

EL SILOGISMO ARGENTINO

*José Fabricio Longhin**

I.	CONTORNO DEL ANÁLISIS	967
II.	EL PROBLEMA SOCIAL Y LA SOLUCIÓN LEGAL	968
	A. DISCUSIÓN PARLAMENTARIA	970
	B. AREA DE LIBERTAD CONTRACTUAL	971
	C. CONSIDERACIONES FILOSÓFICAS	972
III.	LA POSICIÓN ARGENTINA EN EL MUNDO DE IDEAS	974
	A. AMÉRICA LATINA Y LIBERTAD INDIVIDUAL	975
	B. DE NUEVO SOBRE EL PAPEL DEL ESTADO	976
	C. ARGENTINA Y EL MERCADO LIBRE	977
IV.	SILOGISMO ARGENTINO	978
	A. IMPLICACIONES DE LA ADOPCIÓN DE UN INSTITUTO LEGAL EXTRAÑO	980
	B. ASIMILANDO DIFERENTES SISTEMAS LEGALES	983
	C. EL DESAFÍO DEL FISCAL	984
V.	CONCLUSIÓN	985

I. Contorno del Análisis

La ley de economía es una de las demostraciones más actuales y complejas del espectro de ley de nuestra época. En su forma moderna es una serie de factores ideológicos que trascendieron a través de los años y aparecen como surgieron originalmente. El hecho diario y constante dictado en las normas legales y positivas crea implicaciones serias cuando trata una institución arraigada en los postulados de la ley económica.

La ley, independientemente de obedecer su misión primaria de regular, aparece simbólicamente como la cima de una montaña de hielo que proviene de aguas turbulentas hecha de concepciones humanas, un testamento irrefutable a las ideas que no han sumergido.

* El Autor es un miembro de la Asociación Internacional de Estudiantes de Abogacía, (A.I.E.A.), localizada en Mendoza, Argentina. En 1996 él obtuvo su título de jurista doctor en la Universidad de Mendoza en Mendoza, Argentina.

Este papel intentará dar un significado comprensivo al tema discutido y después tratara de buscar profundamente explicaciones sistemáticas.

II. El Problema Social y La Solución Legal

En la reciente historia de nuestro país, uno de los principales problemas sociales que requiere una solución es la escasez de albergue. Una solución se hace necesaria porque el problema genera complejas y negativas implicaciones sociales, principalmente, debido a su reputación como una deterioración continua.

Basado en los principios fundamentales de un estado de bienestar social, el artículo 14 de la Constitución Nacional de la República Argentina, dentro de lo que se conoce como derechos sociales, protege el derecho a una vida digna. Se han hecho varios esfuerzos legislativos para convertir este principio, elevado en texto, en leyes funcionales y operacionales.

En este contexto, a fines de 1994, la Rama Ejecutiva Nacional envió al Congreso Nacional un proyecto legal que básicamente pedía llevar a cabo un plan de financiamiento de albergue que fuera accesible a la mayoría de las personas y al mismo tiempo, absorbería significativamente la fuerza obrera desempleada y subdesempleada.¹ Sin duda, éstos son problemas realmente legales de la Sociedad Argentina.

Además de las metas sociales predicadas, el cuerpo legislativo buscaba financiamiento competitivo para la industria de la construcción, financiamiento a largo plazo para los compradores a través de un sistema de hipoteca y la creación de un mercado secundario para hipotecas.

Después de un intenso debate parlamentario, el proyecto fue finalmente aceptado en enero de 1995 (Ley Nacional 24.441, Financiamiento para Albergues y Construcción).²

El efecto de la ley citada implica la incorporación de ciertas instituciones a nuestro sistema legal: derechos de propiedades; arrendamiento; fondos comunes para la inversión de bienes raíces, aunque éstos no eran usados ni desconocidos en el sistema judicial local. La razón de su desuso anterior fue debido a la falta de regulaciones legales detalladas que garantizaran un armazón de seguridad legal respecto a tales funcionamientos.

Localizándose en el margen de desigualdades que involucra asuntos de póliza legislativa relacionado con la formulación de la ley y su

1. Jorge Saager y Amalia Cortina et al., *s/ ejecución hipotecaria, Dictamen del Fiscal de cámara Dr. Carlos R. Sanz*, REV. EL DERECHO, Feb. 19, 1996, a 2.

2. *Vea generalmente Legislacion Argentina* 63·TOMO A REV. EL DERECHO (1995).

finalidad, el caso que salio a relucir en debates de ambas casas del Congreso Nacional, coinciden en señalar la necesidad de regular las instituciones que manejen y ejecuten la legislación.

Un procedimiento de ejecución embarazoso, generando incertidumbres en cuanto a los términos de recuperar el capital invertido a través de esta legislación, aparece como uno de los factores principales que contribuyen a las proporciones de altos interés de préstamos de albergue.³ En el nuevo sistema, la administración de las ventas de propiedades y de la cancelación de deuda es la responsabilidad del acreedor. Las defensas y las leyes relacionadas funcionan a favor de la protección del deudor a través del órgano judicial del posible exceso que podría ser cometido por el acreedor.

Es de esta manera que el procedimiento especial de ejecución que se lleva a cabo directamente por el acreedor, elimina la necesidad de una orden judicial. En este sentido, artículo 57 señala que después de verificar el estado de la propiedad, el acreedor pedirá, sin la intervención judicial, la venta de la propiedad afectada en una subasta pública asegurada por medio del subastador que el acreedor designe y de acuerdo con las costumbres usuales.

Naturalmente, la parte lógica de semejante plan es que el artículo 54 permite a los acreedores pedir que un juez verifique el estado presente de la propiedad antes de que la hipoteca llegue a su vencimiento. Si la propiedad está ocupada, un aviso de evicción se pedirá bajo provisiones que permiten el uso de fuerza pública.

