten, a su vez, escapar del dogmatismo jurídico (TAU ANZOÁTEGUI, 1982, s/f). Reafirmaba, de esta manera, su opinión de que las fuentes a utilizar “serán no sólo los textos legales y las obras doctrinarias que recogieron ese Derecho, explicándolo o interpretándolo, sino también los testimonios que nos muestran la aplicación de esas normas (causas judiciales, actos notariales o administrativos, etc.)” (TAU ANZOÁTEGUI, 1968, 220). La búsqueda y el hallazgo de estos testimonios constituyó, por cierto, la etapa más trabajosa y, al mismo tiempo, más conmovedora de nuestra tarea de investigación científica.

Estimulados por la recurrente presencia de los afros en los protocolos comenzamos a reflexionar sobre el problema de la esclavitud y de la libertad en el período pre-constitucional. Una sucesión de preguntas se agolparon en nuestra mente ¿Cómo se habría efectivizado y con qué frecuencia la manumisión legislada en el antiguo y aun superviviente Derecho castellano? ¿Cómo se habría implementado la esclavitud *ad tempus* surgida de la sanción de la Ley de Libertad de Vientres de 1813? ¿Cuál sería la medida de la actividad jurídica practicada por los afroporteños libres, si habían nacido con posterioridad a esa Ley; libertos, si habían nacido antes de su sanción y habían obtenido su libertad manumisión mediante; o esclavos, si aun persistían en ese estado? ¿Qué actos jurídicos realizarían con mayor frecuencia? Y recordando aquello de que “siempre que haya una pregunta sin la adecuada respuesta existe un tema de investigación” (GARCÍA-GALLO, II, 1973, LXIII), determinamos demarcarlo en el espacio y en el tiempo. Nos reduciríamos a la ciudad de Buenos Aires y a la fase transcurrida entre diciembre de 1829 (momento en que se inicia el primer mandato de Rosas) y febrero de 1852 (cuando éste es vencido en la batalla de Caseros). Estos límites nos permitirían hacer –en el marco de las fuentes directas elegidas– un estudio íntegro del tema que, por sí mismo, se prometía valioso, extenso y complejo.

El esquema fue inmediato. Estudiaríamos, en primer lugar, la manumisión y, a partir de ahí, desglosaríamos los distintos actos jurídicos celebrados por los afros y registrados en los protocolos. Tal desempeño aparecía plasmado en diversos instrumentos notariales: testamentos, codicilos, poderes

² Ley 29, libro VIII, título XIII de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias.

generales y especiales, préstamos de dinero, cancelación de obligaciones, compra-ventas de inmuebles, transferencias de patria potestad, conchabos, donaciones, etc.

Pero por tratarse de actos jurídicos distintos entre sí, se impuso la necesidad de estudiarlos separadamente, tanto en su regulación legal como en su práctica cotidiana. No se trató, empero, de realizar una tarea meramente descriptiva sino, además, de explicar los cambios ocurridos, penetrar en la mentalidad de la época y mostrar, de ser posible, el porqué y el cómo de la evolución jurídica.

III. LA METODOLOGÍA

A fin de alcanzar el conocimiento buscado, nos valimos del método histórico, propio de nuestra disciplina, a través de los distintos pasos de que se compone (búsqueda, crítica, síntesis, ordenamiento y exposición de los resultados). Una división con alcance meramente didáctico, "pues en la práctica no existen distinciones tan categóricas" "muy especialmente en la *crítica*, que debe estar presente en todo el curso de la investigación y significar una actitud permanente en el estudioso" (TAU ANZOÁTEGUI y MARTIRÉ, 1975, 13).

La búsqueda en los protocolos se hizo cronológicamente, foja tras foja. La necesidad de examinar cada escritura (dejando de lado los índices que encabezan cada año) se produjo al percibir que sus epígrafes no siempre coinciden con sus contenidos. Esa lectura atenta y pausada, nos autorizó, de un lado, a realizar un minucioso análisis de tipo jurídico (que nos permitió reconocer, de manera fehaciente, los distintos actos jurídicos registrados) y, de otro, a tomar nota de los errores y de las contradicciones incurridos.

Fue lo ocurrido, por ejemplo, al tratar de fijar la calidad de la parte o partes intervinientes. Una misma persona podía ser calificada en el epígrafe como "negra" y en el texto como "parda" o como "morena", o inversamente ¿Se autodefinía? ¿La definía el notario que la miraba? ¿En esta determinación operaba un sentimiento descalificante en el vocablo "negro", si así se lo catalogaba, como pareció ocurrir en los expedientes judiciales obrados en el período? El escribano ¿actuaría en el marco de un proceso de blanqueamiento artificial de las personas como, según Reid Andrews, ocurría en los registros de enrolamiento del Ejército? (REID ANDREWS, 1990, 98).

Es difícil comprender por qué se define como morena a una persona de nación africana o, mas aun, después de calificarla como tal, incluir, entre sus señas, tener "pelo pasa, ojos grandes, nariz chata, boca grande, color negro"³. Parecería que en éste, como en otros casos, la utilización de los términos "moreno" y "negro" fue sinónima.

Un otorgante podía suponerse de raza negra por faltar el tratamiento de "don" o de "doña" antepuesto a su nombre y apellido, o, a la inversa, aparecer como blanco por adoptar aquel trato propio de

³ D. Andrés Ponce a su esclava Manuela: Archivo General de la Nación (en adelante AGN), Registro 5 (en adelante sólo el número), Años 1830-1833 (en adelante sólo el año), fojas (en adelante sólo f.) 70-70 v. Otorgada el 24 de mayo de 1830.

los de esta raza, lo que, en algunos supuestos, fue permitido por expresas disposiciones⁴. Mas sólo los tuvimos en cuenta si, taxativamente, se indicaba tal calidad.

De esta manera tratamos de evitar que, a la luz de nuestras propias ideas, los hechos sufran una interpretación que los desvirtúen. Todo lo cual no nos impidió anotar, en casos puntuales, nuestra opinión personal y la de otros estudiosos pero con absoluta separación de los documentos en cuestión.

No son, por cierto, aquellas las únicas preguntas. Una de las más difíciles de responder fue la referente al grado de veracidad de las afirmaciones contenidas en los manuscritos. Los otorgantes ¿decían siempre la verdad?

La hipocresía y la picardía de algunos blancos ayudadas por el alto grado de analfabetismo de los afros, se manifestaron en más de una oportunidad. Las libertades remuneratorias fueron, a veces, la manera astuta de sacar del patrimonio a un negro viejo e inservible, encubriendo la disposición con reflexiones misericordiosas por demás. Los contratos de transferencia de patria potestad y los de conchabo se transformaban, en ocasiones, en formas de cuasi-esclavitud operando sobre personas legalmente libres. Mas el fingimiento y la travesura no fueron, por cierto, exclusivos de los blancos. También los afros valiéndose, entre otros, del recurso de la huida, producían perjuicios a sus amos, despojándolos de sus legítimos derechos, privándolos de sus servicios y amparándose en la inmunidad que, al parecer, les brindaba el Campamento de los Santos Lugares de Rosas.

Ofreceremos aquí algunas conclusiones alcanzadas, en el marco de la investigación mayor actualmente en curso, en torno a la manumisión voluntaria expresa (es decir, a la otorgada ante notario y tres testigos vecinos) y a los tres actos jurídicos más frecuentemente celebrados por los afros: la compra-venta urbana de bienes raíces, la obtención de préstamos de dinero y su subsiguiente cancelación y el otorgamiento de cartas testamentarias.

IV. LA MANUMISIÓN

Sabido es que gran parte del Derecho castellano-indiano se mantuvo subsistente entre nosotros aún después de 1810⁵, hasta que se fueron sancionando las reformas que en definitiva lo derogaron totalmente (ZORRAQUÍN BECÚ, 1973, 332).

La pervivencia anotada incluyó la regulación jurídica de la esclavitud y su contracara la manumisión a través de sus distintas modalidades legales.

El mantenimiento del sistema esclavista se apoyaba en un doble justificativo: el perjuicio que la abolición causaba al sagrado derecho de propiedad de los amos y la supuesta incapacidad de los esclavos para conducirse por sí.

Conforme a la legislación alfonsí, la libertad de los esclavos se concedía por voluntad expresa del amo –manifestada por sí o por apoderado, en documento simple o notarial y aun verbalmente-, por

⁴ En diciembre de 1810, los oficiales y soldados argentinos fueron declarados iguales a los blancos e indios permitiéndoseles anteponer el "don" a su nombre y apellido.

imperio de la ley en pena de los delitos cometidos por los amos⁶, y como premio por las buenas acciones practicadas por los siervos⁷.

La manumisión tácita ocurría cuando el señor, carente de herederos forzosos, instituía como tal a su siervo⁸, cuando el amo lo nombraba guardador de sus hijos menores de edad⁹, cuando el señor casaba con su sierva o permitía que ésta casase con un hombre libre o que una mujer libre lo hiciera con su siervo¹⁰, y cuando consentía que el siervo se hiciera clérigo o recibiera órdenes sagradas¹¹. Éstas no fueron, por cierto, las formas más frecuentes de obtener la libertad.

Centraremos nuestra atención en la manumisión expresa a través de las dos **modalidades en las que se plasmaba: la libertad condicional y la libertad absoluta.**

1. La libertad condicional o promesa de libertad

Fue apreciada como la herramienta apropiada para que los criados se afanasen en la observancia de sus deberes. Se trataba, por este medio, de conservar al esclavo en el patrimonio del amo por el término necesario hasta amortizar su valor de compra, aprovechándose de la prestación del servicio y retardando un proceso de libertad que parecía inexorable. Se pretendía incitarlos y alentarlos "a sostener una conducta honrada y útil para sí y sus semejantes"¹², haciéndoles "más llevadero el estado de esclavitud"¹³.

Fue la forma usada con menor frecuencia. Sobre 1175 escrituras de libertad registradas, sólo 234 (19,91 %) instrumentaron promesas. Los tres primeros años del período reúnen más de la mitad de las otorgadas, desapareciendo su registro en 1844. En ellas la cantidad de mujeres superó levemente a la de varones (125 y 109).

Las disposiciones *mortis causa* fueron, también, medios idóneos para libertar condicionalmente a los esclavos. Muerto el otorgante, y cumplida, de existir, cualquier otra condición o plazo establecidos (por ej. recibir tal o cual sacramento¹⁴, servir a un tercero por un determinado período de tiempo¹⁵, etc.), la cláusula testamentaria podía servir como suficiente carta de libertad o ser el documento que autorizara al ejecutor elegido para otorgar la escritura de libertad absoluta. El valor del esclavo liberado debía detraerse de la cuota de libre disposición (1/5 o 1/3 del total del caudal relicto, según que los herederos forzosos del causante fueran sus descendientes legítimos o sus ascendientes legítimos).

La libertad se subordinaba al buen desempeño, durante el lapso previsto, de los servicios pactados o de las obligaciones contraídas. Las notas de bondad, honradez, hombría de bien, fidelidad,

⁵ El Reglamento Provisorio de 1817 y la Constitución de 1819 mantuvieron expresamente en vigor la legislación que regía en 1810.

⁶ Ley 4, título XXII, Partida.

⁷ Ley 3 del mismo título y Partida.

⁸ Ley 3, título III, Partida Sexta.

⁹ Ley 7, título XVI, Partida Sexta.

¹⁰ Ley 5, título XXII, Partida Cuarta.

¹¹ Ley 6 del mismo título y Partida.

¹² D. Manuel de Unzaga a su esclavo Joaquín (AGN, 6, 1830, f. 436 v.-437).

¹³ D. Manuel Canega a su criado José María (AGN, 4, 1840, f. 37 v.-39).

¹⁴ "el día que se bautizare" (Testamento de Da. Serafina Henríquez Peña: AGN, 1, 1839, f. 398 v.-400).

¹⁵ Al año de su muerte quedando mientras tanto al servicio de su sobrina Da. Liberata (Testamento del presbítero D. Nicolás de Herrera: AGN, 2, 1835, f. 637 v.-639).

amor y lealtad fueron, entre otras, expresamente consideradas¹⁶, así como también la falta de vicios y la sujeción a los mandatos regulares acordes con el servicio y con el sexo¹⁷. Los amos debían alimentarlos, vestirlos y medicinarlos, en caso de necesidad. A estas obligaciones generales solían añadirse otras específicas tales como la permisión de cohabitar con el cónyuge¹⁸ o el alivio del trabajo a desempeñar¹⁹, por ejemplo.

Cuadro N° 1

Las promesas u ofertas de libertad
Distribución por año y por sexo*

| Años | Varones | Mujeres | Total |
|-----------------------|---------|---------|-------|
| 1829 (Sólo Diciembre) | 0 | 1 | 1 |
| 1830 | 28 | 26 | 54 |
| 1831 | 18 | 23 | 41 |
| 1832 | 16 | 14 | 30 |
| 1833 | 6 | 4 | 10 |
| 1834 | 8 | 16 | 24 |
| 1835 | 12 | 10 | 22 |
| 1836 | 9 | 8 | 17 |
| 1837 | 5 | 6 | 11 |
| 1838 | 2 | 2 | 4 |
| 1839 | 1 | 2 | 3 |
| 1840 | 2 | 11 | 13 |
| 1841 | 2 | 1 | 3 |
| 1842 | 0 | 0 | 0 |
| 1843 | 0 | 1 | 1 |
| Totales | 109 | 125 | 234 |

* Escrituras protocolizadas en los Registros 1 a 8 depositados en el Archivo General de la Nación

¹⁶ "siempre que le sirva con honradez y hombría de bien" (D. Ignacio Galíndez a su sirvo Rafael: AGN, 1, 1829-1830, f. 366. Otorgada el 26 de enero de 1830), etc.

¹⁷ "sn incurrir en ningún vicio, conocido y perjudicial, de tal modo que le prive el cumplimiento de sus deberes, como el de la conservación de la moral, y que su servicio sea general como lo ha hecho hasta ahora" (Da. Manuela Illescas a su sierva la morena Benita: AGN, 2, 1830, f. 128 v.-129), etc.

¹⁸ "dándole, a más, permiso para que todas las noches después de dar de cenar a sus amos, pueda ir a dormir con su marido, para lo cual deberá, dicha parda o su marido, alquilar u cuarto inmediato a la casa de dichos otorgantes (D. Francisco Páez Domínguez y Da. Josefa Echevarría a favor de la parda María Marcela: AGN, 6, 1831, f. 366 v.-367).

¹⁹ El compareciente "procurará aliviar todo lo posible el trabajo de aquélla, pues sólo se limitará a cocinar y subir el agua necesaria para ello, y para lavar los platos" (D. Juan Bendrell Vivot a su sierva María Vicenta: AGN, 5, 1840-1841, f. 80-80 v. Otorgada el 25 de junio de 1840).

2. La libertad absoluta

A diferencia de la anterior, la libertad se operaba en el momento mismo del otorgamiento de la escritura. Fue la forma más utilizada (941 sobre 1175: 80,09 %). Se trató de un proceso temporalmente decreciente y concentrado en los primeros años del período que concluyó en 1849. El número de mujeres beneficiadas duplicó prácticamente al de varones (622 y 319).

Revistió cuatro modalidades diferentes: la libertad pagada, la libertad graciosa, la otorgada en reconocimiento de la existencia de una promesa previa y la derivada de los por nosotros conceptuados como "otros motivos", dependientes del cumplimiento de decretos del Superior Gobierno, de órdenes emanadas del Obispo de esta diócesis o de decisiones expedidas por los jueces de primera instancia en lo civil o tribunales superiores.

2.1. Libertad pagada

Regulada en la legislación de Partidas²⁰, fue la manera más frecuente de concederla. De las 941 libertades absolutas registradas, 459 (48,78 %) conllevaron el pago de una suma de dinero.

En la práctica, la falta de acuerdo entre el esclavo y el amo originaba causas ante la justicia de primera instancia en lo civil, en las que intervenían indispensablemente el Defensor General de Pobres y Menores y el Tasador General de Esclavatura²¹. Las mismas solían concluir con el acuerdo de las partes interesadas²², destinado a evitar la secuela de pleitos "que a poca instancia demandaría más gastos que el importe de la esclava, sin embargo de conocer lo gravosa que me es la tasación referida y que arreglada a justicia" conseguiría más lucido valor, decía doña Juana Morales poniendo fin a la causa entablada por su criada la morena María Dolores²³.

2.2. Libertad graciosa

Constituyó, desde la perspectiva cuantitativa, la segunda modalidad utilizada: 273 manumisiones (29,01 % del total de ellas). Generalmente, asumía carácter remuneratorio: compensar servicios prestados y atenciones recibidas²⁴. No faltaron supuestos, ocurrentes en más de una oportunidad, en que la enfermedad o la senectud fueron las causas determinantes de la libertad absoluta²⁵. ¿Serían actos piadosos destinados a aliviar el alma del otorgante de una carta testamentaria? o, tal vez, ¿una forma solapada de quitarse de encima esclavos improductivos? Nuestra desconfianza se apoya en los encargos insertos en

²⁰ Ley 2, título XXII, Partida Cuarta.

²¹ "Que habiendo el nominado señor Cascallares seguido un asunto con la referida su esclava sobre el precio de su libertad, ante el señor juez de primera instancia en lo civil Dr. D. Cayetano Campana y por esta oficina de mi cargo, seguidos algunos trámites judiciales con intervención del Ministerio General de Pobres se procedió a la tasación de la esclava por el tasador público D. José Cristóbal Villalonga en la suma de novecientos pesos moneda corriente" (D. Gerardo Bosch por D. Mariano Cascallares a María Antonia Granado: AGN, 3, 1843, f. 213 v.-215).

²² "pero indicando la morena no estar conforme con la tasación precedente, y deseoso el otorgante de evitar un litigio y que hubiese actuaciones en el particular acordó con el moreno libre Antonio Lozano, marido de María, rebajar los ochenta pesos de la tasación y pagar costos y escrituras quedando de este modo concluida la demanda" (D. Domingo Huertas a favor de la morena María y sus dos hijos: AGN, 6, 1833, f. 19-19 v.).

²³ AGN, 4, 1833-1834, f. 206 v.-207. Otorgada el 10 de diciembre de 1834.

²⁴ "satisfecha de la honra de conducta y buen servicio que le ha demostrado su esclava Rosa, no menos que agradecida también a las demostraciones de amor, gratitud y sentimiento que ha manifestado por el desgraciado fallecimiento de su esposo" (Da. Carmen Reyna de Martínez a su esclava Rosa: AGN, 2, 1840, f. 438 v.-439).

algunos testamentos destinados a evitar la indefensión en la que estos libertos, ancianos, débiles y enclenques, se encontrarían después de acceder a su libertad absoluta²⁶. De los dichos de los testadores se desprende, precisamente, el destino de mendicidad al que serían empujados de no mediar una actitud caritativa de los herederos instituidos. ¿Sería aquél, tal vez, frecuente y, por ende, merecedor de tantas recomendaciones?

2.3. Libertad en cumplimiento de una promesa previa

Esta modalidad está representada por las cartas de libertad absoluta otorgadas en reconocimiento de promesas previas (186 oportunidades, representativas del 19,77 % sobre el total).

Las promesas de libertad determinaban, como hemos visto, un lapso de tiempo transcurrido el cual amo y esclavo debían acudir a otorgar la escritura de libertad absoluta. Así ocurrió, por ejemplo, con Clara Arias con relación a su esclavo Francisco, quien, habiendo cumplido “bien y exactamente” con la condición impuesta en la carta de promesa referida²⁷, recibía, ahora, su libertad absoluta²⁸.

2.4. Otros motivos

Constituyen la excepción y se encuadran en diferentes supuestos, entre los que destacamos la libertad otorgada por D. José Tomás Gaete a su esclavo Lucas cumpliendo con lo mandado por el Señor Obispo de esta diócesis²⁹; la concedida por Da. Magdalena Poveda, mujer del coronel graduado D. José María Echauri, en beneficio de su criado Mariano, en cumplimiento del decreto dictado por el Supremo Gobierno³⁰; y los distintos casos de libertad concedida por mandato judicial sin expresión de la causa generadora del pleito. La intervención judicial ordenando la libertad de un esclavo, cuando mediaba controversia entre las partes, se operaba tanto en el caso de libertades absolutas originadas en promesas previas como en el de libertades absolutas mediante el pago de un precio.

²⁵ “a cuya criada ha ofrecido darla libre en atención a las muchas enfermedades de que adolece” (D. Manuel Pader a su esclava María Francisca: AGN, 3, 1832, f. 237 v.).

²⁶ “Item me comunicó, y consta del poder inserto, era su voluntad dejar libre al mencionado su esclavo Saturnino en remuneración a los buenos y fieles servicios que le tenía hechos, encargándome además a mí su albacea, y heredera instituida no lo abandonemos, y que fuere socorrido en sus necesidades en cuya obligación impongo a la heredera de aquél declarándolo por tal libre, lo que aquí expongo para que se cumpla y conste” (Testamento de D. José Agustín Ormachea: AGN, 4, 1831-1832, f. 217 v.-218. Otorgado el 2 de noviembre de 1832).

²⁷ Remite a la promesa de libertad otorgada el 1ero. de septiembre de 1835 (AGN, 2, 1835, f. 429-430).

²⁸ AGN, 2, 1837, f. 480-480 v.

²⁹ AGN, 2, 1838, f. 497-497 v.

Cuadro N° 2*

Clases de libertad absoluta
Distribución por año y por sexo

| Años | Graciasas | | Por Precio | | Prom. previa | | Otros motivos | | Total | |
|---------|-----------|-----|------------|-----|--------------|----|---------------|----|-------|-----|
| | V | M | V | M | V | M | V | M | V | M |
| 1829** | 0 | 1 | 0 | 5 | 1 | 0 | 0 | 0 | 1 | 6 |
| 1830 | 16 | 19 | 30 | 107 | 12 | 14 | 0 | 2 | 58 | 142 |
| 1831 | 8 | 15 | 18 | 76 | 22 | 11 | 0 | 4 | 48 | 106 |
| 1832 | 17 | 11 | 14 | 39 | 14 | 16 | 2 | 3 | 47 | 69 |
| 1833 | 11 | 13 | 8 | 23 | 14 | 10 | 2 | 1 | 35 | 47 |
| 1834 | 15 | 11 | 13 | 18 | 10 | 3 | 0 | 0 | 38 | 32 |
| 1835 | 12 | 11 | 5 | 22 | 3 | 9 | 1 | 0 | 21 | 42 |
| 1836 | 9 | 12 | 3 | 20 | 2 | 5 | 0 | 0 | 14 | 37 |
| 1837 | 3 | 4 | 4 | 13 | 3 | 3 | 0 | 1 | 10 | 21 |
| 1838 | 5 | 3 | 4 | 10 | 3 | 3 | 1 | 2 | 13 | 18 |
| 1839 | 0 | 7 | 0 | 4 | 4 | 7 | 0 | 1 | 4 | 19 |
| 1840 | 8 | 36 | 2 | 10 | 5 | 7 | 1 | 0 | 16 | 53 |
| 1841 | 2 | 8 | 2 | 3 | 1 | 0 | 0 | 0 | 5 | 11 |
| 1842 | 4 | 4 | 0 | 0 | 1 | 1 | 0 | 0 | 5 | 5 |
| 1843 | 0 | 3 | 0 | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 5 |
| 1844 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 1 | 0 | 0 | 1 | 1 |
| 1845 | 0 | 2 | 0 | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 4 |
| 1846 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 1 |
| 1847 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 |
| 1848 | 0 | 0 | 1 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 1 |
| 1849 | 1 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 2 | 1 |
| Totales | 111 | 162 | 104 | 355 | 96 | 90 | 8 | 15 | 319 | 622 |

* Escrituras protocolizadas en los Registros 1 a 8 depositados en el Archivo General de la Nación

** Sólo Diciembre

V = Varones

M = Mujeres

V. EFECTOS DE LA MANUMISIÓN

Obtenida la libertad, el liberto entraba, al menos en teoría, a gozar de la totalidad de sus derechos civiles: “tratar, contratar, testar y comparecer en juicio por sí o por medio de apoderado usando

³⁰ AGN, 8, 1832, f. 48-49.

en todo y para todo de su espontánea voluntad, cuanto está permitido a los que nacieron libres”, se lee, con escasas variantes, en cada escritura notarial.

