

Revista Electrónica

Año II – N° 3 - 2008

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 II – N° 3 - 2008

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.aa



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
Bartolomé Clavero
Cecilia P. Grosman
Hortensia D. T. Gutiérrez Posse
Abelardo Levaggi
Mario Losano
Julio Maier
Guillermo R. Moncayo
Tulio E. Ortiz

ÁRBITROS

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

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Federico José Lago

Sumario

EDITORIAL

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

INVESTIGACIONES

- | | Pag. |
|---|------|
| • JORGE JUAN CORTABARRÍA - <i>EL RÉGIMEN MUNICIPAL BONAERENSE DE 1891 A 1955</i> | 8 |
| • SARA LIDIA FELDSTEIN DE CÁRDENAS - <i>EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO EXTRANJERO</i> | 32 |
| • MARÍA ISABEL SEOANE - <i>TRADICION Y RENOVACIÓN EN LA TESTAMENTIFACCION BONAERENSE DEL SIGLO XIX (Segunda Parte - Los sujetos testamentarios)</i> | 57 |
| • LETICIA VITA - <i>EL CONCEPTO "ESTADO" EN LA CIENCIA POLÍTICA MODERNA</i> | 99 |

MISCELÁNEAS

- | | Pag. |
|--|------|
| • BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ - <i>APUNTES A LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN TÍPICOS, ATÍPICOS Y MIXTOS</i> | 113 |
| • VERÓNICA LESCANO GALARDI - <i>INVESTIGACIONES DEL SIGLO XXI = ¿INVESTIGACIONES POST-GLOBALIZADAS?</i> | 136 |
| • JOSÉ G. VARGAS-HERNÁNDEZ - <i>LIBERTAD, DERECHOS Y ESTADO DE DERECHO EN LA GLOBALIZACIÓN</i> | 145 |

SEMINARIOS

- | | Pag. |
|---|------|
| • SEMINARIO PERMANENTE: DERECHOS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS | 165 |
| • SEMINARIO PERMANENTE SOBRE LA HISTORIA DE LA FACULTAD DE DERECHO. ACTIVIDADES 2008 - Coordinador: Dr. Tulio Ortiz | 167 |

CRÓNICAS

	Pag.
• BICENTENARIO DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO - ACTIVIDADES REALIZADAS Y PROGRAMADAS DURANTE 2008	172
• XXII JORNADAS DE HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO	177
• CONFERENCIA: "LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS Y LOS CONVENIOS DE LA HAYA"	178
• VIII JORNADAS NACIONALES DE FILOSOFÍA Y CIENCIA POLÍTICA	179
• PRIMERA JORNADA ABIERTA INTERDISCIPLINARIA - Tema: "El régimen jurídico del menor de edad"	181
• E-REVISTAS, POR VERÓNICA LESCANO GALARDI	183
• RESEÑA BIBLIOGRÁFICA - Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el derecho internacional privado	184
• XXII JORNADAS ARGENTINAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL (Tucumán, del 9 al 11 de Octubre de 2008)	186
• SEMINARIO DE DOCTORADO DEL PROFESOR ETIENNE BALIBAR EN EL INSTITUTO GIOJA, POR ALICIA FARINATI	187

EDITORIAL

Estas líneas acompañan la edición del tercer número de la Revista Electrónica de nuestro Instituto que, de tal modo, cumple con la regularidad que había prometido de inicio. Parece un hecho de menor importancia, pero no lo es. La historia de las actividades intelectuales en general y académicas en particular, está repleta de proyectos de esta índole, finalmente frustrados. Por inexperiencia, por falta de recursos materiales o humanos, por pérdida de los entusiasmos iniciales, por desilusión o entropía. Como quiera que sea, aunque tres números no hacen demasiado bulto, hemos conseguido preservar nuestra continuidad, y la calidad de los materiales difundidos y hemos conseguido que el entusiasmo acumulado para dar comienzo a la empresa, se mantenga estable. Esta cuestión nos reconforta a todos los que, desde distintos niveles de responsabilidad y esfuerzo, asociamos nuestro trabajo para la realización de esta publicación.

Otra gratificación debemos mencionar: se trata de un número relativamente importante de colegas de otros países de América Latina y algunos pocos europeos, que han “descubierto” la Revista, que nos han escrito para celebrar su existencia e incluso nos han remitido materiales para su eventual publicación, supuesto que la misma sea admitida por el Comité Evaluador.