Debe aclararse que las provisiones de ejecución incorporadas contienen varias garantías, algunas de las cuales permiten varias intervenciones judiciales, para asegurar la protección del deudor. Ante todo esta la naturaleza voluntaria del procedimiento especial, sólo empieza a funcionar cuando las personas llegan a un acuerdo y en el momento de constituir la garantía de la hipoteca. Segundo, es el juez quién: ordena la inspección y comprobación del estado presente de la propiedad, el artículo 54 concede al acreedor la posesión de la propiedad, artículo 65 y aprueba la liquidación dirigida por el acreedor, artículo 60. El deudor puede, además, interferir bajo un número limitado de excepciones para demostrar ciertos hechos que harían la venta de la propiedad en subasta pública impropia: que no hay deuda; que el deudor se ha mantenido al ritmo de sus pagos; que no se hizo ningún acuerdo acerca de los métodos elegidos por el acreedor y demás.

Finalmente, el sistema confía profundamente en la posibilidad de que el deudor original pueda re-adquirir la propiedad por la cantidad en la

3. *Vea generalmente* REV. ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS 110 nn.4, 38 (1995).

que se vendió (más un tres por ciento para cubrir costos y honorarios) dentro de 30 días de la subasta.

Desde el punto de vista procesal y sistemático, la línea central de la ley se enfoca en separar los aspectos esenciales de los aspectos no esenciales del proceso judicial. Junto con otros instrumentos como mediación y procedimientos del notario, estas prácticas se esfuerzan para descongestionar el tráfico judicial, para mejorar el acceso a los servicios judiciales y para reducir los costos altos de los procedimientos legales actuales. En general, podría decirse que este proceso flexible consiste en intentar suprimir la rigidez legal o convencional para adaptar nuevas realidades. En lugar de flexibilidad, Ramiro Podetti prefirió llamarle "adaptabilidad la cual, en algunos casos, causa deregulación y en otros más regulación."⁴

A. Discusión Parlamentaria

La pregunta principal de la legislación referida previamente fue la inconstitucionalidad de las ejecuciones de hipotecas. Otro asunto es que fue percibido simplemente como una copia de la mayoría de jurisdicciones en los Estados Unidos.

Si lo que se intenta es aplicar en Argentina soluciones usadas en otros, indico el Senador Aguirre Lanari durante discusiones sobre el proyecto en el Senado Argentino, "aquéllas que se busquen probablemente podrían incorporarse en la Constitución de Argentina. Si el argumento es que nuestro sistema judicial es lento, continuó, el camino que se ha seguido sugeriría que no pueda haber justicia en lo absoluto. . . ."⁵

El argumento de la inconstitucionalidad del procedimiento de ejecución de hipoteca es basado en el Artículo 17 de la Constitución Nacional el cual indica que: nadie puede privarse de propiedad sin virtud de un juicio. Tal prohibición protege al dueño contra cualquier privación de su propiedad, mientras que la privación surga del público, el estado, y sus órganos.⁶

El arreglo del Artículo 17 de la Constitución Argentina no es equivalente a la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. En los Estados Unidos nadie puede privarse de su propiedad sin el proceso debido legal. El diputado Leconte señala que dichas provisiones

4. Humberto Podetti, *Reforma Laboral: Adaptabilidad Jurídica a la Realidad Actual*, REV. GERNICA 73 (1995).

5. PARLAMENTARIOS, *supra* nota 3, a 117, nn.4, 227.

6. SEGUNDO LINARES QUINTANA TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL 85 nn. 3886, 3887 (Tomo V 1972).

de derechos del proceso legal transmiten un concepto diferente en relación a la necesidad de garantía procesal en ambientes diferentes.⁷

Constitucionalmente consagrado, la garantía procesal debe volverse una parte íntegra del orden público nacional, un concepto que un líder civil argentino definió como: un principio eminente, religioso, moral, político, y económico, a aquéllas organizaciones sociales establecidas a las que un sustento dignificado se une.⁸

Elena Highton apoya esto en uno de los estudios más avanzados en los nuevos problemas legales: que la no-adherencia al artículo 17 de la Constitución Nacional surgió de la exigencia de un acuerdo anterior de mantener orden público que requiere el establecimiento de dichos nuevos procedimientos. Ella agrega que el orden público no se expone, ya que sería posible someter los problemas convertidos del público a otros métodos de soluciones, sin infringir en las normas básicas del sistema legal del país.⁹

B. Area de Libertad Contractual

La ley americana en materias de hipoteca aplica el principio de exclusiones de la venta, una regla que concede la autorización o poder que el deudor tiene a su acreedor como una manera para que el acreedor pueda proceder a una venta extra-judicial de la propiedad y concluya la relación del crédito que los une.¹⁰

La libertad contractual en los Estados Unidos y en los países que aplican derecho consuetudinario, es más amplia que en aquéllos de la tradición latina.¹¹ Lo que está claro y lógico es que el sistema de valor prevaletiente en cada país difiere profundamente.¹²

Por ejemplo, en los Estados Unidos, la Corte Suprema de Nueva Jersey tuvo que tratar con un caso que involucró un matrimonio no capacitados para tener niños. La pareja confió en una mujer joven para concebir a un niño con el marido a cambio de una suma de dinero. Después de que el contrato fue formalizado y el niño había nacido, la

7. PARLAMENTARIOS, *supra* nota 3, a 117, nn. 4, 87.

8. JORGE J. LLAMBIAS, TRATADO DE DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL 158 (Tomo I, Ed. Zavalia 1986).

9. ELENA HIGHTON ET AL., REFORMAS AL DERECHO PRIVADO 328 (1995).

10. *Vea generalmente* Elena Highton, *Panorama del Regimen de las Garantias en el derecho Estadounidense*, 119 REV. DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO (1993).

11. Camille Spinosi Jauffret, *Juge le Juge Angalis?*, DROITS, REVUE FRANCAISE DE THEORIE JURIDIQUE 56 n.9.

12. MATTHIAS STORME, THE VALIDITY AND THE CONTENT OF CONTRACTS, TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE 159 (Martinus Nijhoff ed. 1994).

madre biológica cambió de opinión y no quiso entregar a su niño a la pareja. Sin embargo, la corte sostuvo que habiendo un acuerdo voluntario, la madre biológica es obligada a obedecer el contrato y a entregar al bebé.¹³

Además se señala, en apoyo a las diferencias en los sistemas de valores que mientras la esclavitud en Argentina se abolió en 1813, en los Estados Unidos no se abolió hasta los 1860.¹⁴ Tales hechos históricos también indican un cierto tipo de relación ideológica y cronológica entre ambas culturas.