La presencia del liberto en el protocolo es verdaderamente notable en los casos de compraventas de inmuebles urbanos, préstamos de dinero y cartas testamentarias.

1. La compra-venta de inmuebles urbanos

Fue, después de la manumisión, el acto jurídico protocolizado con mayor frecuencia en el período (1128 instrumentos notariales, dejando de lado las pocas escrituras en las que los inmuebles estaban ubicados fuera del ámbito de la ciudad).

Se trató de un contrato sinalagmático, conmutativo y a título oneroso por el cual una de las partes se obligaba a entregar un bien raíz y la otra a pagar por él el precio convenido, que encontró su regulación legal en el título V de la Quinta Partida.

Para su validez era necesaria su instrumentación en escritura pública. Si bien esta disposición no se cumplió a rajatabla, encontrándose supuestos de falta de documento notarial³¹, la regular escrituración del acto convierte a los protocolos en la fuente de consulta por excelencia.

Dejando de lado el primero y el último año de la muestra, el otorgamiento anual de las escrituras fue bastante cadencioso ya que, en más o en menos, rondó la cincuentena, es decir, un promedio mensual de 4 ó 5 instrumentos, que, a nuestro juicio, es razonable si tenemos en cuenta que se trataba de un grupo social minoritario y numéricamente decreciente (GOLDBERG, 1976, 75-99) cuyos patrimonios no eran, precisamente, abundantes, según se advierte a través de las cartas testamentarias otorgadas en el período.

Todo esto encajaría con la correlación entre el proceso de manumisión y el de la formación, por parte de los libertos, de “sus propias unidades familiares” (REID ANDREWS, 1980, 64) y con la “clara predisposición” que se advierte entre los afroporteños para la obtención de la vivienda propia (MALLO, 1999, 434-439).

Cuadro N° 3

Distribución de las compraventas por año de otorgamiento

| Años | Reg 1 | Reg 2 | Reg 3 | Reg 4 | Reg 5 | Reg 6 | Reg 7 | Reg 8 | Total |
|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 1829* | 1 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 2 |
| 1830 | 6 | 2 | 20 | 10 | 1 | 5 | 0 | 4 | 48 |
| 1831 | 8 | 2 | 13 | 7 | 1 | 10 | 4 | 5 | 50 |
| 1832 | 4 | 4 | 11 | 4 | 0 | 7 | 2 | 0 | 32 |
| 1833 | 2 | 12 | 12 | 3 | 2 | 8 | 2 | 1 | 42 |
| 1834 | 2 | 14 | 6 | 19 | 0 | 8 | 4 | 2 | 55 |
| 1835 | 8 | 16 | 4 | 5 | 0 | 9 | 1 | 7 | 50 |

³¹ Ver, por ejemplo, María Josefa Gutiérrez solicitando acreditar la propiedad de un terreno: AGN, Tribunal Civil (en adelante TC), G 33, exp. 19. La morena Mercedes López con la de igual clase Estefanía Lezica sobre una escritura de venta: AGN, TC, L 26, exp. 26.

| | | | | | | | | | |
|--------|-----|-----|-----|-----|----|-----|----|----|------|
| 1836 | 10 | 19 | 0 | 10 | 5 | 4 | 3 | 4 | 55 |
| 1837 | 5 | 27 | 6 | 3 | 3 | 5 | 4 | 3 | 56 |
| 1838 | 7 | 24 | 11 | 4 | 1 | 4 | 6 | 3 | 60 |
| 1839 | 9 | 30 | 6 | 3 | 2 | 6 | 4 | 3 | 63 |
| 1840 | 10 | 21 | 3 | 4 | 4 | 2 | 4 | 4 | 52 |
| 1841 | 6 | 26 | 3 | 21 | 6 | 13 | 9 | 2 | 86 |
| 1842 | 8 | 22 | 5 | 2 | 5 | 5 | 4 | 5 | 56 |
| 1843 | 14 | 15 | 0 | 3 | 3 | 7 | 3 | 7 | 52 |
| 1844 | 12 | 20 | 4 | 5 | 1 | 6 | 5 | 2 | 55 |
| 1845 | 15 | 18 | 5 | 2 | 2 | 1 | 4 | 3 | 50 |
| 1846 | 12 | 8 | 1 | 7 | 1 | 2 | 0 | 2 | 33 |
| 1847 | 14 | 9 | 7 | 2 | 12 | 6 | 3 | 1 | 54 |
| 1848 | 3 | 12 | 5 | 5 | 7 | 4 | 3 | 4 | 43 |
| 1849 | 3 | 14 | 2 | 5 | 14 | 2 | 2 | 2 | 44 |
| 1850 | 4 | 7 | 5 | 1 | 9 | 3 | 2 | 1 | 32 |
| 1851 | 4 | 16 | 6 | 5 | 8 | 12 | 2 | 2 | 55 |
| 1852** | 2 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 3 |
| Total | 169 | 338 | 137 | 130 | 87 | 129 | 71 | 67 | 1128 |

* Sólo diciembre

** Sólo enero

En 633 casos sobre el total de las operaciones reunidas (56,12 %) los afroporteños interactuaron con los blancos como compradores, y en 309 (27,39 %) como vendedores. Interactuaron entre sí en 186 oportunidades (16,49 %). Este porcentaje excede la "insignificancia" apuntada por Rosal al observar el mismo fenómeno para el período 1811-1860 (ROSAL, 1994, 173). La aparente preferencia de contratar con los blancos, fue la lógica consecuencia de ser éstos, mayoritariamente los titulares de dominio.

Los afroporteños participantes eran, regularmente, de condición libre y vecinos de la ciudad y, en todo caso, analfabetos. Conforme a las previsiones de la legislación castellana vigente, al igual que los blancos, acudían ante el notario, por sí o por apoderado, munidos del instrumento con el que acreditaban la propiedad el inmueble y, a partir del 16 de septiembre de 1840, con el informe, expedido por el juez de paz respectivo, que los acreditaba como "decididos federales" "adictos al sistema de la federación" y "a la persona de nuestro Ilustre Restaurador de las Leyes". En el conjunto la participación masculina fue superior a la femenina. Sin embargo esta última, tratándose de ventas fue superior a la primera.

Convenir el inmueble objeto de la venta, establecer su precio, fijar las demás circunstancias del contrato y otorgar la escritura pública pertinente hacían a la perfección del contrato de compra-venta de

bienes raíces³². De ahí la importancia de establecer de la manera más inequívoca posible, a través de la ubicación y de la clase de inmueble, cuál era el objeto del contrato.

En el 21,99 % de los casos (248 sobre 1128) no fue posible determinar la ubicación de los inmuebles en los cuarteles de la ciudad. De los 880 casos en los que fue establecida (78,01 %) advertimos que el cuartel 25 (Montserrat/Concepción) reunió 141 inmuebles, 16,02 %, el 34 (Balvanera de la Encarnación/Monserrat) 136 sitios, 15,45 % y el 24 (Balvanera de la Encarnación/Concepción) 135, 15,34 %. Centrándonos en las parroquias Monserrat, Balvanera y Concepción son las que reunieron la mayor cantidad de inmuebles comprados o vendidos por los afros.

Si bien se vendían casas y terrenos, la venta de las primeras a favor de o pertenecientes a afroporteños representó sólo el 13, 21 % del total de las operaciones inmobiliarias registradas en el período. En el caso de los terrenos solía señalarse su condición de baldío o de poblado y, en este último supuesto, describirse la cosa o cosas comprendidas en la población o edificación.

Las operaciones se formalizaban, casi siempre a dinero de contado. En las a plazo se asentaba el período de tiempo en que el deudor debía cancelar la deuda fijándose, en el entretanto, hipoteca especial sobre el inmueble a favor del acreedor y, de convenirse, el interés pactado que, regular pero no necesariamente, ascendía al 2 % mensual.

2. El préstamo de dinero

Era un contrato por el cual una persona (prestamista, comodante o mutuante, según el caso) entregaba a otra (prestatario, comodatario o mutuuario) alguna cosa suya para que se sirviera de ella por cierto tiempo. Si la cosa entregada podía usarse sin destruirse, el contrato se llamaba comodato; si, en cambio, el uso suponía la consumición de la cosa el contrato se llamaba mutuo. El préstamo de dinero era una especie dentro del contrato de mutuo³³.

El préstamo –se lee en el título I de la Partida Quinta– “es una natura de pleyto de gracia, que acaesce mucho a menudo entre los omes, de que resciben plazer, e ayuda, los unos de los otros”. Era un contrato real –que se perfeccionaba con la entrega de la cosa– por el cual el prestamista entregaba al prestatario cierta cantidad de cosas fungibles, con el cargo de que le restituyera otro tanto de la misma especie y calidad. “Ca se ayuda ome de las cosas ajenas, como de las suyas, e cresce, e nasce ente los omes a las vegadas amor por esta razón”. Un amor muchas veces confesado y con creces recompensado.

A diferencia del contrato de compra-venta de inmuebles, el de préstamo de dinero no necesitaba, para su validez, ser otorgado ante público notario. Por esa razón, los registros notariales nos ofrecen, en esta materia, una aproximación menor a la realidad en análisis. La cantidad de préstamos efectuados y recibidos de los afroporteños, reunidos en el período y registrados en los protocolos, ascendió a 357. El estudio de los expedientes judiciales será, sin duda, un interesante complemento para examinar las vicisitudes derivadas, particularmente, del incumplimiento de contratos formalizados de manera precaria, sobre todo verbal.

³² Ley 6, título V, Partida Quinta.

³³ Ley 1, título V, Partida Quinta.

A diferencia, también, de lo ocurrido con las compra-ventas de inmuebles, el registro de los préstamos de dinero, se concentró en los seis primeros y en los seis últimos años del período. Así entre 1830 y 1835 reunimos 152 instrumentos (representativos del 42,58 % sobre el total) y entre 1846 y 1851, 101 documentos (28,29 %), siendo los años intermedios verdaderamente escasos en la instrumentación (1840: 6 documentos; 1841: 5; 1843: 7, por ejemplo).

Salvo algunas excepciones, los afroporteños del conjunto formalizaban uno o, a lo sumo dos, contratos de mutuo vinculados, regularmente, entre sí. Los prestatarios contraían obligaciones que, a veces, no podían cumplir³⁴ o que, pudiendo hacerlo, no lo deseaban al impulso de circunstancias particulares sobrevinientes entre las que se encontraban las promesas de mayores ventajas³⁵.

De manera regular (89,36 % sobre el total de las operaciones registradas), los afroporteños aparecieron actuando con los blancos, en calidad de prestatarios. Si recorremos la nómina de los prestamistas blancos, advertiremos que, salvo casos singulares, se trató, regularmente, de participaciones únicas. De ahí que resulta destacable la actuación que, como prestamista, tuvo Da. Pilar Spano de Guido entre los años 1833 y 1839 (10 escrituras de obligación a su favor). Si comparamos las modalidades de sus otorgamientos con lo que usualmente ocurría entre esos años, sus préstamos eran de bajo monto, plazos breves, subido interés y, en todos los casos, con garantía hipotecaria.

Cuadro N° 4

Cantidad de préstamos registrados

| Años | Reg 1 | Reg 2 | Reg 3 | Reg 4 | Reg 5 | Reg 6 | Reg 7 | Reg 8 | Total |
|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 1829* | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 1 |
| 1830 | 1 | 3 | 2 | 3 | 2 | 14 | 6 | 6 | 37 |
| 1831 | 1 | 1 | 4 | 4 | 0 | 9 | 4 | 4 | 27 |
| 1832 | 5 | 2 | 5 | 8 | 0 | 2 | 4 | 2 | 28 |
| 1833 | 8 | 5 | 1 | 3 | 0 | 2 | 4 | 0 | 23 |

³⁴ El 24 de noviembre de 1830, la morena libre María Joaquina Agrelo se obligó a pagar a D. José María Echaury, en el plazo de dos años contados desde el otorgamiento de la presente, 220 \$ m/c “que le suplió –decía– 200 para rescatarse de la esclavitud y 20 como gastos de la escritura de libertad, su testimonio y de la presente escritura y su testimonio” “en cuyo tiempo le irá abonando las buenas cuentas que pudiere conforme se lo permitan los productos de su trabajo personal, y sometiendo a la responsabilidad todos cuantos bienes adquiriese, sin excepción alguna” (AGN, 6, 1830, f. 421-421 v.). Transcurridos un año y casi ocho meses –el 12 de julio de 1832– la morena no había avanzado en la cancelación de la deuda. Contraía nueva obligación por la misma suma (220 \$) a la que añadía 27 \$ más destinados a pagar los gastos de oficina. El prestamista era, ahora, D. José Gilli y María Joaquina se obligaba, en este caso, a satisfacerlos “con su trabajo personal en casa de su acreedor todo el tiempo que sea necesario para descontar dicha cantidad a razón de 20 pesos mensuales” pudiendo, pagando antes, exonerarse de este contrato (AGN, 6, 1832, f. 181 v.-182).

³⁵ La parda libre Dorotea Pino debía a Da. Ignacia Roberts 854 \$ m/c que le había facilitado para obtener su libertad obligándose con sus servicios al pago de la cantidad adeudada. “Conviniéndole hoy pasar a prestar estos a individuo que le promete mayor descanso” “trató y convino con D. José María Grimau –el 21 de agosto de 1832– que “le descontaría 10 pesos en cada mes” (Obligación: Dorotea Pino a favor de D. José María Grimau: AGN, 4, 1831-1832, f. 171-171 v. Otorgada el 21 de agosto (de 1832). El 11 de octubre del mismo año, canceló la obligación antecedente y contrajo nuevo préstamo con Da. Juliana Madrid “que acaba de facilitarle la cantidad de 830 \$ m/c, que por la razón expuesta adeudaba a D. José María Grimau a quien se los pasó” (Ídem, f. 206-206 v.).

| | | | | | | | | | |
|--------|-----|----|----|----|----|----|----|----|-----|
| 1834 | 4 | 7 | 1 | 1 | 0 | 2 | 2 | 0 | 17 |
| 1835 | 9 | 4 | 1 | 1 | 0 | 4 | 0 | 1 | 20 |
| 1836 | 2 | 4 | 0 | 0 | 1 | 1 | 0 | 0 | 8 |
| 1837 | 8 | 1 | 0 | 1 | 1 | 3 | 2 | 3 | 19 |
| 1838 | 3 | 4 | 2 | 2 | 1 | 0 | 1 | 1 | 14 |
| 1839 | 4 | 3 | 1 | 1 | 1 | 0 | 0 | 0 | 10 |
| 1840 | 1 | 2 | 0 | 0 | 0 | 3 | 0 | 0 | 6 |
| 1841 | 2 | 1 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 1 | 5 |
| 1842 | 7 | 2 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 10 |
| 1843 | 3 | 0 | 2 | 0 | 1 | 0 | 1 | 0 | 7 |
| 1844 | 6 | 1 | 1 | 0 | 2 | 0 | 0 | 1 | 11 |
| 1845 | 12 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 13 |
| 1846 | 10 | 4 | 0 | 2 | 0 | 0 | 1 | 1 | 18 |
| 1847 | 13 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 1 | 15 |
| 1848 | 5 | 0 | 0 | 2 | 3 | 0 | 1 | 0 | 11 |
| 1849 | 4 | 1 | 2 | 6 | 2 | 0 | 0 | 0 | 15 |
| 1850 | 3 | 5 | 3 | 3 | 4 | 0 | 0 | 0 | 18 |
| 1851 | 10 | 2 | 1 | 3 | 3 | 3 | 2 | 0 | 24 |
| 1852** | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Total | 121 | 52 | 27 | 41 | 22 | 45 | 28 | 21 | 357 |

* Sólo Diciembre

**Sólo enero

Un aspecto de difícil solución fue el concerniente a la efectiva cancelación de los préstamos. En un 40 % de los casos tenemos la absoluta certeza que la misma se produjo a través de la presentación, ante escribano, de la parte acreedora liberando a la deudora, por haber cumplido con su obligación, quedando, asimismo, libre el inmueble ofrecido en hipoteca, si es que se había constituido³⁶.

La dificultad en la búsqueda aumentaba cuando el crédito se había transferido cambiando, por ende, la persona del acreedor, o cuando alguna de las partes era sustituida por apoderado debidamente instruido. La muerte de las partes generaba la obligación de los herederos respectivos de, según el caso, pagar las deudas³⁷ o cobrar los créditos existentes³⁸.

³⁶ Ver: Obligación: Antonio Neyra a D. Pio Caminos (AGN, 1, 1851, f. 440 v.-441) y su cancelación (Ídem, f. 965-965 v.); Obligación: D. Antonio Aldurralde y su esposa a Martina Pividal (AGN, 2, 1846, f. 353 v.-354 v.) y su cancelación (Ídem, 1851, f. 221 v.-222); Obligación: la morena libre Mercedes López a Da. Josefa Cabrera (AGN, 3, 1850, f. 157-157 v.) y su cancelación (Ídem, 1851, f.84-84 v.); etc.

³⁷ El moreno libre Tomás Ferreyra, albacea de su madre Isabel Villegas entregó a Da. Candelaria Lacarra la suma de 3.000 \$ m/c y réditos que aquélla debía a ésta (Cancelación: Da. Candelaria Lacarra a la testamentaria de Isabel Villegas: AGN, 1, 1851, f. 124 v.-125).

De obligaciones por nosotros registradas con constancia marginal de cancelación no encontramos, en todo caso, la escritura de cancelación respectiva e, inversamente, muchas de las cancelaciones registradas no contaron con la contrapartida de la obligación otorgada ante escribano. Ante esto surgen algunas preguntas ¿bastaría la mera anotación marginal? ¿se cancelarían por vía notarial obligaciones contraídas simplemente?

También advertimos la existencia de cancelaciones parciales o de cancelaciones totales aunque el bien recibido no alcanzare para saldar completamente la deuda contraída. Todo esto sin olvidar que en los protocolos, solían registrarse cancelaciones de obligaciones originadas en otros actos jurídicos: compraventas de inmuebles, fundación de pías memorias, etc.

Entre las formas de conseguir la libertad absoluta se encontraba, como hemos visto, la libertad pagada. El esclavo pagaba el precio convenido con dinero procedente de su propio peculio o de un préstamo contraído con terceros.

En los préstamos registrados, el objeto se indicó sólo en el 34,45 % de los casos. Los préstamos solicitados para obtener la libertad fueron, al parecer, de uso regular ya que de aquél 34,45 %, el 22,13 % responden expresamente a este motivo.

Si bien el medio más apto para cancelarlos fue la prestación de servicios domésticos a favor de los prestatarios³⁹, no faltó algún caso en que a aquélla se unió el desempeño de algún oficio⁴⁰ o que sólo el producido del trabajo personal realizado por el deudor en ejercicio de algún oficio útil bastó para saldar la deuda contraída⁴¹.

Estos procedimientos aparecieron, alguna vez, altamente ponderados: “Todos los medios que faciliten a los esclavos absolutos a pasar a una esclavitud relativa –decía Rafael Casagemas– son un favor a la humanidad”. “Tales medios consisten en que la persona que adelante el precio para semejante transformación” “quedará sumamente seguro de poder reembolsar aquel precio por medio de los servicios que disfrute de la esclava, o traspasar el derecho de ellos a un tercero”. “Y sólo podrá decirse que la que adelante el precio queda segura” “cuando por el periodo estipulado pueda ejercer los derechos de amo para hacerse servir, castigando moderadamente como amo al renuente, o implorando, según la gravedad del caso, el castigo y medios judiciales muy expeditos, entonces según nuestras leyes”⁴². El esclavo liberado

³⁸ El moreno libre Antonio Rolón y Crosa por sí y en representación de su mujer recibió de manos de Da. Paula Lorenza y Alday, como heredera de su madre Da. Josefa Alday, 1.000 \$ m/c y réditos (AGN, 1, 1844, f. 293-293 v.).

³⁹ “Y mediante no tengo otro modo”, “que el prestarle mis servicios durante un determinado tiempo” “me obligo y constituyo a servir a dicha Señora en los oficios y encargos de su casa y familia que tenga a bien encomendarme” (Obligación: la morena libre María de la Concepción Ortega a favor de Da. Manuela Alsina: AGN, 4, 1831-1832, f. 36 v. Otorgada el 4 de febrero de 1832).

⁴⁰ El moreno libre José se obligó a servir a D. Ángel Escobar “en su casa y en el oficio de ojalatero” (AGN, 6, 1830, f. 123 v.-124 v.).

⁴¹ El pardo libre Claudio Arcolea se obligó a pagar la cantidad de 300 \$ m/c, entregando mensualmente, durante 10 meses, 30 \$, “más el interés correspondiente a razón del 2 ½ % mensual”, “con el producto de su trabajo personal en el oficio de herrería en que es oficial” (Obligación: Claudio Arcolea a favor de D. Enrique Potier: AGN, 6, 1831, f. 21 v.-22).

⁴² 1836. D. Buenaventura Carbonell sobre que Da. Antonia Segli entregue una liberta (AGN, TC, C 43, exp. 14).

quedaba, en la práctica, sumiso, con relación al prestamista, a las mismas normas de las que pretendía liberarlo para "hacerle bien y buena obra".

3. Los testamentos

3.1. Solemnidad del otorgamiento

Siguiendo la propensión advertida entre los testadores blancos desde el pasado colonial y acrecentada en el período argentino, registramos una primacía absoluta de los testamentos solemnes y, dentro de éstos, el uso, casi total, de la forma nuncupativa o abierta (SEOANE, 2006, 109). En efecto, en el 98,53 % de los casos (201 sobre 204) el modo utilizado fue el testamento dictado ante escribano y tres testigos vecinos. A ellos sumamos 2 memorias testamentarias simples (0,98 %), escritas en papel común, dictadas sólo ante testigos, siguiendo, a la muerte del testador, la información sumaria legalmente prevista para elevarlas a escritura pública. En el conjunto de los testamentos abiertos encontramos, con escasa frecuencia (11 casos, 5,47 %), otorgamientos efectuados por cónyuges de manera mancomunada o conjunta y recíproca o mutua.

Siguiendo la tendencia observada desde fines del período colonial y reafirmada en el período patrio al compás de las nuevas concepciones jurídicas imperantes, el testamento por poder aparece, como entre los blancos, en franca declinación (0,49 %: 1 vez).

Entendemos que la ausencia absoluta de testamentos cerrados –otorgados de puño y letra del testador, firmados, cerrados, lacrados y presentados ante el notario y siete testigos para su suscripción– es consecuencia lógica del analfabetismo total del grupo.