Entonces parece ser que la libertad contractual, un concepto legal inminente requiere una penetración profunda en el plan filosófico de cada nación para buscar la substancia de tales conceptos legales.

Apesar de que no está dentro de la dominación definitiva de la ley o del juicio donde la verdad reina, sino en los campos abstractos y ciertamente dentro de las polémicas de los principios que sostienen esas instituciones de ley.

C. Consideraciones Filosóficas

Como la idea central de su tesis, un excelente analista político argentino usa una explicación de la dicotomía del desarrollo-subdesarrollo, para señalar que el cañón de las ideas morales determinan el curso hacia el cual una sociedad dirige sus dinámicas.¹⁵ Como parte de un fenómeno cultural más amplio, la diferencia entre las sociedades desarrolladas y las sociedades subdesarrolladas también incluye una diferencia moral. Las sociedades desarrolladas sólo exigen una moral promedio; que cada individuo siga sus propios objetivos sin violar los derechos de otros. Puesto que semejante meta moderada es establecida, generalmente se alcanza. Las sociedades subdesarrolladas, por otro lado, tienen una norma moral más alta, la cual exige a sus miembros entregarse todos en nombre de ideales altos la solidaridad, Dios, o el Estado, revelando un espacio definido entre la moral que es proclamada, toda, y la moral que se cumple, poca o nada.

El derecho, como un sistema normativo, no es más que una reflexión del sistema moral prevaleciendo en una sociedad que es definida por momentos históricos.

Así es que el mundo Anglosajon basó sus conceptos políticos, los conceptos económicos y lógicamente sus conceptos legales en la idea original y poderosa del individuo, confió en el individuo y lo instituyó

13. *Vea generalmente* 88 REV. ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS 117, nn.4 (1995).

14. *Id.* a nn. 4, 87.

15. MARIANO GRONDONA, BAJO EL IMPERIO DE LAS IDEAS MORALES (Sudamericana ed. 1988).

como el eje alrededor del cual el mundo debe girar. La naturaleza del corolario de tal confianza ontológica no podría ser mas que una actitud medida por la comunidad en respeto al individuo, traducido en límites impuestos en la libertad.

Se comprendio, a través de una reflexión histórica profunda, que un ideal no puede sostenerse mientras concomitantemente niega consecuencias necesarias; y como que la apuesta era para el individuo, uno tenía que permitirle actuar y sólo negar las posibilidades cuando su propia conducta niega a otros la realización de sus propios planes para la vida.¹⁶

La explicación de la adopción de este *anthropologism* individualista se nutre con ciertas raíces religiosas: la diferencia, según la historia, entre la filosofía y la religión. El modernismo estalló en el Viejo Mundo como entusiasmo inminente, como una síntesis purificada de la apatía inmanente de los griegos, la adaptación serena a este mundo, contemplación pasiva en la búsqueda de las causas originales,¹⁷ y el entusiasmo trascendente del Medieval, acción concreta en este mundo pero buscando acceso a un mundo superior.¹⁸ El continente acabó empapado de modernidad, pero los caminos recorridos fueron difíciles porque hubo que superar muchos obstáculos. Entretanto en Europa continental, el espíritu moderno nace contra la religión prevaleciente, en el mundo Anglosajon, crece con él. El modernismo es alla una oportunidad revolucionaria, mientras aquí es una tradición.¹⁹

Mientras en Europa Continental estaba oscilando abruptamente entre el culto del Dios omnipotente y el culto del individuo racional, Europa Anglosajon era inmutable a esos cambios. El Ser Supremo no se olvidó en nombre de la ciencia ni se rechazó la salvación como el último extremo para el hombre, lo que se desdeñó fue sacrificio terrenal como una manera de alcanzarlo. Cuando es imposible persuadir a Dios a través de la oración para poder alterar nuestro destino, la única opción posible es persuadirse a sí mismo para actuar según el deseo de Dios para obtener éxito en la vida. Éxito en esta vida.

Salvación, la base de la existencia terrenal de los espíritus de los grandes teólogos de Cristianidad se alcanzará, ahora, por el hombre

16. ROBERT NOZICK, *PHILOSOPHICAL EXPLANATIONS*, THE BELKNAP PRESS OF HARVARD (University Press, 1981).

17. Julian Marias, *Historia de la Filosofía*, 45 REVISTA DE OCCIDENTE (1956).

18. JUAN CARLOS SMITH, EL PENSAMIENTO IUSFILOSOFICO MEDIEVAL, EN EL DESARROLLO DE LAS CONCEPCIONES IUSFILOSOFICAS 53 (Abeledo-Perrot, 1980).

19. GRONDONA, *supra* nota 15, a 103.

común, el hombre concreto, y en este mundo.²⁰ De esta manera, la revolución moral del Puritanismo arma y equipa el carácter ideal de desarrollo económico. No teniendo que atacar la religión, la cultura puritana Anglosajona pudo sobresalir a la calidad y estado de inmanente sin trauma y sin reproche.

La evolución lógica toma una posición en los postulados de la existencia humana en la que presentemente confía Abraham Maslow quién, de ciertas maneras, hoy simboliza cultura Anglosajona medieval.²¹ El viejo término latino *Salus* ya no significa *salvación*, sino *salud*.

III. La Posición Argentina en el Mundo de Ideas

Por otro lado, Argentina recibió las ideas del Esclarecimiento e hizo declaraciones ampulosas en apoyo a la libertad que nunca había experimentado por vía de sus intelectuales más notables. Mientras estuvieron en Francia hablaron de libertad, en América del Sur pensaron en independencia: todos libre o todos esclavos, ésas eran las opciones.

Juan Bautista Alberdi, el creador primario del orden constitucional argentino, señaló que la libertad, ontológicamente considerada, puede separarse en tres diferentes planos: la libertad individual de cada tema, autonomía individual, como un hecho de dictar normas de conducta apropiada, la libertad de la comunidad política interna, autonomía colectiva, entendida como el poder para organizarse a sí mismo de una manera conveniente y la libertad exterior de la comunidad política, independencia, refiriéndose a su no sumisión con respecto a otras comunidades políticas.

América Latina, por un imperativo histórico, siempre arrastró detrás; se sintió obligada a declararse independiente para emprender el desafío de gobierno propio. Y como la independencia se había obtenido a través del uso de armas, resultó bastante lógico suponer que de esta misma manera la libertad interior también podría lograrse.

Argentina se levantó bajo las explosiones de cañones y a veces de las armas automáticas menos grandiosas pero más eficaces. Cualquier sea la bandera defendida es cierto que las ideas que se impregnaron con el olor a pólvora, requieren, para que se mantengan en la conciencia de las personas, que el olor no se desgaste.

Todas las ideas impuestas, por vía de la dogma o por armas, deriva en paternalismo. La moral se transforma substancialmente en un fenómeno

20. MAX WEBER, *THE PROTESTANT ETHIC AND THE SPIRIT OF CAPITALISM* (Charles Scribner's Sons ed., 1976).

21. ABRAHAM H. MASLOW, *TOWARD A PSYCHOLOGY OF BEING* (Van Nostrand Reinhold Company, 1968).

individual a un fenómeno derivativo. Derivativo de las fuentes anómalas de otras influencias culturales: de una personal, de una iglesia, del estado. Es de esta manera que en sociedades subdesarrolladas el hecho de que Alguien, en mayúscula, dicte a otros las normas de conducta bloquea la extensión formidable de energía que nace de la motivación individual.

A. América Latina y Libertad Individual

Domingo Sarmiento, Agustín Álvarez, y Francisco Bulnes fueron algunas de las plumas que se responsabilizaron en recordar al mundo que el hombre latinoamericano, negro, mulatos, y mestizos ocupaban un lugar inferior a los del norte en la balanza de Darwinian.²² Era material maleable; que requería instrucción y consejo, aunque ellos estaban concientes de esa necesidad. Enrique Dussel decía que “la dependencia de América Latina es, antes de la economía, ontológica: el latinoamericano es oprimido, colonial y un ser humano ontológicamente dependiente.”²³

La mayoría de países latinoamericano eran considerados o se consideraban como minorías; siempre necesitando a un comandante para guiarlos e indicarles en que dirección disparar sus armas o dirigir sus declaraciones. Aquéllos que compartieron sus ideas y siguieron sus pasos eran libres, los otros eran enemigos.

En ese entonces no era extraño, que en acciones, nunca en escrituras, la libertad individual se olvidó, el hecho curioso que un individuo capaz de hacer todas esas cosas que no afectan el orden público, la moralidad o los buenos hábitos²⁴ parecerían continuamente amenazados por el tridente ideológico que Leviatán estaba blandiendo para controlar sus pasiones, para siempre guiarlo de antemano por el camino de un bien común concebido.

De Hobbes a Lenin, las autoridades paternalistas consideran al ser humano como un menor a quien un guardián debe proteger y disciplinar. De Von Mises a Ayn Rand, los ultra liberales exagerados piensan que el ser humano sabe muy bien lo que le interesa y deben permitirle ser completamente autónomo, porque la búsqueda de cada individuo de su propio bienestar coincide con el bienestar general público.

Ninguna de estas opiniones extremas coinciden con los sentimientos reales del hombre argentino. El desafío de nuestros días no consiste en romper las cadenas de un estado paternalista y tiranos

22. JUAN J. SEBRELI, *EL ASEDIO A LA MODERNIDAD* 296 (Sudamericana ed., Buenos Aires, 1992).

23. Enrique Dussel, *PARA UNA FUNDAMENTACION DIALECTICA DE LA LIBERACION LATINOAMERICANA*, STOMATA 79, n.1 (Universidad del Salvador, 1972).

24. ARG. CONST. art. 19.

apresuradamente hacia el extremo opuesto en una competencia frenética. Pasa, más bien, afinando nuestra habilidad de adaptarnos, delineando nuestra propia solución en un mundo en el cual las soluciones provienen cada vez menos de las ideas individuales y más de ideas que son inducidos.

Las naciones, afirma Michael Porter, serán las que decidan ser, como son, "las situaciones de cada país, así como las maneras de lidiar con ellas son únicas."²⁵ No hay duda que las decisiones ya no son unilaterales. No está en buscar la esencia Argentina en la manera de los grupos intelectuales del Sur,²⁶ sino en analizar, y asumir, nuestras diferencias para ponernos totalmente conscientes de la realidad, cruda, pero realidad hasta el final, de nuestra época.

B. De Nuevo Sobre el Papel del Estado

El análisis vuelve, parece inevitable para la disolución de la posición que el estado debe asumir para el individuo, una discusión que es tan antigua como es prominente.

El tema fue tratado en 1776 por Adam Smith en *La Riqueza de Naciones* y su argumento central fue simple: no apoyó que el estado estaba manejando la economía incorrectamente, sino que debido a su naturaleza no podría encargarse de manejar la economía.²⁷ No apoyó, por ejemplo, que un águila vuela mejor que un elefante, sino que un elefante, debido a su naturaleza, nunca podría volar.

La distinción se hace importante cuando, como Peter Drucker,²⁸ claramente observó, la discusión ha cambiado, en estos últimos años, en base a lo que el estado debe hacer, olvidándose de determinar lo que puede hacer.

Y cuando los deberes asumidos no se pueden cumplir, el resultado no debe ser prometedor. Es como decir que a pesar de todo el elefante vuela.

En Argentina, el estado, al convertirse en un actor económico directo, intento reemplazar la clase media competitiva ausente creando un mecanismo gigantesco y deformado. El mismo enredo que se usó antes para crear ese Estado Intervencionista, se intenta imponer hoy para propagar la destrucción del mercado. "¿Podría haber llegado el momento, pregunta Mariano Grondona, de buscar un equilibrio, de emprender la

25. MICHAEL PORTER, POR MARIANO GRONDONA, EL POSLIBERALISMO 158 (Planeta ed., 1992).

26. JUAN J. SEBRELI, EL ASEDIO A LA MODERNIDAD 303 (Sudamericana ed., 1992).

27. *Vea generalmente* ADAM SMITH, LA RIQUEZA DE NACIONES (1977).