Cuadro N° 5

Total de Testamentos

| Clases | Reg 1 | Reg 2 | Reg 3 | Reg 4 | Reg 5 | Reg 6 | Reg 7 | Reg 8 | Reg 9 | Total |
|-----------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Abiertos | 11 | 58 | 13 | 24 | 41 | 26 | 14 | 14 | 0 | 201 |
| Por Poder | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 |
| Cerrados | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Memorias | 1 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 2 |
| Total | 12 | 59 | 14 | 24 | 41 | 26 | 14 | 14 | 0 | 204 |

3.2. Perfil de los testadores

La cantidad de testadores excedió en 11 a la de testamentos en razón de los 11 otorgamientos mancomunados y recíprocos aludidos. La presencia de las mujeres fue levemente superior a la de los varones: 115 (53,49 %) sobre 100 (46,51 %). Todos eran, al parecer, mayores de edad y, salvo un caso⁴³, de condición libres.

⁴³ Se trata del moreno esclavo Manuel Solveira quien acude al protocolo con licencia de su amo D. Baltasar Solveira (AGN, 2, 1830, f. 150-151).

3.2.1. Filiación

En importante porcentaje (38,14 %) no indicaron filiación. El silencio es obvio si tenemos en cuenta la violenta extracción del lugar de nacimiento y la subsiguiente separación de sus progenitores, seguidas de la ignorancia o el olvido de quiénes lo habían sido⁴⁴. De ahí la frecuencia, aún mayor que el silencio, con que se declararon hijos de padres desconocidos (92 casos sobre 215, 42,79 %).

3.2.2. Naturaleza

Si bien en el 73,02 % de los casos dijeron ser naturales de distintas regiones de África, la cantidad de morenos superó ampliamente a la de negros (sólo se rotularon así un 15,35 %).

Resultó interesante advertir que en un 42,67 % de los casos, los testadores indicaron su pertenencia a naciones africanas específicas: banguela, bolo, buero, etc. Debemos, sin embargo, recordar la dificultad para determinar la procedencia étnica del grupo. Los traficantes, en muchos casos, solían registrar el puerto de embarque como lugar de origen. El nombre y la extensión de las regiones cambiaban con el tiempo. A todo se sumaban las confusiones constantes entre los nombres étnicos impuestos por los europeos y los nombres que se daban las etnias a sí mismas; las derivadas del parecido de los nombres o de la mala ortografía. Todo lo cual conduce a recomendar un uso muy cuidadoso en la consideración de tales supuestos orígenes.

3.2.3. Estado civil

En su mayoría fueron casados (111 sobre 215: 51,63 %) y viudos (76 sobre 215: 35,35 %). Los porcentajes difieren, en ambos casos, entre los varones y las mujeres. Mientras el 72 % (72 sobre 100) de los primeros estaba casado, sólo el 33,91 % de las segundas (39 sobre 115) declaró igual estado. Tratándose de los viudos, el porcentaje de varones fue de 19 % (19 sobre 100) en tanto que el de mujeres ascendió al 49,57 % (57 sobre 115).

Característico del conjunto fue la multiplicidad de sus nupcias⁴⁵ y que se celebraran con personas de la misma o parecida calidad⁴⁶.

Un 6,51 % (14 sobre 215) declaró estar separados: unas veces por disposición de la Curia Eclesiástica⁴⁷ y otras de hecho realizadas por convenio mutuo⁴⁸. Los motivos invocados fueron malos tratos⁴⁹, infidelidad⁵⁰ y abandonos voluntarios⁵¹. La actitud de los testadores varió al compás de sus

⁴⁴ "ignora quiénes fueron sus padres", "omitiendo nombrar a sus padres, porque ignora quiénes fueron", etc.

⁴⁵ Viudo en segundas nupcias de María Chabarría (Testamento de Francisco Antonio García de Zúñiga: AGN, 4, 1849, f. 356 v.-358 v.); casado en terceras nupcias se manifestaba Antonio Arechaga (AGN, 3, 1850, f. 134-136); etc.

⁴⁶ Viuda del moreno libre Francisco Larrete (Testamento de María Pavón: AGN, 5, 1846-1847, f. 12-13); casada con el moreno libre Joaquín Lastra (Testamento de María Eusebia Castro: AGN, 1844-1845, f. 129 v.-130); etc.

⁴⁷ "durante los diez años que hacen de separación" "a virtud de causa iniciada ante la Curia Eclesiástica y resuelta la separación por dicho Tribunal" (Testamento de María Antonia López: AGN, 1, 1832, f. 59 v.-60 v.).

⁴⁸ "en razón de haberme separado de común acuerdo" (Testamento de Antonio Lezica: AGN, 2, 1849, f. 108 v.-110).

⁴⁹ "en virtud del mal trato que me daba" (Testamento de Ana María Lemo: AGN, 1, 1849, f. 462-464).

⁵⁰ Declaro "que a consecuencia de haberme sido infiel en mi matrimonio mi precitada esposa, hasta el extremo de pillarla in fraganti, ocurrió ante tal motivo con la autoridad competente poniendo contra ella mi demanda en forma de divorcio, de la que resultó que habiéndole justificado en debida forma el adulterio, el Señor Provisor tuvo a bien separarnos por seis meses, de los que sólo han venido cuatro hasta la fecha, mandando a aquélla por vía de corrección a la Casa de Ejercicios" (Testamento de Valentín Martínez: AGN, 3, 1846, f. 92 v.-95).

sentimientos. Mientras unos trataron de proteger a su descendencia legítima negando la paternidad del hijo que la mujer infiel pretendía adjudicarle, así como también el derecho de ésta de reclamar alimentos⁵², otros declararon haber auxiliado al cónyuge a pesar del abandono perpetrado⁵³.

Finalmente, el porcentaje de solteros ascendió sólo al 5,12 % (3 varones y 8 mujeres), siendo mínima la cantidad de los que no indicaron estado (3: 1,39 %).

3.2.4. Estado patrimonial

Declaraban modestos patrimonios compuestos, casi siempre, por uno o varios inmuebles, algunos muebles del particular servicio a los que sumaron, en contadas ocasiones, cabezas de ganado, criados aplicados al servicio doméstico y herramientas vinculadas con el oficio del testador.

Sumamente cuidadosos, deslindaban los bienes propios de los gananciales. Esta actitud fue muy beneficiosa atendiendo, sobre todo, a la multiplicidad de las nupcias y a las distintas situaciones derivadas de la anotada separación de los cónyuges.

Solían, también, enumerar las deudas impagas, contraídas generalmente para salvar necesidades urgentes –alimentarias y de salud–, y los créditos pendientes de cobro. El pago de las primeras, cuyo monto no siempre se establecía, quedó con frecuencia librado a lo exigido por el acreedor, de cuya integridad daban fe, y el cobro de los segundos se encarecía al ejecutor. No faltaron, empero, casos de perdón, atendiendo a la pobreza de los deudores o a la cortedad de los créditos o al ánimo del testador que exponía donarlos.

Se ponían, asimismo, al abrigo de falsos reclamos provenientes de personas inescrupulosas, prevalidas del aislamiento de los testadores y de su ignorancia en el arte de escribir⁵⁴, denunciando, también, los hurtos padecidos y exigiendo que las sumas indebidamente tomadas se restituyeran e integraran al cuerpo general de los bienes⁵⁵.

⁵¹ La parda libre Dolores Pereyra declaraba el abandono padecido desde hacía 20 años, “teniendo entendido por noticias fidedignas ha fallecido” (AGN, 5, 1849, f. 115-116 v.).

⁵² “de estas resultas se encuentra hoy embarazada, razón por la que me veo en la forzosa necesidad de declarar”, que al póstumo “no le reconozco por mi hijo” pues si así no lo hiciera “gravaría mi conciencia de un modo extraordinario con perjuicio de mis legítimos hijos”. Prevenía sobre la ocurrencia de su mujer ante la autoridad civil en solicitud de alimentos. Habiéndoselos negado el juez de primera instancia, apeló ante la Superior Alzada de Provincia donde, al parecer, se encontraban los autos (Valentín Martínez cit.).

⁵³ Que “el citado mi actual marido Eugenio Luis está ausente de mí hace el tiempo de más de veinte años” “y a pesar de ello le he asistido en sus enfermedades con toda clase de auxilios, haciéndolo de mi propio peculio” (Testamento de Teresa Seguí: AGN, 2, 1844, f. 821-823).

⁵⁴ Y que si algunos intentaran, después de sus días, “hacer valer algún papel o documento que hable de constituirme deudora de alguna suma de dinero u otra cosa” “quiero no se oiga, ni dé crédito a tal papel, ni testigos que se citen, por ser todo supuesto, pues no debo nada a nadie” (Testamento de Mariana Martínez: AGN, 4, 1831-1832, f. 257-258. Otorgado el).

⁵⁵ María Antonia Pan y Agua, luego de detallar diversas cantidades recogidas como limosna “para una misa de cuerpo presente que debía celebrarse por el alma” de su finado marido, y tomadas, sin su consentimiento, “y a título de nombrarse albacea”, por Gaspar del Sar, mandaba “se le perciba y cobre acumulándose el resultado al cuerpo general de mis bienes” (AGN, 3, 1851, f. 40 v.-42).

VI. CONCLUSIONES

Los protocolos notariales constituyen un relevante, aunque no exclusivo, mirador para analizar las distintas modalidades usadas por los amos para conceder la libertad expresa a sus esclavos. La exhaustiva compulsas de ellos permite ver la evolución del proceso de manumisión plasmado en libertades condicionales y en libertades absolutas.

Obtenida la libertad, el liberto podía ejercer la totalidad de sus derechos civiles como si hubiera nacido libre. Y son, nuevamente, los registros notariales los encargados de ponernos en contacto con el desempeño de una actividad jurídica que, en algunos casos, advertimos verdaderamente intensa. En el marco de este ejercicio destacó la compra-venta de bienes inmuebles en el ámbito urbano, la obtención de préstamos de dinero y la posibilidad de, por vía testamentaria, descargar la conciencia y distribuir equitativamente los bienes evitando disturbios entre los herederos. Todo esto sin perjuicio de la realización, en menor cuantía, de otros actos jurídicos tales como el otorgamiento de poderes, la celebración de contratos de conchabo, de transferencias de patria potestad, entre otros.

La importancia del protocolo como fuente directa e inmediata se potencia en el caso de las compra-ventas y decrece en el de los otros actos jurídicos en los que se admite, y de hecho se practica, su celebración por medio de instrumentos privados y, aún, verbalmente.

A través de la práctica notarial advertimos la pervivencia del derecho castellano en la regulación de las diferentes instituciones.

El uso del protocolo exige una cuidadosa y atenta compulsas para poder deslindar adecuadamente los distintos actos jurídicos, superando, de ser posible, los errores, contradicciones y omisiones existentes entre el contenido de los índices y el asentamiento notarial y, dentro de éste, entre los epígrafes y los contenidos de los documentos.

Referencias Bibliográficas

- CASTELLANO SÁENZ CAVIA, R. (1981). "La abolición de la esclavitud en las Provincias Unidas del Río de la Plata (1810-1860)". En *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1981.
- GARCÍA-GALLO A. (1959). *Manual de Historia del Derecho Español*, t. II, *Metodología Histórico-Jurídica. Antología de Fuentes del Derecho Español*. Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, S.A. 1973.
- GOLDBERG, M. (1976). "La población negra y mulata de la ciudad de Buenos Aires, 1810-1840". En *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, 1976, 61.
- GOLDBERG, M. (1999). "Negras y mulatas de Buenos Aires 1750-1880". En XII Congreso Nacional de Arqueología Argentina organizado por la Facultad de Ciencias Naturales y Museo en el Centenario de la Universidad Nacional de La Plata. La Plata, Argentina, 22-26 de septiembre de 1997. Actas, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, t. II, 1999.

- GOLDBERG M. y MALLO S. (1993). "La población africana en Buenos Aires y su campaña. Formas de vida y de subsistencia (1750-1850)". En *Temas de Asia y África*, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 1993.
- MALLO S. (1999). "Los afroporteños: del peculio al patrimonio y la propiedad". En XII Congreso Nacional de Arqueología Argentina organizado por la Facultad de Ciencias Naturales y Museo en el Centenario de la Universidad Nacional de La Plata. La Plata, Argentina, 22-26 de septiembre de 1997. Actas, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, t. II, 1999.
- MARILUZ URQUIJO J. M. (1962). "La mano de obra en la industria porteña (1810-1835)". En *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, vol. XXXIII, 2ª. Sección, Buenos Aires, 1962.
- MARILUZ URQUIJO J. M. (2002) *La industria sombrerera porteña, 1780-1835*, Derecho. Sociedad. Economía. Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2002.
- MARTIRÉ E. (1977) *Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Lecciones de Historia Jurídica IV. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1977.
- REID ANDREWS G. (1980) *Los afroargentinos de Buenos Aires*. Buenos Aires, Ediciones de la Flor, 1990.
- ROSAL M. A. (1994). "Negros y pardos en Buenos Aires, 1811-1860". En *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, 1994.
- ROSAL M. A. (2001). "Negros y pardos propietarios de bienes raíces y de esclavos en el Buenos Aires de fines del período hispánico". En *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, 2001.
- SEOANE M. I. (1982). "El patronato de los libertos en Buenos Aires (1813-1853)". En *Academia Nacional de la Historia, VI Congreso Internacional de Historia de América*, Buenos Aires, 1982.
- SEOANE M. I. (2005). "La manumisión voluntaria expresa en la praxis notarial bonaerense durante el período federal (1829-1852)". En *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2005.
- SEOANE M. I. (2006) *Un Salvoconducto al Cielo. Prácticas testamentarias en el Buenos Aires Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2006.
- TAU ANZOÁTEGUI V. (1968). "La enseñanza de la Historia del Derecho Argentino". En *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1968.
- TAU ANZOÁTEGUI V. (1971) *Esquema histórico del Derecho Sucesorio. Del medievo castellano al siglo XIX*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1982.
- TAU ANZOÁTEGUI V y MARTIRÉ E. (1967) *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1975.

- WINDUS A. (2005). "El afroporteño en la historiografía argentina – Algunas consideraciones críticas". En *Trabajos y Comunicaciones* 2ª época, Universidad Nacional de la Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Departamento de Historia, La Plata, Argentina, 2002-2003.
- ZORRAQUÍN BECÚ R. (1973). "Las fuentes del Derecho Argentino (Siglos XVI a XX)". En *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1973.



MISCELÁNEAS

LA FORMACIÓN DEL ESTADO MODERNO

Acotaciones desde la transdisciplinariedad

Por Raúl Arlotti

La exposición de hoy refiere a dos de los vocablos que se encierran en el título de este seminario: *Estado y Transdisciplinariedad*. Lo que procuramos hacer aquí es, mostrar y presentar, aunque en forma parcial y en grotescos pasos de andar, el conjunto de conocimientos que hoy se acumulan en distintas disciplinas y que, en su momento, se fueron sumando para dar origen a lo que hoy llamamos Estado.

El proemio lo vamos a hacer bajo la forma de pregón. Un pregón que dice:

Aproximadamente, a los 1890 años que *Platón* comenzase a escribir la *República*.

Aproximadamente a los 1800 años en que las notas de clases de *Aristóteles* se recopilasen para dar contenido a la *Política*.

A los 1564 años después que *Cicerón* elaborase su *Res-Pública*.

Aproximadamente, a los 1453 años de que *Tácito* escribiese el libro primero de *Los Anales*.

A los 1100 años de que *San Agustín* comenzase a escribir su *Civitas Dei*.

A los 240 años de que *Santo Tomás de Aquino* diese a conocer la *Suma Teológica*.

Después que dejasen de tener importancia las obras del estilo llamado "*espejo de príncipes*"; al tiempo en que están en auge los grandes descubrimientos marítimos, Raffaello se convierte una especie de ministro de bellas artes y el papa León X piensa en hacerlo Cardenal, en los mismos tiempos en que Carlos V da a Tiziano el título y privilegio de conde palatino, diciendo que el gran artista era digno de ser servidor de César; cuando en ciudad italiana de Florencia, gobierna Lorenzo Medici, "el Magnífico", y en ella encuentra en pleno auge el Renacimiento, entonces la palabra "stato", es receptada, por un ex secretario del Consejo de los Diez, Nicolo Maquiavelli.

Los estudiosos del Derecho, de la Ciencia Política y de la Sociología, en líneas generales, admiten que la aparición del Estado moderno tiene su correlato con una sociedad en transformación.

Comenzamos nuestra exposición observando cómo se produce el cambio en el lenguaje para que surja y se proyecte la palabra Estado.

¿Cómo aparece la expresión y de que otras expresiones es sucesora?

En la época que va desde San Isidoro de Sevilla, (s. VI) hasta la recepción de Aristóteles por sus traducciones latinas (s. XII), se habla de *rex*, secundariamente de *regnum* y sólo excepcionalmente de *Res-publica*. Hay que recordar que esta última palabra es la traducción que hace Cicerón de la expresión griega *politeya*.

En la baja Edad Media, cuando una nueva estructura social va tomando, poco a poco, un lugar, se impone hablar cada vez más de aquella colectividad transpersonal y objetiva: la *civitas*, la que posee sus propias condiciones de existencia, desenvolvimiento y conservación.

Uno de los políticos y pensadores más representativos del nuevo *ethos* social y que, además, muestra una preferente preocupación por la *República* es Nicolo Maquiavelli, quien, por otra parte, acierta al definir con una sola palabra la nueva realidad, tal vocablo es *stato*.

El término no es creado por él, le llega a través de compleja evolución semántica que, por cierto, hasta el presente, no nos encontramos en condiciones de exponer. En el primer párrafo del capítulo I, de su obra *El Príncipe*, escrita en 1513, presentada en ese mismo año a Lorenzo, y publicada en 1532, se lee: "*Los Estados y soberanías que han tenido y tienen autoridad sobre los hombres, fueron y son, o repúblicas o principados.*"

Tal palabra tiene la raíz 'st', común al verbo griego 'hístemi' con su derivado latino 'ístere' y al griego 'sto' con su derivado latino 'stare', que se encuentran en numerosos derivados latinos que refieren a frenar una situación, a pararla, a aquietarla. Así, la encontramos en nuestra lengua en voces tales como *estatu*, *estación*, *institución* y otras con las que se busca reflejar un escenario de detenimiento y quietud.

El concepto, vuelto a poner en el léxico político y social por Maquiavelli, va ganando su espacio en toda Europa y en las distintas lenguas nacionales. En francés, Bodino es uno de los primeros en usarlo, nos habla de "*l'estat de la République*". En español, Cerdán de la Tallada, es uno de los primeros de dar una definición, dice: "*está palabra Estado, según su propia significación, es una cosa firme, estable, que permanece.*" (Cfr. su: *Veriloquiun en Reglas de Estado*, 1604, pp. 1 y 2)

Si bien es cierto que, durante todo el siglo XVI y XVII, por lo menos en sus títulos, las obras de política llevan la palabra *República*, la nueva voz, la voz **Estado**, tiene en su interior un uso amplio y relevante.

Sea en las obras políticas de estudiosos y eruditos, sea en la realidad, queda de manifiesto que el *Estado refiere a una construcción unitaria, suprema y permanente de la existencia política de un pueblo.*

La etapa inicial del desarrollo los Estados modernos ocupa los siglos XV a XVII; pero, los grandes cambios que abren camino para darle el lugar de preeminencia política, social y cultural que guarda hasta nuestros días, hay que ir a buscarlos en el siglo XVI.

Veamos cual es el cambio sustantivo desde el punto de vista teológico.

A principios de ese siglo, en 1517, se rompe con la idea de que la Iglesia es el único instituto de salvación. Eso se debe a la *Reforma*, iniciada por Lutero, al colgar en la capilla de Wittemberg sus tesis contra la escolástica y las indulgencias

En cierta manera, la *Reforma* es una reacción a la decadencia y mundaneidad que la Iglesia tiene durante el siglo XV, tiempo en que se da el declinar de la cultura medieval y va perdiendo el delicado equilibrio de los tiempos de Santo Tomás de Aquino. "*Los escolásticos se enzarzaron en hueras disputas, los órdenes monásticas se enriquecieron, los sacerdotes que no tenían de tales más que el nombre se hicieron más numerosos, o por lo menos, más visibles.*"

La Reforma significa un cambio teológico profundo, después de siglos de dominio de la Iglesia Católica, tanto en el campo religioso como temporal. Y, con ella, dentro de la propia Iglesia Católica, aparece una religiosidad menos mística. Con la mística no se podría haber hecho una Compañía, o un cuerpo disciplinado como el de los jesuitas. Los jesuitas son esos religiosos que miran al cielo, pero lo hacen con los dos pies asentados en la tierra. Hay que recordar que Trento y la Contrarreforma son jesuíticos y, además, españoles. En este tiempo, la Iglesia Católica se transforma, prácticamente, en una iglesia nacional española.

Otro de los cambios profundos que se observa en el campo teológico –moral es el casuismo. El casuismo es el esfuerzo por reducir la moral católica a legalidad flexible, y expresa el esfuerzo por legalizar la tensión entre deseos y voluntad de dominio.

La teología fragmentó a Europa al quebrarse en varios pedazos la unidad de la Iglesia Católica, pero a la vez ayudó para que en ese territorio vaya tomando forma el Estado moderno.

Pasemos ahora a ver cuales son los cambios sustantivos en lo que podemos llamar mentalidad social.

En este tiempo se extingue la mentalidad caballeresca, y con ello la actitud conservadora deja espacio a la actitud progresista; hay un cambio de mentalidad, se busca lo nuevo, y el Estado aparece como ámbito en el que puede realizarse lo novedoso.

La matemática pasa a ocupar un lugar importante en la nueva mentalidad que va dar origen al Estado moderno. Hay una tendencia a insertar la capacidad matemática en lo más esencial de la naturaleza humana. Existe una creciente equiparación entre “razón” y operación de “cálculo”. Ejemplo de ello es lo que Pérez de Moya expresa en el manual de *“Aritmética Práctica y Especulativa”*, en ese trabajo dice: “*cuenta que en latín se dice Ratio, pues della se llama el hombre animal racional, que es animal que solo entre los animales sabe de cuentas.*” Por su parte, Miguel de Elyzande, remitiendo a Platón, dice, una vez más, eso de que “*el hombre se diferencia del animal en que sabe contar.*”

Es una época de pensamiento pesimista tanto en el campo de la ética como de la en antropología. Es que se entiende que el hombre nace malo, ejemplo tal interpretación son Maquiavelo y San Ignacio de Loyola; pero es una época que siente un franco entusiasmo por sí misma: se reconoce inclinada a estimarse superior a todas las demás.

En el Siglo XVI, se inicia una versión evolutiva de concepción de la cultura, concepción que lleva a una nueva dinámica del tiempo histórico y una apertura del espacio y del tiempo humano. Y, esa doble versión moderna del tiempo y del espacio, están en la base de la construcción política estatal, con su pretensión de permanencia y crecimiento.

Para el hombre medieval no rige el tiempo del reloj, sino el tiempo de las festividades sagradas. El espacio no se concebía como límite, sino como distancia. Tiempo y espacio tenían una apoyatura divina, expresaban condiciones de la creación.

En la nueva mentalidad nos encontramos ante una concepción cuantitativa, mensurable, uniformada del tiempo. Un escritor de la época, Pérez de Vargas, da a mediados del siglo XVI, una

definición del tiempo, que se adelanta a la concepción newtoniana y está en total acuerdo con la mentalidad de la época: el tiempo es “*una cantidad continua y medida, con que las partes sucesivas del movimiento se miden.*”

Es un tiempo sin sentido cualitativo ni personal; un tiempo objetivo, despersonalizado común. El tiempo humano sustituye al divino. La Historia inicia su separación de los esquemas y puntos de partidas sagrados. Los hombres tienen un tiempo propio que se expresa en la Historia que ellos van haciendo.