28. PETER DRUCKER, THE NEW REALITIES 60 (Harper & Row Publishers 1989).

marcha hacia un punto equidistante de un extremo al otro, allí dónde los argentinos pueden encontrar lo que es razonable?"²⁹

Se sabe que las respuestas absolutas no existen en este asunto, porque es territorio de transacciones individuales. Liberarse de intervencionismo y libertinaje no parece significar ningún tipo de contribución: el debate intenta establecer al extremo que nosotros debemos dirigirnos sin perder de vista y usando como una guía ciertos puntos equidistantes que sólo pueden ser alcanzados usando una madurez cívica que nosotros no poseemos presentemente pero la cual ya hemos empezado a buscar.

Entienda que lo que Andrés Ollero ha llamado estadidad permisible, aquella que consiste según su propia caracterización, "en que el estado les permite libertad absoluta a los individuos en el campo de satisfacciones del hedonismo . . . pero se reserva estrictamente todo lo que tiene que ver con el mando de la opinión pública, el manejo de maquinaria política y la orientación ideológica de educación."³⁰

No, el estado no debe ser un fugitivo cuyo vacío se llena por los caoses de libertad completa, sino una estrategia: Porter³¹ indica que el secreto de las naciones competitivas es que su estado trace un plan que obligue a sus corporaciones privadas a competir, puesto que de otra manera sus incentivos fallarían inevitablemente. Este tipo de intervención se llama intervención indirecta, sutil, pero eficaz.

C. Argentina y el Mercado Libre

Jorge Dominguez, maestro de estudios latinoamericanos en la Escuela de Derecho de Harvard, ha elaborado la tesis que el retraso de los países latinoamericanos en desarrollo económico es debido a su obsesión sobre el desarrollo económico que los lleva a descuidar factores éticos, políticos, e institucionales que son presunto para esto.

Así, en nombre de ese fin supremo, cualquier plan que prometió acortar el camino se aplaudió o, en todo caso, se aceptó con resignación. Ha sido la urgencia para desarrollo, económico, que todavía subsiste con fuerza plena, que ha obligado a Argentina a adoptar al modelo del mercado libre.

En el mundo contemporáneo, el por que apenas se discute, si el mercado libre o alguna opción alternativa, en cambio el cómo es lo que se discute: cómo llegar al mercado libre, cómo ablandar su crudeza, cómo

29. MARIANO GRONDONA, *LA CORRUPCIÓN* (Planeta ed., 1993).

30. Massini Correas & Carlos Ignacio; *La Filosofía de los Derechos Humanos y la Regulacion Juridica de la Familia*, 7 EN BOLETIN EL DERECHO DEL (Oct. 12, 1990).

31. PORTER, *supra* nota 25, a 157.

instilar en la sociedad un cambio de actitud mental necesario para que realmente pueda eruirse como un motor social y así no se critique ideológicamente o parezca desfavorable.

Sin perder de vista, sin embargo, aunque se intenta que sea dogma, de la manera de los economistas argentinos liberales inspirados por Ludwig Von Mises, el modelo económico no es mas que conveniente.

John Stuart Mill dijo que aunque en el espectro político la libertad es indispensable, en el espectro económico es solo una conveniencia.³² En otras palabras, el modelo económico se subordina, ontológicamente y cronológicamente, a la concepción política de una sociedad. Debido a esto, para que el modelo político, comprendiendo la opción de un mercado libre como un método de asignar recursos más convenientemente, pueda operar correctamente, es necesariamente respetar los propósitos políticos que proceden y los principios morales contenidos en éstos, como si éstos fueran su nutrición.

IV. Silogismo Argentino

Primera premisa: Pasa que esta herramienta a la que se le llama mercado libre, de la cual se predica tantas virtudes y pecados, es una institución en la que se instilan profundamente los canones de liberalismo económico.

Segunda premisa: el Liberalismo, como un concepto humanístico, en el espectro político da lugar a la libertad completa del individuo, el logro de sus aspiraciones personales que solo se entiende por si mismo, con certeza de que es en su mejor interés. "Aquello que el individuo es capaz de hacer por si mismo, sostiene Robert Nozick, nadie debe de hacer por él."³³ Supone, además, una pre-opción en el área de valores morales que dicta que las reglas de trabajo sean establecidas automáticamente.

Conclusión: la adopción de un sistema económico en Argentina basado en el mercado libre no es una consecuencia de coherencia filosófica, porque no contesta concepciones individuales claras pero en cambio a los imperativos externos. Economía, aunque parece que es una paradoja del tipo Marxista, determina, en nuestro país, lo que es político.

Quizás esta afirmación parece severa, pero la verdad surge tanto del análisis serio como de un artículo en un periódico. La historia nos obliga una vez más a caminar desordenados hacia un destino como los caminos que otros empezaron; para aceptar resultados antes de esperar por las consecuencias. Seneca dijo que si un campesino siembra su campo con trigo pero en cambio crecen flores, ésto es un resultado no una

32. *Id.*

33. NOZICK, *supra* nota 16 (nota editorial: traducido del Inglés).

consecuencia, porque le falta una sucesión lógica. El campesino no sembró trigo para que crecieran flores, pero éste es el resultado de haber cultivado el campo con trigo.

Por lo tanto, el problema que se debe resolver, si realmente queremos interferir con lo que es en realidad el silogismo nacional, considerada lógicamente, no es así de una manera en la que la conclusión es una consecuencia real y no solo un resultado.

Una vez la decisión de apostar o no en coherencia se adopte firmemente, la gran pregunta será, cual de esos términos variar. ¿Debemos abandonar el mercado para que los discursos políticos y los dilemas morales recuperaren sus palabras grandiosas e ineficacia de hechos? Quizás las palabras de Mario Benedetti son correctas cuando él afirma que "América Latina no quiere ser un país del primer mundo, pero quiere que se le permita ser un tercer país mundial con conveniencia y sin hambre, con dignidad y sin una daga en la garganta."³⁴

Sin embargo, el compás Norte del mundo así como el mensaje claro e insoluble de democracia de voto popular parece indicarnos que no es el camino; que los bajos del mar viven sin hambre no es suficiente. Así que la opción más razonable que resta es aprender de experiencias extranjeras de escrutar "las ideas o valores que empujan hacia el desarrollo del primero así como las ideas o valores que retienen en el subdesarrollo al último de esos mundos."³⁵

A Max Weber se le pregunto por qué el capitalismo nació en Europa en los siglos decimoquinto y decimosexto si ya había existido. El llegó a la conclusión que el fenómeno se explica por la aparición, a la equivalencia de la dimensión económica de esas sociedades, de una ética, el puritano, que predicó el contrato de trabajo, la búsqueda de éxito económico. Estos factores generaron la acumulación original de condiciones que permitieron el desarrollo del mercado libre, el que parece fuertemente limitado a un contexto sociomoral que lo favoreció. Otras fases, por otro lado, no lo hicieron. Así que no hay ninguna razón por la cual afirmar que el mercado libre tiene que durar indefinidamente. No obstante hoy es, parafraseando a Mill, la opción más conveniente.