Por su parte, el espacio también se somete al hombre, es él quien lo integra y organiza. Esto se ve muy claramente en la arquitectura y en la construcción. En la Edad Media, el cristianismo unió pared con moral, para acabar con la promiscuidad sexual en la vivienda e hizo de la pared un principio ordenador de la vida privada. Con la moderna burguesía se aniquila la pared por medio del adorno. Adorno que refleja la moral privada imperante. El adorno llega a la fachada, la pared esencial, que se vincula, cada vez más, a la idea de una jerarquía y orden nuevos.

Pasemos ahora a ver los cambios en el campo de la economía.

La novedad económica se encuentra no sólo en la sustitución de una política económica que se reducía a asegurar la subsistencia, según un modelo fijo de alimentación o mantenimiento, por una economía de consumo, sino también por los cambios en la economía pública con la aparición de los “erarios”, los contribuyentes, los tributarios en moneda, ya no a un señor, sino al príncipe, al gobernante.

En la sociedad renacentista, codicia y aspiración, se desbordan: el ansia de riquezas se contagia en todos los grupos sociales. Más allá de lo dicho por Weber, Sombart, Tawney o Fanfani, en España, el hecho de que cada uno busque enriquecerse queda bien expuesto en el cambio semántico que sigue la palabra “provecho”, la cual acaba por forzar la aparición de la palabra “lucro”. Neologismo que se corresponde con la nueva forma de afán de enriquecimiento.

El vicio cardinal del hombre moderno es la codicia. Esto queda dicho en el *Libro de los Cien Capítulos* y en el *Libro del Consejo y de los Consejeros*, y el Arcipreste de Hita repite la misma opinión.

El afán de lucro da origen a un tipo de hombre y a una doctrina económica: el burgués y el mercantilismo, que se encuentran en la raíz misma del origen del Estado moderno.

El burgués es más bien un tipo humano que se desarrolla con energía en el siglo XVI que el representante de una clase social. Sobre este punto, W. Sombart tiene algunas páginas muy ilustrativas en su trabajo “*El Burgués*”. Desde el punto de vista sociológico, tal vez, no podamos tipificar a la burguesía como clase en una sociedad de claro predominio señorial, pero, la mentalidad burguesa está presente en el surgimiento del Estado moderno.

En el campo económico se impone como corriente doctrinaria el mercantilismo, la cual restringe el comercio exterior e insiste en las ventajas que puede traer la unificación interna, y se bajan las barreras al comercio interior.

El mercantilismo, que recorre distintas regiones de Europa, según algunas tesis, como la Ehreberg, es una doctrina que no formula exigencias morales, sino que, por primera vez desde la

Antigüedad, pretende tratar a los fenómenos económicos por sí mismos, bajo un punto de vista económico estricto.

Pero, la economía siempre tiene una relación íntima con la política. Para lograr ciertos fines políticos es necesario contar con determinados medios económicos, sin los cuales aquellos son inconseguibles. Por su parte, el mercantilismo viene a ser un movimiento autonomizador de la economía respecto de las instancias que la tenían invadida en la Edad Media. Entre los autores de obras de la Razón de Estado, de fuerte tinte católico, como lo es la obra del padre Rivadeneyra, se encuentran expresiones como esta: "*La riqueza del reino es la riqueza de su rey.*" Esto dice, por un lado, de una centralización, y por otro, de una autonomía. Por su parte, Juan de Robles, cuando habla de conservación y acrecentamientos de las Repúblicas, nos dice: "*deben estar acrecentadas las haciendas y heredamientos de todos los vecinos para que haya muchos y poderosos ricos y poco o ninguno pobres.*"

¿Qué pasa con el régimen social?

El régimen social de vida fundado en la "vecindad", durante el siglo XVI da paso a otro régimen que se aproxima al moderno de "nacionalidad."

¿Qué pasa con el Hombre?

En esencia, en esos principios de la formación del Estado, hay cambios profundos que afectan al hombre y a su ambiente, el hombre quiere hacerse dueño de un mayor número de cosas, dirigir las a su voluntad y de acuerdo a su interés. La vida contemplativa, expandida por las órdenes monásticas en toda Europa durante gran parte de la Edad Media, deja espacio a la vida activa.

Esa vida activa, da lugar a lo que fray Luis de Granada llama "*una segunda naturaleza*", con lo cual, este fraile, quiere decir que hay cosas que no han sido creadas por Dios, sino que son "artificios" de los hombres.

En Suárez encontramos ese "artificio" aplicado a la vida política cuando, en su *De Legibus*, afirma que, la mera multiplicación y agregación de familias, por sí solas, no llevan a la constitución de un cuerpo político, y que, del "*ius generationis*" no surge, por natural desenvolvimiento la "*potestas politica*", sino que para ello hace falta la participación de la voluntad humana, que es la que lleva a integrar una comunidad y darle forma concreta.

Después de descubrirse la segunda naturaleza ¿qué pasa en la relación hombre-naturaleza?

La participación de la voluntad hace aparecer una nueva concepción de la relación naturaleza – obra humana.

El Estado es el logro de un tiempo que proclama su preferencia por la vida activa: la edad del "*homo faber*", cuya pretensión es manipular, sintiendo que su mano es capaz de crear una "*segunda naturaleza*."

El hombre del Renacimiento quiere ser razonador, buscador de lo justo, de lo verdadero, de lo útil y transformarlo en obras en este mundo. Ese hombre es el que transforma el concepto de virtud, heredado desde Platón, y definida como "cualidad que aquel que la posee no puede obrar mal", ahora pasa

a ser "habilidad inteligente, capacidad para adaptarse a las circunstancias." Ese hombre es el que comienza a justificar la nobleza por las obras y no por la sangre.

¿Qué ocurre cuando el "*homo faber*" se traslada a la política?

Trasladado a la política ese "*homo faber*", hace que el hombre político ya no sea un "sabio", tal como se entendía el término en los tiempos medievales, sino que pasa a ser un experto, un *téknite*, un manipulador que rehace los datos de la existencia natural de un grupo humano. El político es un técnico: aquel que tiene un modo regulado de hacer bien las cosas del gobierno.

¿Qué consecuencias tienen estos cambios en el campo de la Justicia y del Derecho?

La distinción entre naturaleza y obra humana por vía del entendimiento y la voluntad lleva también a la distinción entre:

a. Justicia según el derecho positivo, obra de los hombres, variable relativa, condicionada por las voluntades.

b. Justicia en el derecho natural, inmutable y absoluta.

La justicia según el derecho positivo es la que se busca aplicar a un territorio amplio, no ya a alguien conocido, sino para regir las relaciones entre desconocidos que habitan en puntos alejados, aunque reunidos bajo un mismo poder.

Se expande el uso del concepto de soberanía como poder sobre los ciudadanos y poder de hacer y hacer cumplir las leyes.

Bodin, el más reconocido de los primeros en usar el concepto de soberanía y, a la vez, su generalizador, nos dice que ella es: "*une puissance absolue et perpetuelle*", términos que él mismo traduce al latín de la siguiente forma: "*summa ac perpetua potestas*". Por la misma época el español Sepúlveda, escribe en latín que soberanía es "*perpetuum imperium cum summa potestate*."

Al poder lo acompaña una burocracia, un aparato administrativo que se encarga, bajo formas rigurosas prefijadas y el expedienteo, de hacer cumplir lo que el poder dice que hay que hacer. Paolo Paruta, un escritor veneciano de temas políticos, dice, a mediados del s. XVI, de la necesidad de formar con estudios superiores a quienes representan a los reinos y quienes tienen la responsabilidad de su administración, para que mejor representen y mejor administren.

Así va tomando forma el poder político del Estado, pero, para hablar propiamente de Estado, en sentido completo, nos hace falta ver otros dos elementos: el territorio, es decir el espacio, y la población.

¿Qué evolución siguieron el territorio y la población de las estructuras políticas medievales para llegar a convertirse en territorio y población de un Estado?

A fines de la Edad Media, el mundo del Mediterráneo es un área de neto predominio urbano, en él, las ciudades, son unidades autosuficientes, han seguido dos caminos principales:

1. Se han constituido en principados autónomos.
2. Se encuentran insertas en reinos más amplios, y en ellos han conseguido un papel político relevante, por lo menos en el territorio que las rodea.

La concepción medieval de los "reinos" abandona la forma de régimen feudal y se desplaza hacia un nuevo régimen corporativo de base territorial, además el mercantilismo y el incremento demográfico ayudan a ampliar los territorios. Por otra parte, el mercantilismo va a ser un elemento que traza una relación adentro – afuera y que origina guerras para ampliar sus propuestas a medida que se amplían los territorios.

Esta es una cara de la cuestión, la otra es una corriente federalizadora, entendiendo por tal una tendencia a la unión de partes antes separadas. Esto se nota en España, en Inglaterra, en los Países Bajos, y con alguna modalidad diferente en Francia.

El Estado tiende a distinguirse y a precisarse por medio de unos límites, cada vez más dibujados respecto de otros dominios. Esos límites son las fronteras, algo muy distinto a las "marcas" de la Edad Media. Esa frontera pasa a reflejar un espacio políticamente homogéneo en el interior y una línea de delimitación exterior.

Se suma a esto la constitución de la ciudad capital. La nueva organización política exige buscar una más propia y adecuada articulación de las partes del territorio y de los núcleos de población, así como también de su conexión con otras organizaciones estatales.

Las Cortes de los reinos medievales deambulan de un sitio a otro para cobrar los tributos en especies. La corte viaja, sin permanecer en cada lugar mucho tiempo. Los recursos de la economía dineraria, los impuestos cobrados en moneda, los créditos bancarios, permiten prolongar las estancias en las ciudades principales y, finalmente, establecerse en una ciudad. Allí esta la Capital.

A la nueva organización política le hace falta una doctrina que la defienda. La doctrina no se hace esperar desde antes de la formación plena de los Estados en Europa ella se llama "razón de Estado"

La expresión "*ragion de Stato*" parece ser que fue utilizada por primera vez por el arzobispo Giovanni Della Casa; quien, después del saqueo de Parma, exige al Emperador que devuelva la plaza a sus habitantes por "razón de Estado".

Guicciardini, en su: *Constitución de Florencia* (1527) habla en una oportunidad de "*ragioni e uso degli stati*"

En 1589, Giovanni Botero, escribe en Milán su: *Ragione di Stato*, y allí la define como "el conocimiento de los medios adecuados para fundar, mantener y aumentar un Estado.

En 1595, aparece la obra de P. de Ribadeneira, *El Príncipe Cristiano*, una obra de apologética católica en la que trata de ateístas y formadores de tiranos a Maquiavelo y Bodino. Sostiene que existen dos razones de Estado, una buena, la que se desprende de las enseñanzas de la Iglesia Católica y la otra, mala, que es la que proponen Maquiavelo y los políticos.

Los teóricos de la "razón de Estado" tratan, a menudo, de probar la posibilidad y conveniencia de una buena razón de Estado, y reconocen que en el lenguaje corriente de ese tiempo, se entiende por razón de Estado a la doctrina en que el gobernante puede perseguir sus propios intereses por todos los medios, incluso los más condenables. Ejemplo de esta posición son: Palazzo, Frachetta y Chiaramonti.

Desde Italia y España el tema se traslada a Alemania. Allí la serie comienza con Clapmarius en 1605, y se sigue con la obra *De la Razón de Estado*, que Zoccolo da a conocer en 1621, quien sostiene que la razón de Estado es el uso de los medios para crear y mantener una determinada forma de gobierno.

De Alemania pasa a Inglaterra, a los Países Bajos y Francia.

La teoría de la razón de Estado sostiene que el Estado tiene una tendencia natural a procurar su permanente ascenso y potencia, sin que puedan oponerse a este objetivo otras finalidades. De existir oposición debe ser eliminada por cualquier medio, aunque tal medio se oponga a la ética.

Bajo esta forma de resumen y síntesis y, dando cuenta de solamente algunas de las muchas transformaciones que se producen en Europa para dar nacimiento al Estado, hemos querido decir que ese origen puede ser expresado y entendido desde una perspectiva transdisciplinar.

LA DESCODIFICACIÓN COMO SÍNTOMA DE LA HISTORICIDAD DEL DERECHO

Por Juan Carlos Frontera

I

Los Códigos fortalecen la preponderancia de la ley como fuente productora del Derecho, pues las demás fuentes (costumbre, jurisprudencia, y doctrina) quedan con una función secundaria. En éste avance del legalismo, el Estado logra una mayor participación en la formación del ordenamiento y en consecuencia la autonomía de la voluntad reduce su espacio frente al orden público.

Los operadores jurídicos se limitan al estudio de la ley, la cristalización del Derecho en *corpus* facilita su formación y el acceso a la resolución de los conflictos. Abandonan la búsqueda de la historicidad y la esencia de las instituciones jurídicas. La interpretación se redujo a una tarea de comprensión lingüística o a la concatenación de normas (FRONTERA Y SOMOVILLA, 2006, 13).

Víctor Tau Anzoátegui dice: “Mientras la finalidad específica de la codificación era, para algunos, tan sólo obtener una ordenación y simplificación de las normas existentes, en cambio otros, dentro de una infinita gama de matices, llegaban a considerar que la reforma debía transformar radicalmente el método y los principios del antiguo derecho...” (TAU ANZOÁTEGUI, 1977, 19).

Así, el código asume la forma misma de la modernidad, que se diferencia de lo anterior, del mundo medieval que la precede, por su identificación temporal; y al mismo tiempo se proyecta hacia el futuro (THURY CORNEJO, 2003, 257).

Simboliza el Derecho en sí mismo. Codificar aparece como una operación de ordenamiento simbólico. El hombre ve en el *corpus* normativo el símbolo del orden, una construcción racional. El cuerpo puede reflejar los fines buscados por los codificadores e identificarse con él hasta simbolizarlo, ya sea se trate de la gloria del poder que lo ha hecho aprobar o bien de una de las ideas filosóficas fundamentales que lo ha inspirado (CABRILLAC, 2003, 237-239).

La fijación del Derecho se expresa en mecanismos que lo cristalizan, lo reúne en un cuerpo legal en forma sistemática. La cristalización implica la pérdida del dinamismo de lo jurídico. Estos mecanismos son propios de la técnica legislativa no de la ciencia jurídica, lo que acerca la conclusión que la nueva concepción del Derecho es en alguna medida producto de esa fijación (FRONTERA Y SOMOVILLA, 2006, 13).

II

El Derecho es visto, a través del tiempo, de distintos puntos de vista. Pero estos modos de concebir la naturaleza o esencia de este sistema puede reducirse a tres: hay quienes los consideran un conjunto de normas sancionadas por autoridad competente; otros centran su atención entorno al reconocimiento y aplicación efectiva de esas normas en la realidad de las relaciones humanas; y por último están quienes tratan de adecuar su contenido a un ideal de justicia y a otros valores que le dan un fundamento ético. En el primer caso se hace referencia al Derecho positivo, en el segundo al Derecho vigente, y en el tercero al Derecho justo. Las teorías sustentan diversos enfoques: el positivismo, la sociología, y el *iusnaturalismo* (ZORRAQUÍN BECÚ, 1992, 472).

Es un fenómeno social que tiene por protagonistas, por decir así, a la sociedad toda. La ciencia del Derecho es un producto cultural creado por sus científicos, es decir, por los juristas. Su objeto es justo o injusto, democrático o autocrático, centralizado o descentralizado, etc. A las proposiciones que constituyen la Ciencia del Derecho – los juicios que acerca de su objeto emiten los juristas- no les caben esas predicaciones. De ellas se puede decir, en cambio, que son verdaderas o falsas. El Derecho es algo que hacen los legisladores, los jueces, los funcionarios y todos los ciudadanos. La Ciencia del Derecho es algo que hacen los juristas (CARRIÓ, 2003, 111).

En nuestro medio se cree que es posible tratar científicamente el objeto Derecho. Dicha creencia –en el sentido que Ortega y Gasset da a la palabra- no es, empero, universalmente compartido. Un vasto sector de Occidente –aludimos al mundo anglosajón- no está tan firmemente instalado en ella. Opera allí la convicción de que los juristas no son hombres de ciencia en sentido estricto, sino técnicos, es decir individuos especialmente adiestrados en el uso de la herramienta de paz social que llamamos Derecho. Por supuesto que esa técnica, como todas las técnicas, está subordinada a un saber científico en el que debe apoyarse para actuar como fruto. Pero las ciencias que irrigan el saber técnico de los juristas son una cosa muy distinta de nuestra Ciencia del Derecho. Entre ellas se cuentan la Sociología, la Psicología Social, la Economía Política, la Historia y, en general, todas las disciplinas que se ocupan de la sociedad y del hombre en tanto que ente social (CARRIÓ, 2003, 111-112).

El positivismo legalista presentó a la ley como expresión de la soberanía estatal, dio una imagen de que el Derecho se encuentra separado de las manifestaciones culturales y sociales.

Esta disociación, de lo jurídico y metajurídico, provocó la cristalización del Derecho a través de la dogmática codificadora, inmovilizándose los contenidos normativos del fenómeno jurídico. Aún corrientes positivista, pero no legalistas, concibieron a la norma jurídica como inmóvil y a los demás elementos del fenómeno jurídico como dinámicos.

El Derecho hoy es un instrumento de la autoridad del Estado, expresándose a través de la ley, del acto administrativo, o de la sentencia judicial, manifestaciones que indican un distanciamiento entre el ente productor y la comunidad de destinatarios (GROSSI, 1996, 40).

Se identifica la producción del Derecho con el legislador, separamos al fenómeno jurídico de la realidad social. Así, se pierde la noción de historicidad como elemento esencial del Derecho. Es difícil

encontrar un hecho humano que esté desvinculado de su contexto social e histórico, son dos magnitudes a las cuales debemos recurrir imprescindiblemente para su comprensión (LEVAGGI, 2004, 1).

Paolo Grossi afirmó que el Derecho no es solamente producto de la macroentidad estatal, sino ante todo el de un haz ilimitado e ilimitable de estructuras sociales dentro de las cuales pueden encontrar un lugar, bajo ciertas condiciones, tanto la comunidad internacional como una confesión religiosa, tanto la familia como la así llamada sociedad criminal, como las más variadas coagulaciones denominadas privadas (GROSSI, 1996, 41).

Entender al fenómeno jurídico solo a través de las fuentes formativas es reductista y unilateral, formalizar lo jurídico cristaliza su contenido. El auto-encerramiento jurídico en normas generales genera una situación de rigidez. La crisis de los postulados dogmáticos son productos de la historicidad del Derecho, ya que no se puede encorsetar a aquello que pertenece a la sociedad civil, la cristalización jurídica no puede cercenar su propio devenir.

En cada estudio se debe descubrir la columna vertebral de las instituciones, desde sus orígenes, fijando sus momentos principales y su desarrollo, que explican su estado actual (LEVENE, 1985, 16).

Paolo Grossi dice: entre historicidad y sistema encuentra idealmente su ubicación en el universo jurídico recorrido por una íntima contradicción, y aquí está el privilegio y el drama del jurista, mediador entre la historia y los valores, necesariamente aprisionado en una doble disponibilidad según la complejidad de su objeto cognitivo (GROSSI, 1996, 43).

La Historia del Derecho está referida a las necesidades y a la situación del presente de quien se construye dentro de un ambiente. Los hechos históricos se mantienen en un proceso constante de elaboración, bajo nuevas perspectivas e incluso con nuevas herramientas metodológicas. El método que tiene por fin el proceso científico de reconstrucción de hechos jurídicos pasados.

La investigación histórico-jurídica tiene por objeto la recreación intelectual de un hecho del pasado en el campo del derecho, para comprender sus causas, su desarrollo, su naturaleza y sus efectos.

Víctor Tau Anzoátegui dice que la historia se ocupa de objetos reales pretéritos hoy inexistentes, y pretende llegar a conocer cada objeto tal cual existió, no tal cual pudo ser o tal cual debió ser (TAU ANZOÁTEGUI Y MARTIRÉ, 1999, 5).

El objeto de la historia es un hecho pasado e irreversible, que ha estado en el tiempo pasado y en el espacio, pero que ya no es.

La historicidad requiere del jurista un análisis complejo para la determinación de la materia objeto de investigación. El dinamismo del Derecho no puede ser reducido o limitado por la técnica jurídica.

Dice Ricardo Zorraquín Becú: "...El Derecho no es un sistema estático. Precisamente en esto radica la esencia de su historicidad. El Derecho se transforma lenta y parcialmente a lo largo del tiempo. Nunca ocurre un cambio total. Pero sí podemos contemplar cómo aparecen nuevas leyes, nuevas interpretaciones, nuevas doctrinas, que modifican alguna parte del sistema jurídico o le agregan elementos que antes no existían..." (ZORRAQUÍN BECÚ, 1992, 475).

Es comprensible la preocupación de algunos de asegurar un orden social firme y estable, susceptible de ser reducido a un conocimiento racional, pero sería inútil fundar ese orden sobre la falsa premisa de la inmutabilidad de las condiciones de vida (LEVAGGI, 2004, 1).

La relación entre la sociedad y el Derecho es de permanente búsqueda de equilibrio, pues la dinámica de la primera está frente a la cristalización de la ley. Las condiciones de vida de las comunidades cambian, y los textos deben ir adaptándose a las nuevas situaciones. La ley debe entenderse como una expresión del Derecho vivo, y no como el Derecho mismo. Lo jurídico convive con el hombre en forma dinámica y no estática.

Disociar Historia y Derecho es cegar al fenómeno jurídico, el jurista que no entienda la propiedad histórica del Derecho no comprenderá lo que está observando en su completa dimensión. La historicidad del Derecho representa el camino desde el pasado al presente de las relaciones entre los hombres (GUAGLIONI, 1971, 30).

III

En el ámbito específico de la codificación comienza a darse un proceso centrífugo, por el cuál los poderes legislativos dictan numerosas leyes especiales que escapan a la disciplina del código. El fenómeno responde en parte al proceso de juridificación, que es una consecuencia tanto del desarrollo del estado de derecho como de las cambiantes relaciones entre Sociedad y Estado. El Derecho asume una nueva función en el manejo de los asuntos públicos y, donde había libertad ahora hay metas y significados (THURY CORNEJO, 2003, 259-260).

La descodificación consistió en la sustracción del código de su lugar central producida por la legislación especial. Se abandonó la unidad del sistema jurídico con la creación de una pluralidad de microsistemas, cada uno con principios y con lógica propios.

En este nuevo proceso el código es un microsistema jurídico más. Pierde su cualidad de estatuto de Derecho común y general, pasa a ocupar un papel de Derecho residual regulando aspectos no alcanzados por las leyes especiales. Estos microsistemas regulan la mayoría de las relaciones sociales. Cada uno de ellos sustrae al código diferentes materias para regularlas de forma diferente (FRONTERA, 2007, suplemento USAL).

El proceso descodificador, para el jurista chileno Alejandro Guzmán Brito, puede darse de tres maneras: desde lo formal, desde lo material, y desde lo material y formal. La formal se da por medio del Derecho especial, a través de leyes extravagantes o novelas, la material por medio del Derecho singular, a través de leyes modificatorias del código, y la material y formal, por el Derecho singular también, mediante leyes extravagantes. En su opinión, la verdadera descodificación es la material, ya sea ésta formal o no formal.

La descodificación material incide en la lógica del sistema jurídico, incluido el código. La formal, altera la técnica codificadora de reunir en un solo cuerpo a todo el Derecho de la materia respectiva. Si

bien la formal produce la proliferación de leyes extravagantes al código, no quiebra la *ratio* del sistema. En este aspecto el sistema se compone del código más las leyes extravagantes de Derecho especial o nuevo.