Tal esfuerzo para el progreso exigirá una predeterminación claramente con la intención de ayudar en el proceso gradual y lento del cambio, de definitivamente resignar a las utopías espontáneas de la generación. Así como fue la esclavitud, en su tiempo, un progreso en respeto a las situaciones anteriores, antes, los prisioneros eran ejecutados directamente, el capitalismo salvaje denunciado por Marx representó un

34. MARIO BENEDETTI, PERPLEJIDADES DE FIN DE SIGLO 191 (Seix Barral 1993).

35. GRONDONA, *supra* nota 15, a 13.

gran adelanto con respecto a la sociedad feudal de los hacendados, en Argentina, de los productores agrícolas grandes. En los mercados actuales, las grandes fortunas de los pocos explotadores ricos quienes constituyeron al gran capitalista desde hace tiempo han sido reemplazado por la contribución modesta, aunque estructural, de los fondos de la pensión del hombre.³⁶

Argentina ha estado demostrando, durante algún tiempo, una intención firme de cambiar en esa dirección; no sólo ha sido inclinada por una fuerte revitalización de sus leyes,³⁷ sino que también ha abierto sus puertas a la constitución nacional, que había sido reservada y celosamente guardada para permitir nuevo aire y darle significado real a las ideas que antes solo eran conocidas en papel. Este proceso en el que nosotros nos sumergimos debe enfatizarse progresivamente para que las intenciones se traduzcan en acción.

A. Implicaciones de la Adopción de un Instituto Legal Extraño

Yo confieso haber usado un problema legal inminente como una excusa instrumental para acercarme al análisis de temas que están por debajo de lo legal. Lo positivo y negativo de la institución propuesta tendrán que ser estudiados a la luz de las experiencias concretas que provienen de su aplicación.

Sin embargo, la preocupación no es el funcionamiento de la institución, sino la actitud que la aceptación o la repudiación implica.

Lo que es decisivo, es entender que cuando se intenta cambiar una institución de un sistema legal a otro, la meta es no copiar cada letra de los veinte o las treinta artículos exactamente, sino compartir, en alguna forma, con una moral transformada, ciertos conceptos antropológicos que siguen algunas veces cuando la institución se adoptará y se regulará en otro ambiente.

Consagrando un procedimiento ejecutorio extranjero al mores del proteccionista del individuo destituido implica, una actitud, advirtiendo que de hoy en adelante tendrán que tener más cuidado en manejar sus intereses. El estado cuidara de la educación de sus niños y de su atención médica pero no les dirá cuando y cómo uno pueden endeudarse.

Ecos que hablan contra aquéllos que consideran extremos económicos absolutos de la institución, contra la adopción inflexible de, "un instrumento legal y económico, que sólo asiste a la parte de negocios

36. DRUCKER, *supra* nota 28, a 178.

37. ROBERTO DROMI, DERECHO ADMINISTRATIVO 14 (Ciudad Argentina 1994).

legales que planea regular, al capitalista, bajo la apariencia de la modernización legislativa.”³⁸

Los sarcasmos legales coléricos eran arrastrado, en actitud similar, con relación a la reforma del régimen llevada adelante por ley 23.264³⁹ en la cual hay comparación casi total entre los niños legítimos e ilegítimos. De la misma manera, un autor indicó que “el bien común de la familia es abandonado ante el bienestar individual de sus miembros” (citación omitida) al hacer un comentario sobre el nuevo arreglo incorporado en el Código Civil, artículo 236, que permite a un niño nacido fuera de matrimonio investigar su maternidad “cuando es para atribuir al hijo a una mujer casada.”⁴⁰

Se denuncian esfuerzos flagrantes contra la identidad nacional de los argentinos y aparecen como ataques directos a nuestras idiosincrasias y a nuestras tradiciones. En términos de extremistas, Jorge Carrizo dice: “[m]uchos intelectuales en nuestro país predicán la necesidad de no sólo adaptarse a los requisitos impuestos por el proceso actual de la globalización, sino también para terminar con el debate sobre nuestra identidad nacional para facilitar nuestra transición al primer mundo.”⁴¹ Concluyendo, él afirma que, “la interdependencia, la internalización de la economía y la poliza que los poderes nucleares no han podido expresar sin enfatizar, al mismo tiempo, la dependencia y aumentando retraso nivel de las naciones más débiles, sin la pretensión de imponer en ellos la dominación cultural, vaciando su historia, liquidando sus tradiciones y su identidad.”⁴²

Se postula que incluso las clases, colonizadas por ideas extranjeras, cambian gradualmente la cultura real, que se cree en la sociedad en cuál uno vive y a la cuál pertenece, por la cultura de lo que es imaginario, “eso se construye de aspiraciones para cambiar realidades, unas aspiraciones muy diferentes a las de cambiar la realidad.”⁴³

Sin embargo, no es un resultado extraño, oír esas exigencias en una medida en la que la adopción de tales instrumentos legales no fue

38. Carlos A. Ghersi, *La Ley 24.441 de Financiamiento y Construcción de Viviendas*, EN REV. LA LEY 1112 (1995).

39. *Vea generalmente* REV. EL DERECHO LEGISLACION ARGENTINA 184 (1985).

40. Jorge A. Mazzinghi, *Componentes Ideológicos de la Reforma Legislativa en Materia de Filiación*, EN BOLETIN EL DERECHO 1 (Oct. 30, 1986).