Que una ley modificatoria introduzca dentro del código un Derecho especial o nuevo, bien correctorio, alternativo o derogante, no es descodificación. Constituye una operación diversa que se puede denominar revisión del código. El volumen total de la legislación externa de Derecho especial, singular y nuevo, respecto al código puede en algunos casos superar el volumen del cuerpo legal (GUZMÁN BRITO, 1993, 49).

Una descodificación amplia y profunda, para el jurista chileno, consiste en el nacimiento de un nuevo Derecho civil, requiere una diversidad de nuevos derechos civiles en microsistemas, lo cual significaría ir en contra la lógica y los principios de la doctrina tradicional.

Ricardo Luis Lorenzetti, en torno a la descodificación y a la fractura del Derecho civil, dijo que el código comparte su vida con otros códigos, con microsistemas jurídicos y con subsistemas. El código perdió su centralidad y fue desplazado progresivamente.

La erosión del código produjo un fraccionamiento del orden, similar al planetario. El sistema codificado funcionó con reglas determinativas, de modo que los actores sociales sólo pueden hacer que surja de combinar tales reglas. La existencia de un *corpus* permitió el diseño de principios generales e instituciones que se aplican a las relaciones privadas en general. Su campo de actuación no sólo se extendió a las leyes análogas sino a leyes fuera del Derecho privado.

Es habitual que el cuerpo normativo organice su material en función de objetos de regulación, pero su problema fundamental es la profunda desconexión que existe entre todos estos microsistemas. Cada uno crece y se desarrolla con una gran autonomía. Este fenómeno de independización es una nueva sistematización, en la que la norma de Derecho privado "ordenadora" se instala en un nivel superior (LORENZETTI, 1994, 724-740).

Abelardo Levaggi señaló que los códigos de Derecho privado se encuentran erosionados por leyes especiales singulares que producen microsistemas y dan paso a la descodificación. El nuevo proceso centrífugo, de desconcentración de normas, policéntrico, se manifestó principalmente en: a) regulación de leyes especiales, b) internacionalización del Derecho, y c) ruptura de la unidad conceptual de cada una de las ramas del Derecho. Este fenómeno es tomado en sentido negativo por aquellos que siguen atados a los conceptos del siglo XIX, y en sentido positivo por aquellos influidos por el historicismo (LEVAGGI, 2004, 220).

Opino que no es conveniente definir al proceso de descodificación en un sentido estricto. No se lo debe reducir a aspectos técnicos legislativos o a cuestiones de fundamentación formal o material (FRONTERA, 2003, 157-167).

El proceso implica la pérdida o erosión de la cultura y la idea de centralidad del código. Es necesario, para comprender el fenómeno, verificar el impacto de la legislación extravagante (FRONTERA, 2007).

La existencia de una norma fuera del sistema del *corpus*, sea modificatoria o nueva, especial o singular, puede acarrear la erosión del código y la consecuente descodificación, con la pérdida de la centralidad. Los autores señalados analizaron el fenómeno en materia de Derecho privado, pero el fenómeno no alcanza solo a este sino también al público.

El normativismo, hoy predominante, ha tenido que lidiar con el dinamismo jurídico, la necesidad de la especificidad legislativa o las nuevas situaciones dan como resultado un crecimiento legislativo, es impensable cuerpos legales que no deban ser renovados.

Esta tendencia ha vinculado la producción del Derecho con los órganos del Estado, haciendo de él una realidad formal, asumiendo el ordenamiento jurídico un carácter meramente legislativo (GROSSI, 1996, 40).

IV

Abelardo Levaggi dice: "La historicidad del Derecho se percibe con claridad en las instituciones jurídicas. Éstas se hallan en permanente transformación, sea ella lenta o veloz. En su devenir, las instituciones alcanzan la plenitud cuando logran equilibrar su estructura interna (normatividad) con el ambiente externo (condiciones sociales). En ese momento son vigentes realmente: "viven" en el ámbito de las conductas humanas, tienen la fuerza necesaria para configurar esas conductas (LEVAGGI, 2004, 3).

Pero el equilibrio no es estable. Normalmente, empieza a alterarse como consecuencia de la variación de las condiciones sociales y de la estructura interna. Hay una ley de estabilidad que pesa sobre las instituciones y que tiende a cristalizarlas, impidiéndoles, en principio, toda posibilidad de adaptación... El desequilibrio producido no puede mantenerse en forma indefinida... La sociedad necesita del Derecho, y no lo es la letra muerta. De allí que busque el restablecimiento del equilibrio."

¿Cuándo se separó la actividad del iushistoriador del jurista? Abelardo Levaggi dice que mientras se mantuvo vigente el viejo derecho anterior a la codificación, la actividad del historiador del derecho se confundió con la del jurista. Tanto interés tenía el uno como el otro en las mismas fuentes (LEVAGGI, 2004, 4).

Al renovarse la legislación, con motivo del proceso codificador, los campos se deslindaron. El jurista puso su atención en el presente, el historiador del derecho en el pasado. Así la historia del derecho pudo concentrarse en su objeto y en su problemática jurídica.

El jurista abandonó la esencia de las instituciones jurídicas, son para él un conjunto de normas. El Derecho se vio reducido a una técnica legislativa e interpretativa. El fenómeno jurídico fue concebido como un ente estático.

La pérdida de la justicia como rectora del jurista en la solución de conflictos. La ley como fuente principal en la producción y en el conocimiento del Derecho. Dejan al práctico jurídico como un simple operador técnico.

El legalismo redujo a la ciencia del Derecho, privó a su objeto de aquellos elementos no normativos que llamó meta-jurídicos. Así su objeto quedó cercenado de la realidad social.

A través del proceso codificador se pretendió estabilizar y cristalizar los nuevos Derechos nacionales. Esto brindó seguridad en su aprendizaje y su aplicación. Los ciudadanos podrían acceder a él en forma sencilla ya que sus normas se expresaron en forma clara.

La descodificación es el síntoma de la crisis de los postulados dogmáticos codificadores. Ellos tuvieron por fin congelar al Derecho vivo en normas generales propuestas por la razón.

Olvidaron que eliminar o no reconocer el dinamismo, como cualidad del Derecho, es intentar momificarlo con su consecuente muerte. El Derecho a través de la descodificación muestra estar vivo. Su vitalidad proviene del ser humano individual y social.

El Derecho se expresa en su devenir, es un producto cultural. La descodificación es un síntoma de la historicidad del Derecho. El legislador no lo puede reducir a una norma permanente, la realidad social supera esta cristalización y reduccionismo. La técnica jurídica no reemplaza la función de la ciencia para el conocimiento del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA:

- CABRILLAC, Rémy, "El simbolismo de los códigos", en *La codificación: raíces y prospectiva*, t. 1, Buenos Aires, El Derecho, 2003.
- CARRIÓ, Genaro, "Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del Derecho", en *Academia*, Nº.2, Buenos Aires, 2003.
- FRONTERA, Juan Carlos, *Antecedentes, causas, consecuencias y pronóstico de la crisis de la dogmática jurídica*, capítulo VI, Temas de Filosofía del Derecho, t. 1, Buenos Aires, 2003.
- FRONTERA, Juan Carlos y SOMOVILLA, Claudia Gabriela, *La codificación Civil a través de las revistas jurídicas porteñas (1870-2000)*, Buenos Aires, inédito, 2006.
- FRONTERA, Juan Carlos, "Cristalización vs. Dinamismo en los cuerpos normativos", *Revista Jurídica "La Ley"*, 5 de julio, suplemento USAL, 2007.
- FRONTERA, Juan Carlos, "La erosión del Código de Comercio de la República Argentina", en prensa, *IUSHISTORIA*, Nº 4, Buenos Aires, 2007.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- GUAGLIONE, Aquiles H., "La Historia del Derecho como afición y como necesidad para el jurista", *Separata*, Buenos Aires, IHD "Ricardo Levene" (UBA), Buenos Aires, 1971.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno", *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. 90, Nº.2, Valparaíso, mayo – agosto, 1993.
- LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, t. 1, 3 ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2004.
- LEVENE, Ricardo, *Manual de Historia del Derecho*, 5ta. ed., Buenos Aires, Depalma, 1985.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, "La descodificación y fractura del Derecho Civil", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 1994 D, Buenos Aires, 1994.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870)*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1977.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor y MARTIRÉ Eduardo, *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1999.

- THURY CORNEJO, Valentín, "Raíces y prospectiva del proceso de codificación", en *La codificación: raíces y prospectiva*, t. 1, Buenos Aires, El Derecho, 2003, p. 257.
- ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, "Apuntes para una teoría de la Historia del Derecho", en *Estudios de Historia del Derecho*, t. III, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1992.

**MÓDULO DE DISCUSIÓN (Mayo/Junio 2007):
“REALIDAD Y PERSPECTIVAS DE LA DEMOCRACIA
REPUBLICANA Y EL FEDERALISMO EN LA
ARGENTINA ACTUAL”**

ALGUNAS CONCLUSIONES DE LAS EXPOSICIONES

Por Héctor R. Sandler

Relator

SEMINARIO TRANSDICCIPLINARIO PERMANENTE

Coordinador: Dr. Carlos Mallmann

Coordinador del módulo: Dr. Hector Raul Sandler

Secretaria: Abog. Lorian Gonnella

Expositores:

Lic. Guillermo A.Sandler

Dr. Meier Zylberger

Dr. Jose I. García Hamilton

Dr. Daniel Larriqueta

I. GUILLERMO SANDLER (*“Federalismo económico”*) (Versión Dr. H. R. Sandler)

1. El expositor procedió a hacer un mapeo de la *geografía económica argentina y la organización estatal para la economía pública*, cuya realidad contradice el mandato constitucional de constituir a la Argentina como una *nación federal*.

2. *El país real es central-unitario* Del mapeo resultó que en la actualidad y presumiblemente desde los años 1950 la Argentina presenta un *orden económico público centralizado en la Ciudad de Buenos Aires*. Ahí tienen su sede la Presidencia de la Nación y todos sus ministerios; el Banco central y todos los bancos y otras instituciones publicas y particulares.

3. Acompaña a esa concentración del poder público nacional una *base material*, reflejada en una concentración demográfica en la Ciudad de Buenos de 15.000 h/km² (3 millones s/ 200 km²), rodeada por un territorio propio de la Provincia de Buenos Aires - conocido como "gran Buenos Aires" – cuya densidad media es de unos 4.000 h/m² y que se vincula directamente con aquel centro. Hay partidos (división política interna de la Provincia de Buenos Aires) cuya población iguala o supera la población de las capitales de las principales provincias argentinas, como Córdoba, Santa Fe y Rosario

4. Este real central-unitarismo desvirtúa la pretensión legal de un federalismo político y se aprecia en *la cantidad de recursos recaudados por la Nación y su distribución entre la Nación recaudadora, las provincias y los municipios*. Sobre un presupuesto anual de unos 90.000 millones de pesos, unos 50.000 son administrados por la Nación, unos 30.000 distribuidos entre las 23 provincias (incluyendo la ciudad-estado de Buenos Aires) y menos de 10.000 millones entre unos 2.500 municipios. *El Tesoro Fiscal es, sin duda, administrado por la Nación*, a tenor del Presupuesto anual. Pero por leyes especiales y por fuera del Presupuesto, la Nación contaría con otros 17.000 millones para administrar de igual forma.

5. Como contra cara de este central- unitarismo de las finanzas públicas, aparece en los hechos que *de las 23 provincias, hay 18 que no pueden solventar su gasto público con propios recursos*, lo que de hecho importa una dependencia total de los recursos del Tesoro Nacional.

6. Esta debilidad provincial frente al poder central nacional aparece también *en la escasa población que habita en las provincias*. Caso extremo, pero para nada único, es el de la provincia de Santa Cruz con una densidad poblacional de 0.7 h/km². Por lo demás, la densidad poblacional general que se obtiene dividiendo el total de la población (36 Millones) por la total superficie territorial (2,8 Millones km²), (una densidad de alrededor de 13 h/km²) es puramente aritmética. Para colmo no refleja la verdadera *distorsión de la geografía económica argentina*. En cálculo aproximado, si se estimara en 10 millones la población urbana, y en unos 10.000 Km² el suelo usado por las ciudades (guarismo que no altera significativamente el dato de la superficie), la densidad poblacional aritmética que ocupa el territorio no alcanza a los 10 h/km².

7. Otro cálculo que se puede hacer para mostrar el déficit poblacional argentino es pensar que el 80% de su población, según los censos, *es urbana*, lo que equivale a unos 28 millones de personas. La diferencia de 8 millones sería el resto de la población *no urbana*, lo que significa que la media de densidad *de población agraria apenas llegaría a 3 h/km².*

9. A esto hay que agregar que a partir de los 1950 comenzaron *dos procesos migratorios* a) uno de *emigración* socio-económica que perdura hasta hoy, calculándose que son mas de 3 millones los argentinos emigrados (Juan Carlos Zuccotti, *La emigración argentina. A partir de los 1950*, Plus Ultra, Buenos Aires). b) Otro de *migración del interior* a las capitales de provincia y en especial a la ciudad de Buenos Aires y alrededores (Ejemplo: se calcula que unos 700.000 santiagueños – equivalente a la población de la Provincia – viven la Capital y gran Buenos Aires).

10. Esta descripción del "federalismo económico actual" hay que tenerla en cuenta al momento de valorar los aportes de las exposiciones de los otros participantes del módulo en vistas a esclarecer las

causas de la dramática evolución que ha llevado a este apartamiento en los hechos de lo dispuesto por la Constitución Nacional 1853-1860.

11. El expositor no analizó específicamente la relación de esta estructura central-unitaria con los diversos sistemas de propiedad del suelo, el destino dado valor de la tierra y el sistema de recursos del Estado.

12. *Tampoco hizo una expresa reflexión sobre la crisis inmigratoria*, la que ha rematado en la "debilidad demográfica" de la Argentina actual. Es lícito hacer un cálculo de la población que tendría hoy nuestro país, considerando el ritmo de las décadas 1860/1900, si la Argentina hubiese mantenido abierta la capacidad receptora de población de aquellos años y aprovechado los movimientos mundiales de migración internacional. Antes, durante y después de la 2ª Guerra Mundial 1939-45, tan sólo en Alemania pasaron 9 millones del Este al Oeste y en los últimos 16 años ha habido movimientos de personas de un "lugar malo" a otro "mejor" de 40 Millones de personas. Lo mismo vale para las inversiones de *capital real*. La cifra actual de 36 millones acredita *la frustración*, a partir de cierto momento histórico, de la política "gobernar es poblar". A la luz de los datos, nuestro grave déficit de población es atribuible a fallas de orden interno. Poblada con una densidad parecida a la italiana actual (100 h/km²), nuestro territorio tiene una capacidad mínima para 270 millones de habitantes, lo que muestra la opacidad de su orden económico, seguramente originada por la gran dificultad de acceso económico a los recursos naturales.

II. MEIER ZYLBERGER (*"Raíces totalitarias del fracaso argentino"*)

(Versión Dr. H. R. Sandler)

1. Este expositor atribuyó el notable progreso económico de la Argentina, que llevó - a partir de los 1860 y hasta el Centenario - a ubicarla entre los diez primeros países del mundo, se debió al respeto y acatamiento de la *filosofía* y la letra de la Constitución Nacional 1853-1860.

2. En la misma línea de pensamiento, atribuye la paralización de ese progreso y la progresiva decadencia al *cambio de pensamiento político en el manejo de la cosa pública*, en especial *la reforma fiscal y monetaria*, instalado en el país en la década de los 1930.

3. La piedra que registra el inicio de esa decadencia consiste en la creación del "impuesto a los réditos" y la creación del Banco Central (1932 y 1935, respectivamente). Ambos **institutos legales** fueron la expresión de una *filosofía política contraria a la contenida por la originaria Constitución Nacional 1853-1860*. Aquellos actos de gobierno pavimentaron el camino, *facilitando el cambio total de las instituciones políticas, económicas, legales y culturales*, lo que ocurrió a partir de la mitad de la década de 1940, cuyo ápice se alcanza con la derogación de la Constitución originaria y su sustitución por la Constitución del año 1949.

4. Si bien esta última Constitución fue derogada en 1955 y se volvió a la originaria de 1853-60, esta reparación no significó gran cosa ni alteró el derrotero de la decadencia, porque las leyes organizadoras de la economía - en especial las regulatorias del sistema fiscal y monetario iniciadas en los

1930 - subsistieron después de la restauración formal de la Constitución y se han intensificado con las reformas de 1957 (artículo 14 bis) y la de 1994.

5. Subsiste hasta hoy el *pensamiento político, social y económico* que iniciado en 1930 cristalizó en la reforma constitucional de sesgo totalitario aprobada en 1949 y con él la legislación e instituciones que sirven a ese pensamiento, las que hace imposible que la Argentina se ordene políticamente como una democracia republicana regida por un gobierno federal. ***El central-unitarismo que imposibilita vivir en una democracia republicana y federal campea en dos básicos sistemas: el fiscal y el monetario.***

6. El expositor no ha dado cuenta de los *factores materiales y espirituales* que pueden haber generado ese cambio del pensamiento económico-social, primero en las elites gobernantes (1930) y luego en las grandes masas populares (1945-55). Sobre este aspecto cobran singular importancia las exposiciones siguientes de José Ignacio García Hamilton y Daniel Larriqueta

7. El expositor no analizó la relación que pudiera existir en el cambio de pensamiento político social con el sistema de propiedad del suelo establecido por el Código Civil, el destino dado al mayor valor de la tierra y el sistema de recursos del Estado.

III. JOSE IGNACIO GARCIA HAMILTON (*"Raíces del autoritarismo en la Argentina"*)

(Versión del Dr. Sandler)

1. La edad histórica de la Argentina. Para conocer las fuerzas formativas de nuestra sociedad, con lo importante que ha sido el impulso proveniente de los hechos ocurridos en y en torno a la llamada Revolución de Mayo, hay que remontarse a varios siglos anteriores. Constituye un error, a los efectos de descubrir algunas raíces profundas de ciertas fuerzas que operan aun hoy en el seno de nuestra sociedad, estudiar la historia argentina a partir de 1810 o 1860. Para los días de la Revolución de mayo, lo que iba a ser la Nación Argentina, llevaba casi tres siglos de gestación.

2. Dejando de lado los remotos orígenes que nuestro país tiene – en tanto es parte de la familia humana, especialmente de la europea – lo real y más concreto es que la historia argentina arranca, desde distintos puntos, a comienzos del siglo XVI. En esa época dominaban en nuestra familia generadora – la Europa del siglo XVI y XVII - algunas ideas fuerza que conformaban una singular concepción del mundo, la que habría de trasladarse progresivamente a nuestro actual territorio, adoptando forma peculiares al asentarse en él.. Deben citarse aunque sea solo en parte algunas de esas "ideas fuerza" y subrayar su mutación en el suelo americano para mejor comprender nuestra historia y algunos hechos que producen en nuestra presente realidad..

3. El absolutismo político. La monarquía absoluta se consolidó como paradigma político definitivo en Europa en los siglos XVI y XVII. De manera que nada extraño tiene que esa forma política fuera exportada a América en los 1500. Sin embargo hay que subrayar las diferencias fácticas entre el paradigma en su lugar de origen con la forma en que se concretó en la América española. Es a través de la figura del Virrey que el poder absoluto se concreta aquí de una manera que escasea en Europa. El Virrey

como vicario del rey disponía de poderes absolutos muy superiores al que de hecho podía detentar cualquier monarca en Europa. En este continente el poder absoluto del rey se iba construyendo mediante la dominación de los antiguos señoríos feudales, las que a menudo conservaban gran poder local. Además el monarca absoluto europeo alcanzaba ese grado tras negociaciones o enfrentamientos con la poderosa Iglesia Católica o sus segregaciones. Pero aun en este caso no siempre conseguía una total independencia de los poderes religiosos, porque la Reforma trajo consigo otros cuestionamientos al poder del monarca. A todo esto hay que agregar la fragilidad de las fronteras que demarcaban su territorio, bajo el constante asedio, cuando no ataques, provenientes de otras monarquías europeas. La situación era muy distinta para el virrey en América. Si bien vicario provisorio del rey y sometido a "juicios de residencia", pocas veces efectivizados, gozaba en su ámbito de un poder más absoluto que el de su mandante, el rey español. De hecho ejercía su poder sin ninguna de aquellas restricciones y amenazas. Este sistema de gobierno practicado durante siglos forjó un perfil de lo que la conciencia colectiva de su sociedad entendía y aceptaba por "autoridad" del gobernante después de alcanzada la independencia e incluso después de su organización constitucional.

4. El estatismo económico. Por la forma que se llevó a cabo el descubrimiento y la "conquista" de América por los españoles, toda la superficie territorial, todos los recursos naturales, en especial los provenientes del subsuelo – minería – pasaron a ser propiedad de la corona. Dado el concurrente sistema político absolutista como sistema, esta propiedad – en lenguaje moderno – importaba una colectivización en manos del Estado de los recursos naturales sin excepción. A esta "colectivización" estatal de los recursos naturales se le sumó, *pari passu*, una "estatización" de gran parte, por no decir de la totalidad de la "mano de obra". Sea por instituciones creadas por el monarca (caso de *la encomienda*), sea por instituciones colectivizantes autóctonas ya existentes (como *la mita* del imperio incaico). De hecho el trabajo libre apenas se limitaba a algunas profesiones y a los comerciantes minoristas. El "comercio a la gruesa", y la principal industria, la minera, eran de competencia del Estado. Si se quiere denominar a este sistema general "capitalismo", hay que reconocer que no es de mercado sino estatal. Incluso habría que considerarlo como un "capitalismo de amigos", de cuyo círculo de amistad estaban excluidos los hombres comunes en general y contra su voluntad los criollos aunque fueran de abolengo. Rasgos de este peculiar orden económico renacen después de 1810, de 1830 a 1850, aproximadamente y volverán a reaparecer a impulsos de los sectores más tradicionales de la sociedad en los años 1900 y 1930.

5. La religión única. Mientras en América se llevaba a cabo una masiva evangelización uniforme, en Europa a causa de la Reforma, la Iglesia Católica se vio obligada a defenderse de los mas variados reformistas e incluso verse obligada a modificarse a sí misma como precio para conservar un dominio no siempre firme (Contrarreforma). La tarea de "evangelización" que se confió a los conquistadores, importó no solo el arrasamiento de los cultos locales, sino que no dejó margen alguno para disidencias como las que tronaban en Europa. Esto le dio a la cultura religiosa de América un sesgo católico monocorde y excluyente de todo otro credo, de una forma como no ha ocurrido en otras

regiones del globo en territorios de tan vasta extensión.. Esto explicaría no solo una singular relación entre la Iglesia y los gobiernos, sino cierta separación entre el clero y la tendencias políticas populares, lo cual ha implicado una grande secularización de la política.

6. El militarismo. La conquista se hizo con quienes empeñaban la espada y siempre por aquellos que la empuñaban mejor, incluso derrotando a sus competidores. Por esta vía el *status* militar desde el inicio fue de notable importancia y peso. Ser militar era valioso no sólo para quien lo era, sino que lucía frente al resto de la sociedad. Que nuestros grandes hombres, no solo los de la guerra de la Independencia sino incluso entre los forjadores de la Organización Nacional, la mayoría de ellos civiles, sean recordados y reconocidos por su ocasional grado militar, ha de tener en esto su parte de explicación.

7. La anomia. Mucho se ha escrito sobre la peculiaridad nacional de no sentir culpa propia ni ajena por la violación de la ley. El hecho de poder sustentar la minúscula península española un vasto Imperio que se extendía, en América, desde el Polo Norte al Polo Sur; conseguir integrarlo políticamente a la Corona española y , económicamente, a toda Europa, no es ajeno al de haber sido capaz de desarrollar un complejo y eficaz sistema legal.. Pero por bueno que fuere, la fuente de ese sistema legal, desde el punto de vista normativo, estaba en España. Mientras se lo dictaba para ser cumplido en territorios remotos, alejados del centro a distancias que insumían meses de navegación . Y estas leyes no siempre satisfacían los intereses concretos de los habitantes de aquellas lejanías, si llegaban oportunamente; ni siquiera los intereses de quienes en nombre del rey gobernaban , ni de quienes eran gobernados . No puede extrañar entonces que el violar la ley , de ser la excepción, un hecho casual , se convirtiera con el paso de los siglos en una firme "costumbre local". Una singular relación entre los gobernados por la ley y los que la dictan y, por consiguiente, en una rara "conciencia jurídica" frente al derecho positivado por el Estado.

8. Ideas encontradas con retraso. Mientras así ocurrían las cosas en América, Europa entraba de lleno en la Edad Moderna. En los siglos XVI y XVII fructifican casi en forma vertiginosa las semillas de la cultura renacentista y de un capitalismo de mercado ; a la vez comienzan a arreciar nuevos aires en el campo de la política, la religión y la ciencia. No poco contribuyo a estas conmociones el propio descubrimiento y la conquista de América. Pero allí y aquí el mismo hecho dio lugar a historias distintas: la americana española por un lado y la europea por el otro.

9. Desde cierto punto de vista con el avance de la Reforma el periodo de la Ilustración que culminara en el siglo XVIII, muestra – en Europa – manifestos anticipos en el siglo XVI. Durante ese lapso y hasta orillar el siglo XIX, la América española sigue siendo lo que fue desde un principio, aun con los cambios de ropaje que trajo consigo el movimiento independentista de los 1800. . Es en nuestra tierra – Buenos Aires y el interior – donde se produce tardíamente en los 1800 un enfrentamiento prolongado entre las "ideas prevalecientes" derivadas de la conquista y las "nuevas ideas" que iban emergiendo en Europa en dirección a concretar la Ilustración. Este enfrentamiento - en Argentina - entre "lo tradicional" enraizado en el interior, reflejo Santa Rosa de Lima, y la "novedad liberal" emergida y acogida con entusiasmo por el villorrio mercantil de la ciudad de Buenos Aires, puede hacerse este resumen:

- a) El absolutismo americano en contradicción con un gobierno republicano republicano, caracterizado por la división de poderes, sustentados por bases relativamente democráticas; .
- b) La estructura estamental (criollos / españoles; militares/civiles; titulares de privilegios y monopolios / los hombres de trabajo o capital) - es una estructura que opone férrea resistencia a la idea democrática según la cual "todos están en un pie de igualdad";
- c) La exclusión a los que son sometidos los nativos y los criollos por los "recién llegados españoles de afuera", genera un doble sentimiento que habrá de propagarse en la mayoría de los países de América española. Por un lado un sentimiento de orgullo por lo autóctono que en exceso suele trasmutarse en "nacionalismo" y por el otro, una "fobia" contra el llegado de afuera, base de una posible xenofobia. En ciertas circunstancias.

10. Si observamos nuestra historia nacional a partir de la Revolución de Mayo –intento de poner sintonizar a la Argentina con la Ilustración – veremos como frente a las "ideas revolucionarias" de república, democracia, libertad de creencias y de comercio, una y otra vez, como rezago del pasado, se le oponen fuerzas tradicionales nacidas con el país. De hecho el primer intento de las ideas revolucionarias porteñas fueron fieramente aplacadas en los 1830 con la "restauración de las leyes" . Solo tras Caseros recobro fuerzas, gracias al contexto internacional, el proceso iniciado en 1810. No cuesta trabajo identificar el ideario de la generación de 1837 en la etapa 1850-1880. Sin embargo los retoños coloniales gestados durante 3 siglos vuelven a florecer cuando las circunstancias le son mas o menos propicias.

11. A modo de ejemplo:

- a) En 1907. bajo la presidencia de Alcora, se declara de propiedad del Estado nacional el subsuelo, cosa que no autorizada por la Constitución Nacional 1853-60; pero coincidente con el criterio colonial.
- b) En 1908 se dictan leyes tratando de modificar el sistema educacional con el fin de "generar" autoritariamente por ley un sentimiento "patriótico" que se estima necesario por la afluencia de inmigrantes, que es lo expresamente querido por la Constitución. Años después esos sentimientos desembocarían en abiertas manifestación de xenofobia.
- c) También a principio del siglo XIX se instala en la cultura popular y a veces no tan popular, como idea reivindicativa la figura "del gaucho pobre", el que es tal por ser una víctima de la "ley del progreso" o de las leyes positivas que lo auspician, con lo cual la vieja anomia recobra impulso.
- d) En los 1920 va cobrando forma la idea que los avatares de la Argentina se deben al accionar de fuerzas extranjeras que conspiran para arruinarnos, situación que demanda urgente "protección del Estado", en especial al comercio y la industria . Decae la idea del mercado libre. Se encienden viejos sentimientos coloniales.
- e) Al frisar los 1930 comienza a reflotar un viejo principio colonial: los militares son la reserva moral de la Nación. Los golpes que se suceden hasta 1976 tienen su fundamento moral en esa estafalaria concepción generada en la colonia.

f) Es a mediados de los 1940 cuando se incorpora a la conciencia popular que se dan dos clase de gobiernos: "gobiernos buenos" *para con el pueblo* (caritativos y paternalistas) y "gobiernos malos", contrarios a los intereses populares. Idea adversa a la viabilidad de la democracia pluralista y a la recta administración del Estado.

12. Todas y cada una de estas ideas, como otras que se podrían citar, muestran rastros de la colonia en el imaginario popular argentino que, dadas las circunstancias, alcanzan a institucionalizarse legalmente contra la Constitución nacional originaria. Todos ellos son fuerzas sociales inconscientes que laten en las mayorías populares y que dificultan, cuando no paralizan, la consolidación de un orden económico de mercado y un sistema político democrático, republicano y federal de gobierno.

IV. DANIEL LARRIQUETA (*"La República de las culturas"*)

1. El expositor resumió los principios e ideas contenidas en sus libros *"La Argentina Renegada"* y *"La Argentina Imperial"* (Sudamericana, Debolsillo, Buenos Aires). De acuerdo a su fundamentada exposición el proceso histórico dentro del cual nació la Argentina y su evolución posterior, aparece como el enfrentamiento y el complemento de dos culturas: **una**, cuyo centro político y económico era Santa Rosa de Lima (*cultura tradicional hispánica*) y **otra** iniciada desde el centro opuesto radicado en la relativamente minúscula Ciudad de Buenos Aires, destinada a expandirse por toda América hispánica (*innovadora cultura rioplatense*).

2. El autor no se detuvo en analizar la relación en la evolución y enfrentamiento de ambas culturas con los diversos sistemas de propiedad del suelo, el destino dado valor de la tierra y el sistema de recursos del Estado.

V. COMENTARIOS DEL RELATOR.

1. A juicio del relator, los cuatro expositores han omitido la necesaria consideración a una delicada y fundamental cuestión tridimensional, cada vez más aguda en la sociedad moderna y patética en el caso de la historia Argentina. Me refiero al conjunto formado por el *sistema de acceso al suelo (rural y urbano) por parte de sus habitantes, el destino de su mayor valor y el sistema de recursos del Estado*, necesario para que los gobiernos satisfagan la demanda de bienes públicos y – además - *la relación de este triple conjunto de soluciones legales con la forma del orden económico, del político y de la cultura que, de hecho y por su causa se han conformado en la sociedad argentina*.

2. Juzgo que corresponde señalar esa omisión. En reciente declaración Presidente de la Comisión Episcopal de Pastoral Social Monseñor Giaquinta, tras preguntarse *"Cuál es la relación que el hombre argentino tiene (con la tierra)*, responde con esta contundente frase:

"A juzgar por la enorme extensión de la superficie de la República, su relativa escasa población, la alta concentración de la misma en el Gran Buenos Aires y en la mayoría de las capitales provinciales: no dudo en decir que esa relación en mala. Posiblemente, una de las peores en América Latina, y tal vez en el mundo entero"

3. Dada la alta calidad de los expositores, tal omisión no puede ser atribuida a una falla subjetiva. Conviene verla como el *efecto de un orden cultural* que no valoriza aquellas cuestiones, lo cual plantea un verdadero *problema educacional* en la tarea de forjar una democracia republicana y federal.

4. Esta cuestión de la educación, en un sentido amplio, cobra singular importancia si se tienen en cuenta importantes propuestas efectuadas en nuestro Seminario, a favor de la "meritocracia", como las hechas por el Dr. Eduardo Conesa. Los expositores no han reconocido tampoco en su justa proporción los efectos en evolución histórica del país de "*la calidad de los funcionarios de carrera a cargo de la administración gobierno*".

5. Esta calidad, tanto desde el punto de vista de la *preparación de las personas*, como las *formas de organización* de la administración, afecta indudablemente la viabilidad de la democracia, la república y el federalismo. En la exposición de Guillermo Sandler se mostró el existente "caos organizativo" a nivel del gobierno nacional. Este desorden puede impedir el logro de políticas meritocráticas, las que deben ser apoyadas no solo mejorando la calidad de los funcionarios sino reformando la organización estatal de un modo favorable a la democracia, la república y el federalismo. .

6. Estas reflexiones procuran poner de manifiesto que la transdisciplinariedad escasea en general, cuando no falta de modo visible, en el estudio del complejo mundo del que se ocupan las ciencias sociales.

Julio 4 de 2001



SEMINARIOS PERMANENTES DE INVESTIGACIÓN

Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" | Año I, Número 1, Invierno 2007

DERECHOS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Directora: Dra. Laura Pautassi

Coordinadores: Lic. Pilar Arcidiácono; Lic. Esther Levy; Lic. Carla Zibecchi.

E- Mail: lpautassi@arnet.com.ar; carlazibecchi@hotmail.com

Objetivos:

- Analizar y discutir las interrelaciones entre los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y las políticas públicas aplicadas en Argentina, con especial énfasis en políticas sociales y económicas.
- Precisar las vinculaciones entre las estrategias de fortalecimiento de los sistemas de protección de derechos, la incorporación de estándares jurídicos y el marco de las políticas públicas.
- Conocer las interrelaciones entre la lógica subyacente del enfoque de derechos y la responsabilidad del Estado, tanto a partir de la existencia de mecanismos de contralor y rendición de cuentas, como de garantías ciudadanas.

Programa de actividades para 2007

El Seminario Permanente "Derechos sociales y Políticas Públicas" inició sus actividades el lunes 19 de marzo de 2007 en la sede del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", previéndose su finalización para fines del mes de noviembre del corriente.

Está destinado a docentes, investigadores, estudiantes de doctorado, becarios y alumno/as de la Facultad de Derecho, así como de otras instituciones que investigan problemáticas vinculadas a disciplinas afines.

La dinámica de trabajo propuesta incluye reuniones con una frecuencia quincenal los días lunes de 18:00 a 20 horas en las cuales se llevan adelante exposiciones y comentarios de textos e informes sobre

diferentes núcleos teóricos a cargo de los responsables del Seminario. Asimismo se realizan presentaciones de invitados especiales en las diversas áreas temáticas abordadas por el Seminario, tales como:

- Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Sistema Interamericano de DDHH.
- Enfoque de derechos a la luz de la teoría crítica.
- Definiciones básicas de Estado y Políticas Públicas.
- La nueva administración pública.
- Ciudadanía y exclusión: viejos y nuevos debates.
- El derecho a la protesta.
- Participación judicial de mujeres en Argentina.
- Programas sociales focalizados: Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados
- Estándares de derechos aplicados a Políticas Sociales
- La ceguera de género en los programas sociales.
- Las experiencias recientes en el campo de las políticas públicas de Formación Profesional.
- La educación en las Cumbres de las Américas y en los Tratados de Libre Comercio.
- Problemas clásicos y actuales vinculados con el derecho al trabajo.
- Economía del cuidado.
- Familias monoparentales: regulación legal.
- Desafíos actuales en materia de Derechos y Políticas.

SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LOS DAÑOS EN LA SOCIEDAD ACTUAL

Directoras: Lidia Garrido Cordobera y Ana Kunz

Secretario: Pablo Di Iorio

E-Mail: sociedadactual@derecho.uba.ar

Revisten el carácter de **Miembros de este Seminario:**

- Alves Silva, João
- Anselmi Cabral, Graciela Inés
- Barocelli, Sebastián
- Castagnola, Yamila
- Cozzi, Eugenio
- Cracogna, Gerónimo
- Di Iorio, José Pablo
- Ferrer, Esther Silvia
- Krieger, Walter
- Marina, Susana Gloria
- Parra, Ricardo
- Pereiro de Grigaravicius, María Delia
- Prieto Molinero, Ramiro
- Capalbo, Sofía
- Torres Santomé, Natalia Eva
- Olexyn, Virginia Carolina

Este Seminario fue diseñado para abordar los diferentes problemas que la sociedad plantea y sobre los cuales el derecho debe operar para obtener una evolución del sistema jurídico, en esta línea se han puntualizado objetivos y un temario tentativo no excluyente de problemas con la idea de ir adecuándolo a las realidades sociales.

Son los Objetivos:

- Plantear la problemática de la sociedad actual como fuente generadora de daños

- Promover las discusiones fundadas y la realización de tareas de exploración por parte de los miembros respecto de los problemas ya mencionados.
- Trabajar en la noción de desarrollo humano sustentable o sostenible para armonizar la aparente dicotomía desarrollo vs. problemas sociales y calidad de vida.
- Analizar los principios de precaución y de prevención a diversos supuestos.

El temario de Problemas del Seminario:

- Daños y Riesgos, producidos por el desarrollo tecnológico (casos de PCBs, transgénicos, uso y residuos de material informático, celulares)
- Hechos violentos (huelga, piquetes, patotas, violencia escolar)
- Nuevos medicamentos, sustancias y riesgo de desarrollo (DES, talidomina, nanotecnología, etc.)
- Daños ambientales con un enfoque interdisciplinario (contaminación, residuos, cambio climático, pérdida de la biodiversidad, inundaciones)
- Cuestiones bioéticas (concepción, inseminación artificial, eutanasia, testamento vital)
- Otros daños ligados a la sociedad actual.

En cuanto a la Metodología y la transferencia:

Siendo un grupo que se enriquece con diferentes perfiles de sus componentes en las áreas de metodología, sociología, derecho, (civil, penal, ambiental, bioética, economía), y pertenecer a diferentes áreas y profesiones investigadores, profesores y abogados se adoptó como sistema de funcionamiento para cada reunión:

- Exposición y debate
- Realización de reuniones informativas en el ámbito del Instituto Gioja acerca de los avances realizados o de los problemas planteados
- Propuestas a los problemas ya debatidos.

En esta línea podemos señalar la **firma del Acuerdo de cooperación entre el Seminario de Investigación Permanente sobre los daños en la sociedad actual y el Instituto Federal de Estudios Parlamentarios del Honorable Senado de la Nación** el 19 de diciembre en la sala de reuniones "Juan B. Alberdi" del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja el Protocolo N° 1 dentro del Convenio de Cooperación existente entre la Facultad de Derecho y el Honorable Senado de la Nación.

El Protocolo fue suscripto por el Dr. **Carlos M. Cárcova** (Director del Instituto Gioja), la Dra. **Lidia M. R. Garrido Cordobera** (Directora del Seminario) y, en representación del Instituto Federal de Estudios Parlamentarios, los Licenciados **Martín Ferré** (Presidente) y **Marcelo Pompeo** (encargado del vínculo con las universidades).

En el convenio, las partes acordaron consolidar un ámbito permanente de estudio, producción y colaboración destinado a generar nuevos conocimientos en el área del derecho de daños.

Asimismo, los objetivos específicos de las actividades a realizarse serán la de instalar en el ámbito parlamentario la problemática de los daños en la sociedad actual, la de posicionarse como centro de referencia en la producción de conocimientos y en la formación de recursos humanos especializados en dicha problemática y la de constituirse como centro de consulta en los temas que atañen estas problemáticas ante una eventual reforma legislativa.

Se han producido reuniones quincenales abordándose y debatiendo los temas de:

- **Visión Moderna de la Responsabilidad Civil**

Exposición: Lidia Garrido Cordobera

- **Visión clásica de la Responsabilidad Contractual**

Exposición: María Delia Pereiro de Grigaravicius

- **Derecho Anglosajón**

Exposición: Ramiro Prieto Molinero

- **Contagio de Sida y Responsabilidad Civil**

Exposición: Ricardo Parra

- **Problemática Ambiental**

Exposición: Sebastián Barocelli

- **Panorama del Derecho Ambiental en el Mercosur**

Exposición: Natalia Torres Santomé

- **Análisis del Proyecto de modificación de la ley de consumidores y su comparación con la ley brasilera**

Exposición: João Alves Silva

- **El enfoque sistémico en las disciplinas científicas. Una primera aproximación a la cuestión**

Exposición: Yamila Castagnola

- **La articulación entre enseñanza e investigación del derecho (Texto Dra. Nancy Cardinaux)**

Exposición: Virginia Carolina Olexyn

En cumplimiento de nuestros objetivos se ha presentado un proyecto de Modificación a la Ley de Consumidores producto de dicho seminario que pretende lograr una armonización en el tratamiento del corrimiento del velo societario y su aplicación en el ámbito de la defensa de los consumidores y usuarios.

También se procedió a la discusión pormenorizada de los Proyectos de modificación Penal en el tema ambiental y la ley de consumidor y diseñado una publicación sobre los temas que han sido expuestos y debatidos en las sesiones

Durante el año 2007 se ha decidido dedicar las primeras reuniones a las teorías sistémicas, la interrelación de la noción del Derecho con la investigación y la enseñanza, reflexionar sobre los sistemas jurídicos y la interpretación de la Ley por el Juez y el planteamiento de las cuestiones bioéticas

Más información

Facultad de Derecho - 1er. Piso

Horario: Lunes a Viernes de 9 a 20 hs

Dirección: Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Teléfono: 054-11-4-809-5629/5632

E-mail: sociedadactual@derecho.uba.ar

REGIMEN LEGAL PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS

Director: Dr. Raúl Aníbal Etcheverry

Coordinadora: Liliana Araldi

Miembros: Maria Soledad Amari Green, Adriana Daroqui, Santiago Allovero

E-Mail : sippymes@derecho.uba.ar

Objetivos:

El objetivo principal de esta investigación es tratar de proveer a la Pequeña y Mediana Empresa Argentina de herramientas que le permitan mejores condiciones en cuanto a su constitución (proponiendo que sea menos onerosa y mas expeditiva), mayor flexibilidad en cuanto al régimen jurídico que las contiene, un plan para tratar de maximizar el fomento, incentivar al empresario para que se ocupe y preocupe por el contexto en el cual desarrolla su actividad (se ha comprobado en base a distintas actividades realizadas en la investigación que el empresario muestra una gran apatía en cuanto a este tema). Crear un entorno más propicio tanto para el funcionamiento como para la competitividad de las PYMES.

Resumen de actividades realizadas

- Análisis de la legislación Argentina sobre las Pequeñas y Medianas Empresas.
Conclusiones.
- Análisis de la legislación comparada. Conclusiones.
- Entrevista con el Dr. Ernesto Barugel, Licenciado en Administración de Empresas y Master en Finanzas de la Universidad del CEMA.
- Exposición del Dr. Barugel, en Septiembre de 2006 en el Salón de Usos Múltiples del Instituto Gioja.

- Entrevista con el Dr. Vicente Lourenzo, Secretario General de la Cámara Argentina de la Mediana Empresa (CAME).
- Exposición del Dr. Lourenzo en Octubre de 2006 en el Salón de Usos Múltiples del Instituto Gioja.
- Análisis de la doctrina referida al tema. Conclusiones.

Programa de Actividades para el año 2007.

- Recopilación de datos y documentos
- Estudio del Derecho comparado.
- Entrevistas con profesores españoles de la Universidad Carlos III de Madrid durante el mes de Junio de 2007.
- Exposición de profesores españoles de la Universidad Carlos III de Madrid, durante julio 2007 en el Instituto Gioja, quienes describirán la experiencia española con la denominada LNE (Ley de Nueva Empresa) y con los Medios Telemáticos.
- Análisis comparativo entre el Régimen Argentino para las Pymes y el Régimen Español.
- Conclusiones

SEMINARIO TRANSDISCIPLINARIO PERMANENTE: ARGENTINA: PODER, ESTADO, POBREZA Y DISTRIBUCIÓN

Coordinadores: Carlos Alberto Mallmann y Tulio Ortiz

Miembros: todos los asistentes, particularmente los regulares

E-Mail: stp@derecho.uba.ar

Objetivos:

El objetivo del seminario es plantear el problema del Estado nacional argentino como parte de una problemática mayor que articula este tema con los problemas de la sociedad, la economía, la cultura, la política, la pobreza, la distribución y el poder. Se trata asimismo de inscribir este conjunto de problemas en un enfoque tanto histórico como prospectivo, con el objeto de alcanzar mejores explicaciones ante la profusión de hechos puntuales que merecen una inserción no sólo en el corto plazo sino también en el mediano y largo plazo.

De tal modo que el referido objetivo de este seminario sea llevar a cabo reuniones en que los asistentes junto con el o los expositores reflexionen sobre la problemática histórico-prospectiva de Argentina y su inserción mundial para ir formando sus visiones transdisciplinarias de la misma y mediante ellas mejorar su contribución a la construcción de una sociedad mas justa, democrática, pacífica, sustentable, etc., todo ello en vista a la concreción en el futuro de publicaciones o inserción en eventuales proyectos Ubacyt.

También es propósito del seminario convocar a especialistas e interesados en estas cuestiones, para discutir y proponer teorías y paradigmas que contemplen las visiones tanto disciplinarias como las inter y transdisciplinarias; y ofrecer más las más relevante preguntas y respuestas frente a los obstáculos y dificultades que afectan los conocimientos y las prácticas sociales posibles.

Para ello es indispensable que los expositores y asistentes, formados en las más diversas disciplinas científicas, humanísticas, artísticas y tecnológicas, compartan su saber y tengan la vocación de trascender sus visiones parciales de la Argentina para integrarlas en visiones integrales de la misma.

Resumen de actividades realizadas:

El Seminario comenzó sus actividades en el mes de Septiembre del año 2005. Desde entonces se llevaron a cabo 34 reuniones donde un expositor exponía su punto de vista y conclusiones sobre una de las problemáticas de la temática del seminario y luego se discutía entre los presentes, pertenecientes a diferentes disciplinas, los puntos de vista presentados.

Para dar una idea de la diversidad de problemáticas analizadas la siguiente es la clasificación en sub-esferas de las exposiciones del año 2006:

Existencial: Sanitaria, Habitacional y de Seguridad: 2 Reuniones;

Axiológica: Ética, Estética, Histórico-Teleológica: 6 Reuniones;

Política: Gubernamental, Legislativa, Partidaria: 11 Reuniones

Económica: Ocupacional, Productiva y Financiera: 2 Reuniones

Cultural: Cognoscitiva y Creativa: 3 Reuniones

Ambiental: Natural, Rural, Urbana y Espacial: 5 Reuniones

De algunas de las exposiciones realizadas tenemos textos proporcionados por los expositores.