41. Jorge H. Carrizo, *Construcción de la identidad nacional y proceso histórico en la Argentina, en Globalización, Integración e Identidad Nacional*, 355 LATINOAMERICANO, COLECCION ESTUDIOS INTERNACIONALES (1994).

42. *Id.* a 356.

43. GUILLERMO BATALLA BONFIL, PENSAR NUESTRA CULTURA 16 (Alianza 1991).

precedida por un análisis real por la sociedad Argentina sobre las implicaciones reales y concretas que el mundo supuestamente ha querido y exigido.

El problema central no atraviesa la identidad nacional, sino por vía de concebirlo. "Para tener éxito en las soluciones, uno tendrá que separarse de los caminos ominosos de la limitación servil de lo que es extranjero, tanto como del encierro estéril y desconfiado."⁴⁴ Tiene que ver con observar, criticar, experimentar y no sólo usando nuestra rica experiencia nacional, sino también usando todos los elementos disponibles que nos proporcionan la realidad inevitable de un mundo en aumento interdependiente. Realmente tiene que ver con "no perder la capacidad de elaborar en un horizonte que tiene sentido."⁴⁵

Al intentar explicar por cuales razones nuestro país no puede competir con otros o por lo menos por qué no puede competir con la posibilidad de tener éxito, se intenta exaltar ciertas características nacionales que no se llevan a cabo con eficacia, el esfuerzo más pequeño, el privilegio estatal, la rapidez nativa, se acepta, como una actitud que nosotros no podremos aspirar a la misma norma de vida de otros. La solución no consiste en una obstinación ciega para mantener tales características y una frustración sistemática porque los mismos resultados no pueden alcanzarse, asumiendo un análisis total del hecho que una preferencia excluye al otro. "El esquizofrénico nativo," dice Jorge Bustamante, "que intente conservar nuestros vicios y aspirar a las consecuencias de virtudes extranjeras conducira casi inevitablemente a infelicidad colectiva."⁴⁶

Vivimos en tiempos de definición. Argentina hoy necesita que las discusiones sean claras y tengan dirección específica. Debe librarse, por fin, de reverencias hacia ciertos conceptos filosóficos que, condenado por una carga emotiva negativa, generan sentimientos adversos espontáneamente.⁴⁷ Porque los términos del discurso social, enseña Jurgen Habermas, no sólo deben conocerse, sino también entenderse por todos los portavoces sin tener en cuenta la conclusión. (Citacion omitida).

44. Cristian Buchruker, *Notas Sobre la Problemática Historico-Ideologica de la Indentidad Nacional Argentina, en Globalizacion, Integracion e Identidad Nacional*, 324 LATINOAMERICANO, COLECCION ESTUDIOS INTERNACIONALES (1994).

45. NORBER LECHNER, *LOS PATIOS INTERIORES DE LA DEMOCRACIA* 118 (Fondo de Cultura Economica, Santiago de Chile, 1991).

46. JORGE E. BUSTAMANTE, *LA RESPUESTA LIBERAL* 96 (Privada 1988).

47. CARLOS SANTIAGO NINO, *INTRODUCCION AL ANALISIS DE DERECHO* 269 (Astrea 1988).

B. Asimilando Diferentes Sistemas Legales.

Rebotando entre los extremos de esta dicotomía de términos invertidos se ve un orden judicial desorientado. Desorientado porque nunca entiende si la función que realmente compete es la de realidades regulares como se presenta, de la manera postulada por Savigny o si debe, por otro lado, ser erugido, como fue sostenido por Bentham como un instrumento moralizando de hábitos y valiosas prácticas, estimulando al mismo tiempo nuevas expectativas.

Puede afirmarse, en cuanto a esto, que los cambios producidos en la sociedad se refleja, tarde o temprano, en el orden legal y esto al mismo tiempo, tiende a servir como un promotor de nuevas normas sociales.

Hoy lo que es legal se concibe, para abreviar, como un instrumento para organizar la vida social según los principios morales y las ideas políticas prevalecientes en la comunidad. Es por consiguiente lógico concluir que mas fluida intercomunicación de ideas y principios de otras culturas traerán un contacto más profundo entre las instituciones positivas en lugar de limitar el espectro legal de los sistemas respectivos.

“En todos los problemas legales grandes,” nota un gran jurista argentino, “debe observarse que todas las leyes se guían hacia dos o tres posibles soluciones y que dentro de cada una de ellas las soluciones legales son similares. El intercomunicación mayor entre las personas ha enfatizado una tendencia hacia uniformidad.”⁴⁸

En el mismo sentido, y durante la discusión parlamentaria que procedió la aprobación de la ley 24.441, el Diputado Crostelli indicó que, “[p]ara un mundo donde se han cortado distancias y los intercambios intensificaron, la aproximación de los varios sistemas de ley sin cambio en la estructura vernácula, indudablemente muestra un interés.”⁴⁹

Nosotros hablamos de consecuencias de los productos lógicamente infalibles de la historia. Nosotros abandonamos gradualmente viejas ideas fundamentales por serios objetivos que llevan al cambio. El tiempo de oponer al espíritu latinoamericano a favor de un mercantilismo sin el espíritu del Norte, la manera de Ariel por José Enrique Rodo ha pasado.

La ley, objeto cultural de excelencia, no puede quedarse ajena al proceso. En las palabras de Frederick Maitland, “[c]ualquiera que decide realmente poseer eso que se ha llamado sentido histórico debe, en mi opinión, abstenerse en vista de que una regla o una idea puede sobrevivir

48. Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil*, I DERECHO DE FAMILIA 191 (Perrot 1989).

49. *Vea generalmente* REV. ANTECEDENTES PARALAMENTARIOS 107 nn. 4, 19 (1995).

contundente. Un anacronismo así no ofendería no sólo su razón, sino también su tacto.”⁵⁰

Sin embargo, la asimilación es gradual, como que implica un tipo de transacción ideológica, la suerte para renunciar los principios axiomáticos completamente ciertos que anidan a las mentes estructuradas consiguiente a ellos. En la Europa de nuestros días, bastante alejada ya de ese equipaje extra de principios morales con los que nos educó donde todos parecen comunes, voces gritan exigiendo, “el levantamiento de nacionalismo legal que a una magnitud grande caracteriza nuestra conciencia. . . .”⁵¹

Hoy, Argentina vive en lo que se llamaría una crisis de incertidumbre.⁵² Todas las situaciones de crisis generan procesos fuertes de deestructurización de realidad y de sus códigos de interpretación y acción; pero también crean nuevas formas de estructura. Requiere un releendo del estado presente y el pasado. Exige un análisis completo de acciones disciplinarias que permiten una comprensión e incorporación de lo que es nuevo y merece ser incorporado.