Programa de actividades para 2007:

Actualmente se sigue con estas actividades poniendo énfasis en la asignación de prioridades a los problemas de nuestro país y después de analizarlos sugerir soluciones a los mismos.



PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN

PROYECTO UBACYT D018

2004-2007

Título del Proyecto: "SINERGIAS AMBIENTALES ENTRE LAS AGUAS CONTINENTALES Y LAS MARÍTIMAS. DE LA PREVENCIÓN A LA RESPONSABILIDAD Y DE LAS NORMAS CONSUECUDINARIAS AL DERECHO SUSTANTIVO (CON ESPECIAL REFERENCIA A SUDAMÉRICA Y EL MERCOSUR)"

Director:

CAPALDO, Griselda D. (Doctora en Derecho, CONICET)

Integrantes:

BESALÚ PARKINSON, Aurora (Co-directora, Doctora en Derecho)

GÓMEZ MASÍA, María Cecilia (Co-directora, Abogada)

BIAGI, Marta (Doctora en Ciencias Políticas – CONICET)

PERRET, Gimena (Antropóloga, Becaria CONICET)

VIGEVANO, Marta R. (Abogada)

MINAVERRY, Clara (Abogada)

MORALES, Ana Luz (estudiante de Derecho)

MARTÍN, Viviana G. (Abogada, ex-becaria doctoral CONICET)

Becarios UBACYT:

ECHAIDE, Javier (Abogado, Becario Maestría)

E-mails de referencia:

gdcapaldo@yahoo.com

gcapaldo@derecho.uba.ar

Institución:

UBA - Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja

Resumen:

El agua es un recurso indispensable para el desarrollo de las especies y los ecosistemas, además de ser un elemento esencial para la calidad de vida y la salud humana.

Como objeto de estudio, el agua puede ser abordada desde múltiples miradas. De entre ellas, el presente proyecto ha puesto énfasis en las perspectivas antropológica, sociológica, y jurídica y, dentro de esta última, ha tomado en cuenta los discursos ambientalista, internacionalista, civilista y maritimista.

Objetivo general:

Analizar, desde una estrategia intra e interdisciplinaria, la reciente evolución del Derecho de Aguas en Sudamérica, con especial referencia al MERCOSUR.

Esta referencia al MERCOSUR se apoya en una doble singularidad:

- que sus 4 Estados miembro estén surcados por la CUENCA DEL PLATA, una de las cuencas hidrográficas transfronterizas más importantes del mundo, y la segunda en importancia del continente americano; y
- que sus 4 Estados miembro estén apoyados sobre el mismo acuífero confinado, el GUARANÍ.

La denominación *intra-disciplinaria* la aplicamos a la descripción de las sinergias jurídicas entre diferentes disciplinas del derecho; y en ese sentido el objetivo general es analizar cómo los institutos legales del Derecho de Aguas interactúan con aquellos que proceden del Derecho Internacional Público, del Derecho Civil, del Derecho del Mar, del Derecho Ambiental y del Derecho Marítimo.

En tanto que la denominación *interdisciplinaria* la destinamos a explicar las sinergias del derecho con otras disciplinas extra-jurídicas (la antropología y la sociología); y en ese sentido el objetivo general consiste en analizar cómo es la representación social del agua, tanto desde lo urbano como desde las comunidades indígenas.

Objetivos específicos:

- a)** identificar, describir y analizar las prácticas consuetudinarias y los mecanismos institucionales de acceso a la justicia en materia ambiental en los 4 estados miembro del MERCOSUR.
- b)** explorar e identificar cuál es la representación social del agua por parte de un par de comunidades indígenas y de comunidades urbanas ribereñas (a identificar).
- c)** identificar, en la legislación y la jurisprudencia de una muestra representativa de Estados ribereños, cómo se operacionalizó la implementación de los principios del Programa Global de Acción del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Hipótesis:

El enfoque jurídicamente escindido del agua respecto de su representación social, es uno de los factores contribuyentes de las deficiencias en el manejo ambiental integrado y sustentable de ese recurso en el MERCOSUR.

Metodología:

Originalmente esta investigación estaba dividida temporalmente en dos etapas: durante el bienio 2004-2005 se desarrollarían los aspectos descriptivos y durante el bienio 2006-2007 los explicativos.

En la reformulación del proyecto, esta división temporal fue re-examinada, debido a que la incorporación tardía al grupo de una antropóloga y de una socióloga y politóloga (desde fines de 2004 y principios de 2006, respectivamente), trajeron al proyecto nuevos elementos descriptivos que no habíamos considerado antes. Lo mismo sucedió con la incorporación de dos jóvenes abogados y una estudiante de derecho entre fines de 2006 y principios de 2007, cuyos aportes suman nuevos discursos. De modo que en este segundo bienio lo descriptivo convivió con lo explicativo.

Para operacionalizar los objetivos de la investigación se apeló a una doble triangulación teórica y metodológica (N. K. Denzin, 1978); la primera se está llevando a cabo entre la Teoría General de la Responsabilidad de cuño romano-germánico pero actualizada por las propuestas de Benjamín Ferraz y Lorenzetti, entre otros, con las teorías de la responsabilidad de cuño maritimista e internacionalista, y la Teoría de la Adaptabilidad en la Planificación desarrollada por David Getches (1999); la segunda se realiza entre métodos cuantitativos (principalmente referencias estadísticas provistas por FAO y UNEP) y métodos cualitativos (de recolección de datos primarios y secundarios).

Avances del Proyecto:

GRISELDA CAPALDO: (a) para llevar adelante el estudio de las sinergias ambientales entre las aguas continentales y las marítimas, se tomaron como "documentos-base" los principios elaborados por el Programa Global de Acción (GPA) del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) para la prevención de la contaminación del medio marino desde fuentes terrestres. De las siete áreas trabajadas por ese organismo internacional, tres han sido las analizadas hasta el momento: los programas nacionales de acción, el turismo y el manejo de las aguas servidas municipales. Dado que el PNUMA sólo elaboró principios generales, sin detenerse a precisar cómo trasladarlos al orden interno de los Estados, el trabajo realizado consistió en identificar y describir las líneas de acción concretas que debieran ser tomadas en cuenta para operacionalizar aquellos enunciados generales en normas jurídicas precisas.

(b) Dentro del contexto de la Cuenca del Plata, se analizaron todos los documentos (vinculantes y no vinculantes) elaborados durante los últimos 75 años por los cinco Estados ribereños para regular, administrar, y utilizar los recursos hídricos del sistema formado por los tributarios y afluentes de los ríos Paraguay, Paraná, Uruguay y de la Plata.

Estos datos se cruzaron con otros procedentes de la legislación interna de cada ribereño, a fin de detectar cláusulas ambientales en sus Constituciones y leyes generales, y con todos aquellos Convenios internacionales ambientales que, directa o indirectamente, tengan puntos de contacto con el manejo y los usos del agua.

AURORA BESALÚ PARKINSON: En cuando a los aportes que el Derecho Civil puede ofrecer al encuadre jurídico del agua, se analizó la naturaleza jurídica de las aguas desde la perspectiva del derecho privado en la Argentina, tomando en consideración la regulación de los artículos 2311 y siguientes del Código Civil. También se estudió su condición jurídica (pública o privada), en general, y la de las aguas subterráneas, en particular, identificando y resolviendo los problemas constitucionales que se plantean como consecuencia de la violación de los derechos de propiedad. Por otra parte, su investigación también examina la atribución del dominio y de la jurisdicción sobre las aguas en Argentina y los conflictos que se suscitan a este respecto.

GIMENA PERRET: desde una perspectiva antropológica, se indagó acerca de la representación social del agua haciendo foco, en esta primera etapa, en las representaciones construidas en el medio rural, particularmente en comunidades aborígenes.

Partiendo de la problematización de la relación hombre-naturaleza y reconociendo los aportes teórico-metodológicos que la antropología ha realizado desde la década del '60 a este campo de estudio, se tomaron ciertos ejes problemáticos que guiaron una primera aproximación etnográfica -realizada en agosto de 2005- a una comunidad Toba ubicada en el oeste de la provincia de Formosa. La forma y el tipo de uso que hacen los miembros de la comunidad de los recursos naturales (especialmente del río), el impacto de la incorporación de nuevas prácticas productivas en la región, la subsistencia y su organización para el logro de la reproducción social y material y la presencia de conflictos por la apropiación y gestión de los recursos, fueron algunos de ellos.

MARTA BIAGI: Las situaciones de escasez de recursos naturales inducen dos formas de comportamientos posibles: individuales y/o comunitarios. La importancia de conocer los factores que influyen en ambos comportamientos, permitirá acciones efectivas por los poderes públicos o privados del sector. La sociología es una de las disciplinas que está realizando interesantes hallazgos en este tema y en particular desde la teoría de las representaciones sociales.

En la noción de representación social concurre la idea de un saber que orienta la práctica, y de ahí su importancia para la vida social y las decisiones comunes.

Esta perspectiva permite conocer cuales son las construcciones de conocimiento elaboradas comunitariamente y compartidas en una misma cultura, acerca del agua.

En línea con esta idea, mostraremos los avances de un estudio de caso en el que analizamos las representaciones sociales del agua en Gualeguaychú.

MARTA VIGEVANO: Desde una perspectiva jurídica, en esta investigación se tomó como punto de partida la importancia que reviste -para la población mundial- el acceso al agua como medio de desarrollo. Ello sólo puede realizarse a través de políticas de gestión de integración y de administración que consideren a las aguas superficiales y las aguas subterráneas como un todo interdependiente, y

teniendo en especial consideración que la degradación de unas provoca inevitablemente el deterioro de las otras.

Siguiendo esta premisa, se realizó un análisis empírico e interdisciplinario del Acuífero Guaraní como un recurso natural compartido. Primero se estudiaron aspectos geológicos e hidrológicos, para luego analizar la problemática de la contaminación y, a partir de esta situación, establecer qué normas son aplicables. Se arribó a la conclusión que la ausencia de tratados internacionales específicos que obliguen a los cuatro Estados (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) bajo cuyos territorios se encuentran las aguas subterráneas contenidas en el Acuífero Guaraní, puede suplirse eficazmente con lo dispuesto en sus legislaciones internas sobre utilización sostenible y protección de las aguas superficiales y subterráneas y con otros tratados regionales e internacionales que consagran la protección del medio ambiente en general y de las aguas en particular.

JAVIER ECHAIDE: El objetivo de esta sublínea de investigación sobre “el agua como mercancía en el sistema multilateral de comercio”, es estudiar las estrategias que se han desarrollado desde la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1995 en cuanto a un avance en la mercantilización del agua potable. En este sentido se analizarán las implicancias que derivan del hecho de que este bien sea tratado como mercancía dentro del régimen de liberalización propuesto por el sistema multilateral de comercio.

Para ello nos centraremos en el estudio de acuerdos específicos que involucran al agua dentro de la OMC, bajo tres ejes centrales: acceso a mercados, servicios, e inversiones.

A su vez, los objetivos específicos son: (a) Indagar el tratamiento que se le otorga al agua potable y su suministro dentro de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC); (b) Identificar los impactos de las negociaciones de libre comercio dentro de la OMC en los distintos usos del agua; (c) Reflexionar acerca de las posibles consecuencias de considerar al agua como mercancía.

CLARA MINAVERRY: En esta sub-línea de investigación dentro del proyecto marco D-018, se está analizando el fenómeno de la corrupción en la gestión del agua dulce en Sudamérica.

Nuestro objetivo es analizar el actual funcionamiento del mercado del agua en Sudamérica e indagar sus bases empíricas, teniendo como objetivo específico detectar casos de corrupción en la gestión del recurso natural, así como tomar registros de la legislación y jurisprudencia nacionales e internacionales vigentes en un número selecto de países sudamericanos, vinculados a la gestión y al mercado del agua dulce.

Este sub-proyecto se basa en el análisis de estadísticas, jurisprudencia y estudios de casos sobre el tema.

ANA LUZ MORALES: Los objetivos de esta sublínea de investigación sobre “Gestión integrada del recurso agua de la Cuenca del Plata” son: (a) conocer y analizar tanto el funcionamiento como la

evolución de los organismos involucrados en la gestión del agua de la cuenca del Plata, desde una perspectiva normativa e institucional, teniendo como referente los conceptos de "gestión integrada del agua" y de "sustentabilidad", (b) detectar la recepción legal y empírica de ambos conceptos.

A su vez, los objetivos específicos son: (a) Identificar, describir y analizar las distintas naturalezas y funciones de los organismos creados para una gestión de la cuenca. (b) Identificar y describir la recepción normativa del Derecho Internacional referente a los usos distintos a la navegación en ríos internacionales y cuencas hidrográficas, y realizar un seguimiento comparativo entre la normativa internacional regional, y la internacional mundial. (c) Identificar, describir y analizar si, en la normativa estudiada, hay operacionalización de los preceptos y las directrices del Programa de Agenda 21.

RESULTADOS PARCIALES OBTENIDOS POR EL PROYECTO UBACYT D018:

1. Se elaboró un documento que puede ser utilizado como guía empírica para implementar los principios del GPA en la legislación nacional.

2. Se diseñó un diagrama de flujo que, como modelo parcial probable, intenta mostrar y explicar cómo el flujo de sinergias entre cinco acciones distintas debiera resultar en un mejoramiento u optimización de la observancia de las leyes ambientales.

3. Se identificaron los principios generales y las prácticas consuetudinarias reconocidas por los cinco ribereños de la Cuenca del Plata respecto del uso, manejo, protección y conservación de sus recursos hídricos transfronterizos.

4. Se estudió la condición jurídica del agua (pública o privada), en general, y la de las aguas subterráneas, en particular.

5. Se detectaron prácticas consuetudinarias reconocidas por los Estados que comparten el acuífero Guaraní contenidas en normas internacionales convencionales, o en principios generales de derecho que regulan, primordialmente, los cursos de aguas superficiales y pueden ser aplicadas a los acuíferos.

6. Desde el punto de vista antropológico, sobre la base de los datos primarios y secundarios obtenidos, puede sostenerse que la generación de políticas de desarrollo sustentable en convergencia con la creciente expansión de la frontera agraria son fenómenos que estructuran y condicionan la dinámica de la relación de la comunidad toba con su medio natural y por lo tanto también las representaciones sociales en general y en particular del agua en tanto recurso natural.

7. Se realizaron entrevistas a distintos actores sociales de la localidad de Gualeguaychú a fin de detectar cuales son las construcciones de conocimiento elaboradas comunitariamente y compartidas sus habitantes acerca del agua. Este estudio tiene por objeto comparar sus resultados con los de otra investigación internacional conducida en Francia, en la que se analizaron las representaciones sociales en seis culturas urbanas.

8. Se verificó que en ciertos países sudamericanos (concretamente, en Chile, Perú, Ecuador y Colombia) la corrupción en el manejo y administración del agua –si bien similar a la que ocurre en cualquier otro ámbito- tiene las siguientes peculiaridades: ineficiencia o falta de cuidado en la elección del lugar de extracción del agua; determinación de los mapas y de los nuevos usuarios del recurso; imposibilidad de la población local de participar en la administración de la misma favoreciéndose en el acceso del agua a ciertos grupos minoritarios y poderosos, en lugar de ayudar con este proceso a los más pobres y necesitados del recurso.

9. Con fondos de la Agencia de Promoción Científica y Tecnológica, el 29 y 30 de mayo de 2006 se organizó el Primer Taller Internacional sobre Sinergias Ambientales entre las Aguas Continentales y las Marinas.

10. Se editó el libro "Sinergias Ambientales entre las Aguas Continentales y las Marinas", donde se recogen las memorias del citado Taller. La versión electrónica bilingüe español/inglés puede descargarse desde las páginas:

www.modelo-mar.org/ss_esp/mare-magnum.htm

www.sea-sky.org/ss_esp/mare-magnum.htm

PROYECTO UBACyT D811

2006-2009

Título del Proyecto: ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN ESPACIOS INTEGRADOS (EN PARTICULAR EN EL MERCOSUR) – Proyecto UBACyT D811

Directora: Sara Feldstein de Cárdenas

Integrantes:

Candelario Macías, María Isabel – Investigadora Formada

Farinati, Alicia N. - Investigadora Formada

Medina, Flavia A. – Tesista

Palacio, Susana – Investigadora Formada.

Rodríguez, Mónica S. – Tesista

Scotti, Luciana B. – Becaria de Investigación/ Tesista (CONICET)

Becaria: Scotti, Luciana B. (becaria doctoral CONICET)

E-mail de referencia: sfeldste@derecho.uba.ar

Institución: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" (Facultad de Derecho)

Resumen:

La profundidad del cambio tecnológico y su cada vez mayor y más rápida aplicación al comercio están construyendo nuevos caminos y mercados para hacer negocios, posibilitando el surgimiento de una nueva modalidad de comercio: el comercio electrónico, cuyo sustrato es Internet. Ello torna virtualmente posible superar las barreras del tiempo y espacio, cambiando las formas tradicionales de hacer negocios y planteándonos una novedosa problemática respecto al tratamiento jurídico que este debe merecer, dada su natural vocación internacional. Sin embargo el desarrollo de estas revolucionarias prácticas comerciales no ha generado, sin perjuicio de la existencia de importantes esfuerzos en etapa de elaboración, el desarrollo paralelo de un marco legislativo uniforme que regule estas transacciones y proporcione medios

para solucionar las controversias que a consecuencia de ellas se puedan producir, y brinden soluciones en lo atinente a la ley aplicable y la jurisdicción internacional competentes.

A su vez, este avance tecnológico de la informática y la expansión de redes han permitido un incremento exponencial del comercio electrónico internacional de bienes y servicios en los espacios integrados, entre ellos, en el MERCOSUR. No obstante, en nuestra región no contamos aún con una adecuada, específica legislación que dote de seguridad jurídica a estas transacciones y sirva de instrumento para resolver las eventuales controversias, situación que no permite que se aprovechen las posibilidades que el comercio electrónico brinda como alternativa para el incremento de las exportaciones así como para la circulación de bienes, servicios, capitales, y personas como recurso estratégico adicional para el crecimiento integrado de los Estados que conforman el espacio.

Objetivos generales

- Analizar y justificar la necesidad de la armonización legislativa en materia de contratos electrónicos en el MERCOSUR, a la luz de los resultados obtenidos a través del desarrollo del presente proyecto propuesto.
- Proponer un modelo de legislación en materia de contratación electrónica, ley aplicable y jurisdicción competente, para el MERCOSUR que sea compatible con las prácticas, modelos y legislación de la comunidad internacional aplicables a la materia.

Objetivos específicos

- Analizar la posible aplicación de los criterios clásicos sobre ley aplicable y jurisdicción competente en materia de contratos internacionales a los contratos electrónicos.
- Buscar y examinar los obstáculos que presenta la aplicación de tales criterios y su eventual superación a través de leves correcciones que permitan su adaptación a la contratación electrónica.
- Analizar las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna y convencional como así también los proyectos de reforma en la materia en la República Argentina, y los marcos normativos vigentes en otros Estados, en espacios integrados como la Unión Europea y demás instrumentos sobre esta problemática tales como leyes modelo, guías, convenciones internacionales.
- Propender mediante el diseño de un marco normativo adecuado el desarrollo controlado de la contratación electrónica en el MERCOSUR.
- Crear a través de la regulación específica un ambiente favorable para el intercambio de bienes, servicios, capitales, personas.

Hipótesis

- La contratación electrónica es un área pertinente de armonización legislativa en los términos del art. 1° del Tratado de Asunción en tanto incide de manera directa en el desarrollo económico y social del MERCOSUR.
- Los criterios tradicionales adoptados por el Derecho Internacional Privado sobre contratos internacionales, en principio, proporcionan vías de solución idóneas en materia de contratación electrónica internacional
 - En materia de derecho aplicable a los contratos electrónicos, la creación de un sistema de reglas nuevas, propias del espacio virtual, una suerte de "*lex electronica*" es una fuente de incertidumbre, imprevisibilidad e inseguridad jurídica para los operadores del comercio internacional electrónico.
 - En relación con la jurisdicción internacional en materia de contratos electrónicos, la prórroga a favor de tribunales arbitrales resulta una alternativa viable y eficaz.

Metodología:

La temática propuesta se desarrollará teniendo en cuenta las teorías, los principios, las reglas, los criterios propios del Derecho Internacional Privado y en particular dentro de la disciplina, del Derecho Comercial Internacional. Las soluciones del Derecho Internacional Privado se revelan como eficientes dado que no generan costos de transacción o conducen a largos procesos para resolver las cuestiones de derecho aplicable y jurisdicción competente al cual ajustar la resolución de las desavenencias.

Desde la perspectiva de esta disciplina, y frente al fenómeno de los contratos electrónicos internacionales cabe cuestionarse acerca de los siguientes interrogantes: ¿Es posible localizar territorialmente a las relaciones jurídicas que se entablan en el ciberespacio?, ¿Cómo se determina el momento y el lugar de la celebración de un contrato electrónico?, ¿En qué momento se puede considerar perfeccionada la voluntad de los contratantes de un "cibercontrato"?, ¿Cuál es el lugar de ejecución de un contrato celebrado por medios electrónicos?, ¿En qué momento se considera efectuado el cumplimiento de un contrato de este tipo? , ¿Cuál es la ley aplicable al fondo y a la forma de un contrato electrónico?, ¿La autonomía de la voluntad es un principio aplicable a los contratos cibernéticos?. En tal caso, ¿rigen los mismos límites a su ejercicio, tales como el orden público internacional, las normas de policía, el fraude a la ley, la protección a las personas consideradas jurídicamente más débiles como son los consumidores? ¿Cómo operan, entonces, estas limitaciones al mencionado principio? ¿Los criterios tradicionales del Derecho Internacional Privado pueden aportar soluciones a la problemática de la contratación electrónica? ¿Aquellos son aplicables pero con ciertas correcciones, adaptándolos a esta nueva modalidad contractual? ¿O debe crearse un nuevo sistema, original para regular los conflictos en materia contractual en el espacio virtual? ¿Quién es el juez competente en materia de contratos electrónicos? ¿Es posible la prórroga de jurisdicción? ¿Se podría prorrogarla a favor de árbitros? ¿El arbitraje es un mecanismo idóneo

para la resolución de controversias vinculadas a los contratos electrónicos?, ¿Internet puede servir de mecanismo apto para la solución de las "ciberdisputas" a través de una suerte de "cibertribunal" arbitral?

Toda esta serie de múltiples interrogantes cabe formularse en el espacio integrado del MERCOSUR dado que en el nivel regional no existen normas diseñadas específicamente como marco de reglamentación jurídica, como regulación de los contratos internacionales en general, ni en materia de contratación electrónica, en particular.

PROYECTO UBACYT TD028

2004-2007

Título del proyecto: "LOS SISTEMAS AGROALIMENTARIOS LATINOAMERICANOS Y EL DESARROLLO CIENTÍFICOTECNOLÓGICO ANTE LA PRETENDIDA FUNCIONALIDAD DEL COMERCIO MUNDIAL. ADECUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS AL DESARROLLO HUMANO".

Directora: Dra. Beatriz Nuñez Santiago

Integrantes: Dr. Eduardo A. Pigretti, Dra Marta Andrich, Doctorandas Alejandra Mpolas Andreadis, Maria Victoria Zarabozo y María Soledad Casals, Abogada Especialista Dolores María Duverges y Abogada Viviana Elsa Figueroa.