C. El Desafío del Fiscal

La teoría clásica de actividad judicial que originó en la escuela de exégesis francesa y los conceptos alemanes de jurisprudencia, caracteriza esto como una aplicación mecánica de ciertas reglas a los casos considerados hoy mejores.⁵³ Alf Ross enseña que la evolución ha producido dos sistemas diferentes; el de creencias y el de las actitudes.⁵⁴

El ideal de comprender completamente las leyes aplicable a un caso y el conocimiento completo de los hechos pertinentes que deben juzgarse, ha sido reemplazado por la aceptación del hecho que el conocimiento de los procedimientos y el conocimiento de los hechos es, generalmente, imperfecto y por una tendencia a hacer el costo en todas las decisiones una serie de circunstancias del orden político, social y

50. H. A. FISHER, THE COLLECTED PAPERS OF FREDERIC WILLIAM 486 (Maitland, Brown eds. Gerbert & Sons ed. 1911) (nota editorial: traducido del Inglés).

51. RICHARD ZIMMERMAN, ROMAN LAW AND EUROPEAN LEGAL UNITY, IN TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE 67 (Martinus Nijhoff ed., 1994) (nota editorial: traducido del Inglés).

52. MARTA NAVARRO Y LILIA SERVETTO, DE LA IDENTIDAD EN LOS AÑOS INCIERTOS O DE ESTAT INCIERTA IDENTIDAD LAITNOAMERICANA, EN EL NUEVO ORDEN MUNDIAL Y NOSOTROS, CENTRO DE ESTUDIOS PARA LA INTEGRACION LATINO AMERICANA (San Juan 1993).

53. *Vea generalmente* ROSCOE POUND, INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO, (Tipografica 1972).

54. ALF ROSS, SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA 149 (Eudeba 1963).

económico, que rodea la sanción de los procedimientos legales así como a la producción del hecho examinado.

En el dominio de actitudes, la conciencia legal formal aseada que exigió la aplicación estricta de la ley compite hoy con la conciencia legal material de los jueces es, con el deseo de llegar a una solución aceptable a lo que es personal.

“El estudio de la posibilidad de cambios sociales a través de los derechos generalmente se ha concentrado,” afirma Carlos Nino, “en la creación de procedimientos legales por las ramas del legislativo.”⁵⁵ Sin embargo, la aplicación que hacen los jueces de los procedimientos legales para solidificar casos no tiene menos pertinencia acerca de las posibles consecuencias sociales. Si lo contiene o lo estimula, el magistrado tiene una influencia firme en todos los procesos sociales de cambio.

Varios estados prohíben la venta extrajudicial de propiedad hipotecada y otros admiten adoptar una actitud crítica hacia la figura que se manifiesta en la tendencia de las cortes para permitirlo sin efecto antes de la irregularidad más mínima. Una posición prudencial jurídica de este tipo genera una gran inseguridad y agrega para desacreditar y perder aceptación del procedimiento.

Es necesario delinear la posición que nuestras cortes deben tomar comparadas a una institución hasta ahora desconocida al menos acerca de su funcionamiento práctico,⁵⁶ como que todavía no es parte del sistema legal argentino. Los primeros fracasos han desmontado la posición inconstitucional del procedimiento de ejecución de hipoteca entendiendo que la gran carta no se ha asaltado en su carta ni en espíritu.⁵⁷ Por consiguiente, desperdicio de una actitud armoniosa en lo que es relacionado a la apreciación de los formalismos, con el propósito de lograr la coordinación adecuada entre los poderes del estado que sugieren en una determinación conjunta de curso común.

V. Conclusión

El análisis legal estricto de las instituciones que componen la Ley Económica es indispensable para determinar con claridad la conducta y actitudes que tendrán que surgir concomitantemente en el pecho de la comunidad. Se requiere en nuestros días, más que nunca, el establecimiento de reglas del juego transparente a aquéllos que nosotros

55. NINO, *supra* nota 47, a 302.

56. Manuel H. Castro Hernandez, *Ejecuciones Hipotecarias a la Luz de la ley 24.441*, EN EL BOLETIN EL DERECHO 1 (Feb. 1996).

57. Cam. Nac. Civil, Sala M, 08-10-1995, *Saager, Jorge y otro c. Cortina, Amalia s/ejecucion hipotecaria*, EN REV. EL DERECHO 1 (Feb. 1996).

seríamos capaces de la morada. Sin embargo, para que tal análisis legal fuera realmente riguroso no puede omitirse para tratar con la base institucional real y reglas, tanto como éstos no son sino instrumentos simples esculpos en las decisiones adoptadas anteriormente.

Los avatara que se procura regular y guiar a través del dictado de una ley son ante todo un fenómeno social. Una ley que busca como en el caso en cuestión, ofrecer una solución a un problema social como es el del albergue que tendrá que ser procedido por una discusión que, lejos de provenir en términos completamente económicos, se proyecta a los aspectos subyacentes. La tachadura de éstos permitirá la aceptación o el rechazo de aquéllos, pero como consecuencia, entonces de un razonamiento coherente, de la adopción consciente de una posición firmemente estructurada.

Analizar y entender precisamente el proceso de adopción anterior de decisiones es el desafío que cada nueva institución le pide al jurista comprometido que sepa realmente. Aquéllos que buscan trascender no mas la aplicación mecánica del mandato legal y, aquéllos que fundamentalmente, aspiren mediar con sus decisiones entre las relaciones humanice del pedestal alto de una corte, tendrá que ser sumergido en las aguas profundas de las razones fundamentales.

Sólo entonces podra su actitud tener el significado completo para activar coherencia. Sólo entonces podra dar un significado estricto y real a sus palabras, como que habrá logrado, a través de la reflexión profunda de las ideas, su contribución estructural a la solución del Silogismo Argentino.