E Mail: gioja@derecho.uba.ar

Institución: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja.
Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires

OBJETIVO GENERAL Y METODOLOGÍA EMPLEADA EN EL PROYECTO

Objetivo general

El objetivo general de ésta investigación es dar propuestas para el mejoramiento del Desarrollo Humano Latinoamericano (tomando en consideración la complejidad negativa creciente de sus situaciones sociocultural, socioeconómica, científico técnica e incluso, jurídico normativa como efecto directo de las relaciones comerciales internacionales que han dado por resultado mayor divergencia entre los dos desarrollos de un mismo mundo globalizado) a través de recomendaciones de Políticas, incorporadas institucionalmente al Orden Comercial Mundial que determinen sistemas agroalimentarios sustentables comprensivos de los criterios de las poblaciones de la Región sobre la actividad agrícola y el conocimiento ancestral de implementación de estos criterios para que ,de las obligaciones que derivan, resulte Derecho Justo, Equitativo, Ético, Razonable.

Continuando con la misma línea de investigación de Proyectos anteriores, se estudiarán los beneficios que pueden provocar las políticas de elección de sistemas agroalimentarios sustentables

incorporados (con discernimiento, intención y libertad) a las relaciones económico-comerciales internacionales como nuevos valores a un proceso de búsqueda del desarrollo humano que se proyecte para las generaciones futuras pero que atienda, fundamentalmente, al goce de las actuales .

Metodología.

Con auxilio de otras ramas del Derecho, además del Alimentario y el Ambiental (tales como: Derecho de los Recursos Naturales, Derecho Agrario, Administrativo, Internacional Privado y Público, Comercial, Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas, del Consumo, Filosofía y Sociología del Derecho) y con apoyo de la Bioética se hizo uso de la exégesis, con profundización teleológica en las actuaciones de los Gobiernos y método de la observación del interés en los relevamientos de campo, históricos, actuales y de perspectivas.

-Fuentes

-Teóricas: Normativas, Doctrinarias, Jurisprudenciales, Bibliográficas, Relevamientos Documentales, Referencias, Datos Estadísticos.

-Prácticas: Entrevistas de estudio, investigación y comparación a distintos centros de consulta, como por ejemplo: a comunidades indígenas y sus organizaciones en referencia a sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales agroalimentarias (y su interrelación con el derecho colectivo a la tierra y territorio) y los mecanismos de protección contra el uso no autorizado de las mismas; a los Organismos Gubernamentales de política indígena; a los Centros Ejecutivos de Organizaciones No Gubernamentales de Cuidado y Defensa del Medio Ambiente y de Conservación de los Recursos Genéticos, a Oficinas de Ombudsman; consultas a dependencias públicas comunales, a cooperativas agrarias, a sociedades de micro emprendimientos agrarios, a redes de productores orgánicos, consultas a la Organización Mundial de Propiedad Intelectual y se practicaran relevamientos de todos los considerandos.

Se previó asistencia técnica recíproca, para una parte del desarrollo del Proyecto, con otros Proyectos de Investigación:

. “Los Nuevos Procesos de Integración. Los Servicios Profesionales en Mercosur”, D027, Dirección Dra. Eve Rimoldi de Ladman

. “Implicancias éticas, legales y sociales del manejo de información sensible en materia de investigación genética”. Dirección Lic. Patricia Sorokin. Beca de Investigación “Ramón Carrillo-Arturo Oñativia”.

AVANCE DEL PROYECTO

Definió el objeto de ésta investigación la situación de los Estados Latinoamericanos de complejidad negativa creciente ante su relación con los Estados desarrollados en el orden comercial mundial (al cual se comprometieron en sus ámbitos nacionales y de integración bajo el principio de autonomía de la voluntad) el que establece ,en los sistemas agroalimentarios, un proceso de globalización

(aparecido como fenómeno) basado en desarrollos científicos tecnológicos privilegiando con ellos los Derechos de Propiedad Intelectual por sobre la Seguridad Alimentaria, la Conservación de la Diversidad Biológica y la Bioseguridad sin consideración por las crecientes desigualdades (agravadas por los subsidios e incentivos a la agricultura que aplican contra Derecho), demostrando ajeneidad respecto a los criterios de las poblaciones de la Región sobre la actividad agrícola y el conocimiento ancestral de implementación de éstos criterios .

-A fin de proveer al bienestar general (a través de criterios comunitarios que como responsabilidad de cada gobierno se deben verificar en las políticas públicas y no relegándolo a los asociativos del mercado) se recomendaron adecuadas estrategias institucionales para revertir el estado de situación límite dados por resultados negativos de la economía agroalimentaria ,además de por otros elementos de riesgos estructurales de los Estados Latinoamericanos, que inhabilitan para adoptar decisiones pertinentes para la vida personal y común y para hacerlas efectivas , a través de movimientos de integración social (que incluyan el criterio de interactividad de los sujetos, los grupos de sujetos y de las instituciones) intrasectorial e interdisciplinariamente en participación sistemática regularizada.

A sus efectos se recomendó bajo principios del Derecho, tales como:

- Los Derechos y Libertades consagrados constitucionalmente deben ser reales o positivos (no, formales o negativos)

- Las Políticas Públicas deben favorecer condiciones que caractericen a los miembros de la sociedad como seres noumenales (libres y racionales)

- Se continuó con el estudio del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos (diferenciando el concepto de crecimiento y el de desarrollo) bajo la premisa “la pobreza es la primera causa de contaminación” para confirmar que la protección ambiental se establece en relación con el aseguramiento de las condiciones sociales, culturales y económicas, individualizando las normas de acción operativas de protección ambiental (que redundan en conservación de la biodiversidad y la sustentabilidad del desarrollo, comprensivo del factor transgeneracional), los mecanismos de prevención de daños al ambiente, la participación ciudadana, el deber de informar así como la legitimación procesal para efectivizar la tutela judicial.

- Se profundizó el estudio de eficaces instrumentos alternativos de regulación económica bajo la crítica a los Sistemas de Mecanismo Limpio referidos a los daños ambientales que provoca el cambio climático, así como el estudio de la posibilidad de aplicación de una fiscalidad ecológica en pro de la sostenibilidad.

- Se revisaron los efectos de las bases científicas proveídas por las Normas, Directices y Recomendaciones de los Organismos de Cooperación Científico Técnico, tales como : Comisión del Codex Alimentarius Mundi (CCAM), Oficina Internacional de Epizootias (OIE) y Oficina de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (IPPC), cada uno en el ámbito de su competencia ,respecto al criterio precautorio en relación con lo establecido en los Acuerdos Multilaterales de la Organización Mundial de Comercio y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica .

- Se recomendaron a los Gobiernos de la Región actuaciones que atiendan a ítems de protección tales como: la Seguridad Alimentaria, la Conservación de la Diversidad Biológica y utilización sostenible de sus componentes atendidos por la Bioseguridad a través de prácticas sistemáticas de agricultura y producción sustentables de los que resulte desarrollo rural en el que se incluirá, entre otras variables: la protección del trabajador rural (incluidas la de las mujeres de todos los sectores rurales) y de su sustento , el control de la tierra (ello relacionado con el régimen de tenencia de tierras y reforma agraria) y de todos los recursos productivos así como la preservación de sus formas de vida a través de la participación de la comunidad rural en los procesos de decisión o definición de las propias políticas de alimentación, tierra, pesca y agricultura que sean ecológica, social, económica y culturalmente apropiadas a sus circunstancias, necesidades y demandas singulares y comunes.

- Se continuó con la investigación de los conocimientos y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y sus comunidades relacionados con los alimentos en Latinoamérica y los mecanismos de su protección. A sus efectos, se profundizará el estudio de los instrumentos adecuados para lograr el acceso al derecho colectivo indígena de la propiedad de la tierra y los medios para una protección efectiva de sus prácticas agroalimentarias tradicionales y de la información fitogenética existente y de sus obtenciones vegetales a través de un Registro Internacional, incluido en el marco del Registro Internacional de la Propiedad Intelectual, teniendo en cuenta que la conservación de la Biodiversidad es importante para mantener la identidad cultural de los pueblos y a su vez, la conservación de las culturas es el modo de mantener la sustentabilidad.

- Se estudiaron las modalidades de renegociación de los Acuerdos Comerciales Multilaterales (en especial el Acuerdo sobre Agricultura y el Acuerdo sobre Aspectos del Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, TRIPS), dada la naturaleza contractual de los mismos, bajo el Principio de Igualdad entre los Estados el que se debe manifestar a través de la Libertad en los Intercambios operativizando la distribución de beneficios en condiciones mutuamente acordadas. Ello a fin de diferenciar a las cosas que no pueden ser consideradas bienes, por tanto excluirlas como objeto del Derecho Privado.

-Se recomendó a los Gobiernos de la Región bajo pautas que impliquen no ceder ante el mecanismo instalado de demanda imperativa de adaptación a las circunstancias, no aceptar los hechos y menos legitimarlos tal cual se dan como fenómeno limitante (que ofrece el peligro de mantener en cautiverio sus creatividades condenando, como efecto, a las poblaciones a abismal distancia de sus conveniencias) al momento de decidir actuaciones transformadoras de beneficio para el desarrollo humano.

Se confirmaron las hipótesis:

Primera Hipótesis:

-Serían beneficiosas para América Latina la adopción de políticas, incorporadas a sus relaciones comerciales internacionales, que determinen sistemas agroalimentarios sustentables (proveedores de la Seguridad Alimentaria, Conservación de la Diversidad Biológica y la Bioseguridad) basados en conocimientos y prácticas tradicionales imbuidos de la cultura precautoria y no bajo la del riesgo, aseguradas por mecanismos institucionales de protección e instrumentos alternativos de control.

Hipótesis Derivada:

- La adecuación de esas Políticas funcionará como elemento para el Desarrollo Humano Latinoamericano tomando en consideración la complejidad negativa creciente de sus situaciones sociocultural, socioeconómica, científico técnica y jurídico normativa.

Segunda Hipótesis

-La pretendida funcionalidad del Comercio Mundial se logrará solo si se mantienen relaciones en plano de equilibrio horizontal de equitativa confrontación respecto de la competitividad basada en la creación de Derecho que determine situaciones justas, equitativas, éticas y razonables entre las Partes.

Hipótesis Derivada:

.Sería beneficioso para América Latina renegociar los Acuerdos Comerciales que afectan el Desarrollo Humano a fin que resulte, de la misma capacidad para adquirir derechos y obligaciones (Principio de Igualdad entre los Estados) la de comprometerse en cooperación para lograr beneficios mutuos.



CRÓNICAS

REVISTA ELECTRÓNICA
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"
Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires

REGLAMENTO

Artículo 1: La Revista tiene por fin principal ser el órgano de difusión científica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja".

Artículo 2: Saldrá publicada en forma electrónica, su periodicidad será semestral y contará con las siguientes secciones principales: Trabajos de investigación, Notas o Misceláneas, Actividades y Crónicas.

Artículo 3: Estará a cargo de:

- a) Un director que será el Director del Instituto.
- b) Una Comisión de Redacción
- c) Un Comité Científico
- d) Árbitros.

Artículo 4: Son funciones del Director:

- a) Dirigir la publicación.
- b) Nombrar a los Miembros de la Comisión de Redacción.
- c) Nombrar a los Miembros del Comité Científico a propuesta de la Comisión de Redacción.
- d) Nombrar a los árbitros a propuesta de la Comisión de Redacción.

Las funciones que en este artículo se mencionan deberán consultarse previamente con el Consejo Asesor del Instituto.

Artículo 5: Son funciones de la Comisión de Redacción:

- a) Designar los árbitros que han de evaluar los trabajos presentados.
- b) Aceptar con o sin modificaciones, o rechazar la publicación de los trabajos evaluados.
- c) Organizar el número de cada publicación.
- d) Dictar las normas de publicación y el procedimiento de evaluación de los trabajos.

Las funciones que en este artículo se mencionan deberán consultarse previamente con el Director.

Artículo 6: Son requisitos para formar parte del Comité Científico: poseer título de Doctor o trayectoria académica equivalente, producción científica significativa y reconocimiento de la comunidad científica.

El Comité podrá asesorar al Director y a la Comisión de Redacción.

Artículo 7: Son requisitos para ser árbitro: poseer trayectoria en investigación jurídica y social.

Artículo 8: Son funciones de los árbitros: evaluar la calidad de los trabajos que se presenten para su publicación y recomendar su aceptación o rechazo.

Artículo 9: El procedimiento de evaluación será confidencial.

FALLECIMIENTO DE LA DOCTORA BEATRIZ NUÑEZ SANTIAGO

El sorpresivo fallecimiento de Beatriz Nuñez Santiago, ocurrido el pasado 14 de mayo conmovió a todos los que la conocieron.

Este Instituto, del cual era investigadora permanente, siente esta pérdida de un modo particular por su perfil destacado y por estar en plena tarea intelectual.

Acababa de presentar en el mes de abril el libro "Agroalimentos y globalización", fruto de su pujanza y resultado del grupo de investigación que dirigía en su proyecto UBACyT .

Ejercía la docencia como profesora adjunta regular de la asignatura Régimen Jurídico de los Recursos Naturales y dirigía el programa de Actualización Interdisciplinario en Derecho Alimentario en el posgrado de Especialización en Recursos Naturales, ambos en esta facultad.

Consultora de organismos locales, americanos e internacionales en el área de la regulación de los sistemas alimentarios.

Autora de numerosos artículos y de los libros: *Políticas Públicas y Derecho Alimentario (del GATT a la OMC en Latinoamérica y el Caribe)* y *Derecho Alimentario (Consumidor, productor y Estado frente a la alimentación y a los productos alimentarios)* y coautora de otros muchos.

Todos recordamos con afecto la generosa personalidad de esta apreciada amiga.

Marta Andrich de Álvarez

BICENTENARIO DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO. CONSTITUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL BICENTENARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Por Resoluciones (D) N° 15.678/07 y 16.020 /07, el Decano de nuestra Facultad, Dr. Atilio Alterini, dispuso la realización de actividades académicas, de investigación y de extensión conmemorativas del Bicentenario de la Revolución de Mayo. Con esa finalidad se instrumentó la creación de la Comisión Especial del Bicentenario de la Revolución de Mayo, que será presidida por el Vicedecano Dr. Tulio Ortiz y estará compuesta por: un Comité Organizador (integrado por 5 profesores del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"), un Comité Asesor Honorario (compuesto por los Directores de los Departamentos Académicos de la Facultad y los Directores del Departamento de Posgrado y del Instituto Gioja) y un Consejo Consultivo Honorario (formado por los Profesores Extraordinarios de la Facultad). Además, se conformaron tres subcomités en el ámbito del Comité Organizador: el de Historia del Bicentenario, el de Graduados y el de Estudiantes.

Esta iniciativa llevó insita, asimismo, una convocatoria a todos los sectores de la Comunidad universitaria de la Facultad de Derecho. La dirección electrónica de la Comisión es bicen@derecho.uba.ar

SEMINARIO PERMANENTE SOBRE LA HISTORIA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" – UBA

Durante el segundo semestre de este año, el Seminario Permanente sobre la Historia de la Facultad de Derecho, coordinado por el Dr. Tulio Ortiz organiza dos importantes conferencias.

El día miércoles **15 de Agosto** de **16.30 a 18 horas** el **Dr. Thomas Duve** se referirá a **Ernesto Quesada**, en el Salón de Usos Múltiples de nuestro Instituto.

El día miércoles **24 de Octubre**, el **Dr. Alberto David Leiva** disertará sobre **la Enseñanza de la historia jurídica en la Facultad de Derecho de la UBA.**

Más información:

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" – UBA.

Facultad de Derecho - Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) - 1er. Piso

Lunes a Viernes de 9 a 20 hs

Teléfono: 054-11-4-809-5629/5632

E-mail: sphfd@derecho.uba.ar

XI JORNADAS DE INVESTIGADORES Y BECARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Facultad de Derecho - UNMDP

23, 24 y 25 de Agosto de 2007

El Instituto de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, "Doctor Carlos Santiago Nino", y el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, "Ambrosio L. Gioja", organizan conjuntamente las **XI Jornadas de Investigadores y Becarios en Ciencias Sociales**. Estas tendrán lugar en la **Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata**, Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, del **23 al 25 de Agosto**.

El temario es:

- 1) Derecho, Economía y Moral: Globalización, Derechos Humanos, Seguridad, Medio Ambiente, Criminalidad, Política Nacional e Internacional.
- 2) Derecho Privado: Nuevas Formas de contratación, Nuevas tecnologías, Autonomía de la voluntad en el siglo XXI.
- 3) El estado actual de la investigación en Ciencias Jurídicas.

La presentación de ponencias y pedido de informes se realizará en el Instituto de Investigaciones de la Facultad de Derecho -UNMDP-, 25 de Mayo 2855, Mar del Plata; o bien vía mail a la siguiente dirección: instdere@mdp.edu.ar

XXI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Lomas de Zamora

27, 28 y 29 de septiembre de 2007

Los días **27, 28 y 29 de septiembre de 2007** se celebrarán en la **Ciudad de Lomas de Zamora**, Provincia de Buenos Aires, las **XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil** organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Las **Comisiones** son:

- 1) Comisión N° 1: Parte General: La intimidad: su relación con las cartas post-mortem y con las comunicaciones electrónicas.
- 2) Comisión N° 2: Obligaciones: Cuantificación de la indemnización por daños personales.
- 3) Comisión N° 3: Contratos: Efectos de la franquicia en el contrato de seguro sobre la responsabilidad civil.
- 4) Comisión N° 4: Reales: Modernas garantías reales.
- 5) Comisión N° 5: Familia: Problemas actuales en el régimen de adopción.
- 6) Comisión N° 6: Sucesiones: Heredero aparente.
- 7) Comisión N° 7: Derecho Internacional Privado: El régimen patrimonial del matrimonio.
- 8) Comisión N° 8: Interdisciplinaria: La educación como Derecho Humano.
- 9) Comisión N° 9: Derecho Romano: Vicios de la voluntad en el negocio jurídico.
- 10) Comisión N° 10: Derecho Privado comparado: Derecho deportivo.
- 11) Comisión N° 11: Enseñanza del Derecho: La interdisciplina.
- 12) Comisión N° 12: Estudiantes: Ambiente y Derecho.

La **presentación de ponencias** para las distintas comisiones sólo se realizará via mail a: xxijornadasdederechocivil@gmail.com, hasta el 30/07/2007.

Más información: <http://www.jomadascivil.com.ar/>

IX CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS - DERECHO TECNOLÓGICO

Facultad de Derecho – UBA

10, 11 y 12 de octubre de 2007

La **Asociación de Abogados de Buenos Aires** ha resuelto llevar a cabo en la **Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires**, los días **10, 11 y 12 de octubre de 2007**, el **IX Congreso Internacional de Derecho de Daño, bajo el lema "Derecho Tecnológico"**.

La Presidencia del Congreso ha sido confiada al Decano de la Facultad de Derecho de la UBA, **Dr. Atilio A. Alterini**, quien ha impulsado una impronta singular para esta nueva edición del tradicional encuentro académico.

Por un lado, se abordarán, en **8 Comisiones** a las que se ha convocado a lo más granado de la docencia universitaria, diversos temas relacionados con el impacto de la Tecnología, tales como: Daños causados por accidentes de la circulación; Daños causados por productos y servicios de consumo; Daños causados al trabajador por violencia en el ámbito laboral y despido discriminatorio; Daños causados mediante Internet; Daños causados por el uso de bases de datos; Daños derivados de la tecnología en la práctica médica; Daños al medio ambiente y Acciones colectivas derivadas de daños tecnológicos.

Otra de las aristas novedosas es la **multidisciplina**, ya que con participación de profesores de Ingeniería, Física, Arquitectura, Medicina, Farmacia y Bioquímica y otras disciplinas, se desarrollarán **Mesas redondas, con debate abierto**, sobre "El mundo del homo faber: producir y consumir"; "Biomedicina"; "El ciberespacio"; "Derecho a vivir, derecho a morir"; "Transgénicos"; "El impacto ambiental y las zonas saturadas"; "El Derecho Tecnológico en la Constitución Nacional"; "Medidas de acción positiva para garantizar los derechos humanos afectados por la tecnología"; "Relaciones de Familia y tecnología" y "Violencia y Género"

El primer día habrá **Talleres** sobre Pruebas con ADN; Pericias accidentológicas; Pericias médicas y Pericias informáticas, en todos los casos a cargo de especialistas no abogados, con destacada versación en sus temas.

Es de resaltar la asistencia de profesores de las Facultades de Derecho de Buenos Aires, La Plata, Córdoba, Santa Fe, Rosario, Mendoza, Tucumán, Lomas de Zamora, Mar del Plata, y de Arquitectura, Farmacia y Bioquímica, Ingeniería, Agronomía, Medicina, así como juristas brasileños, uruguayos y franceses.

En este importante contexto, las **conferencias** sobre "Perspectivas éticas y jurídicas de las Tecnologías Convergentes", a cargo del Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Atilio A. Alterini; sobre "Responsabilidad del Estado y Urbanismo", a cargo de la Ministra de la Suprema Corte de Mendoza, Dra

Aída Kemelmajer de Carlucci; sobre "Fundamentos constitucionales de la responsabilidad civil", a cargo del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti sobre "Reparación y Punción", a cargo del Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, así como la disertación del profesor francés, Dr. François Chabas, redondean un programa académico único.

Más información:

Asociación de Abogados de Buenos Aires

Uruguay 485 – 3er. piso – 1015 -Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tel/fax: 4371-8869 líneas rotativas

E-mail- aaba@pccp.com.ar - <http://www.aaba.org.ar/>

AUTORIDADES DE LA FACULTAD

DECANO

Atilio Alterini

VICEDECANO

Tulio Ortiz

CONSEJO DIRECTIVO TITULARES

CLAUSTRO DE PROFESORES

Alberto J. Bueres

Alberto Dalla Vía

Jorge L. Kielmanovich

Carlos A. O. Cruz

Oswaldo E. Siseles

Luis Mariano Genovesi

Daniel Alberto Sabsay

Noemí E. Goldsztern de Rempel

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Carlos Mas Velez

Lilian Lapadula

Jorge Del Azar

Juan Curutchet

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Oscar Jara López

Rodrigo Guevara

Celia Loperena

Paula Streger

SUPLENTE

CLAUSTRO DE PROFESORES

Tulio Ortiz

Enrique N. Zuleta Puceiro

José Osvaldo Casás

Eduardo Barbarosch

Mary Beloff

Silvia Pinto Varela

Pedro Di Lella

Andrés Gil Domínguez

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Marcelo Bersano

Mónica Rico

Juan S. De Stéfano

Alberto Baduan

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Hernán Arce

Fernanda Melchionda

Cintia Suárez Cuadro

SECRETARIO ACADÉMICO

Gonzalo Alvarez

SECRETARIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN GENERAL

Alejandro Gómez

SECRETARIO DE INVESTIGACIÓN

Eduardo Barbarosch

SECRETARIO DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA

Juan Pablo Mas Velez

SUBSECRETARIO ACADÉMICO

Sergio Brodsky

SECRETARIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN GENERAL

Luis Mateo Barreiro

SUBSECRETARIO DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA

Carlos A. Bedini

SUBSECRETARIO DE VINCULACIÓN CIUDADANA

David Escobar

**AUTORIDADES DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES "AMBROSIO L. GIOJA"**

DIRECTOR

Carlos María Cárcova

VICEDIRECTOR

Tulio Ortiz

CONSEJO ASESOR

Sara Feldstein de Cárdenas

Lidia Garrido Cordobera

Ana Kunz

Silvia Maureen Williams