Todavía no hemos conseguido organizar un archivo de trabajos lo suficientemente variados, como para darle un mayor equilibrio temático a cada número publicado. Lo ideal sería que pudieran combinarse trabajos de naturaleza dogmática, con otros de tipo teórico; análisis de problemas tradicionales del ámbito jurídico, con otros que enfoquen lo novedoso, lo innovativo, esto es, las áreas que conciernen a nuevas disciplinas jurídicas, como son la biodiversidad, la bioética, las cuestiones de género, el consumo, las comunicaciones, la globalización o la multiculturalidad, entre tantas otras. Sin embargo nos encaminamos con paso firme a obtener ese recurso y confiamos en que la divulgación de esta publicación nos vincule productivamente con investigadores del país y del extranjero para establecer los intercambios comunicativos que hacen, de manera insoslayable a la utilidad y sentido de toda y cualquier actividad de naturaleza cognitiva. En nuestro próximo número habilitaremos una sección de lectores para recibir comentarios, críticas y sugerencias. Hasta entonces.

Carlos María Cárcova



INVESTIGACIONES

EL RÉGIMEN MUNICIPAL BONAERENSE DE 1891 A 1955

Por Jorge Juan Cortabarría

RESUMEN

En el período 1891-1955 el régimen municipal de la Provincia de Buenos Aires entró en su madurez normativa. Al llegar la Unión Cívica Radical al poder (1918) comenzó una era de modernización de dicho ordenamiento jurídico dentro de los estrechos límites permitidos por la Constitución provincial. Al efectuarse en 1934, durante la vuelta del conservadurismo al poder, una reforma general de la Constitución bonaerense, se corrigieron sus más importantes fallas pero se mantuvo su espíritu. El peronismo no innovó mayormente en la cuestión.

PALABRAS CLAVE

Municipalidad – Constitución – Intendente – Buenos Aires - Radicalismo - Peronismo

THE MUNICIPAL REGIME OF BUENOS AIRES FROM 1891 TO 1955

By Jorge Juan Cortabarría

SUMMARY

During the period 1891-1955, the municipal regime of the Province of Buenos Aires reached its normative maturity. When the Unión Cívica Radical reached the power (1918) it began an era of juridic reorganization between the narrow limits allowed by the provincial Constitution. In 1934, when the Conservative Party returned to the power, they made a general reform in the provincial Constitution, the most important faults were rectified but not its basic spirit. The peronista party did not innovate in this question.

KEYWORDS

Municipality – Constitution– Intendant – Buenos Aires - Radicalism - Peronism

EL RÉGIMEN MUNICIPAL BONAERENSE DE 1891 A 1955

Por Jorge Juan Cortabarría*

1. ANTECEDENTES (1873-1889)

Con la Constitución de 1873 se consolidó en la Provincia de Buenos Aires el sistema del municipio-partido establecido en la primera Ley Orgánica de las Municipalidades, de 1854, y se trazaron avanzadas bases meramente programáticas (autonomía en materia de elección de sus autoridades y de competencia). Pero en su art. 228 permitió que subsistiera la Ley Orgánica mencionada, pese a su espíritu claramente distinto. Los constituyentes concebían al municipio como un ente autónomo, sin que esta condición entrañara la facultad de darse su propia carta orgánica, en lo que aún no se pensaba. Desde una perspectiva social, en congruencia con el modelo de Tocqueville, era un municipio concebido para ser manejado por las pequeñas burguesías vernáculas.

A través de la Ley Orgánica de 1876 se procuró poner en práctica –y con generosidad– el sistema ideado en el texto supremo, mas la ulterior variación de las condiciones financieras e ideológicas llevaron a suspender la aplicación de esa norma reglamentaria.

Las azarosas vicisitudes políticas posteriores, que alcanzaron su punto culminante con la revolución de 1880, retrasaron la puesta en marcha de la efectiva autonomía municipal, que solamente se logró –y no en todos los partidos– con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de 1886, que puso en práctica mucho de lo pensado por los convencionales constituyentes. A diferencia de la ley fundamental, la nueva norma, con más realismo, estableció grados de autonomía según la población urbana del distrito.

La ley de marzo de 1886, debida al gobernador Carlos Alfredo D'Amico, fue recibida con alborozo por los vecindarios y reanimó las respectivas políticas lugareñas. Desdichadamente, muchas veces los municipales no comprendieron la hondura de la mutación operada, y por eso dieron muestras de subordinación al Poder Ejecutivo provincial. Éste, a su vez, aprovechó la circunstancia y, en atención a las importantísimas funciones electorales que la Constitución de 1873 confería a los municipios para formar los padrones de todos los comicios populares, emprendió una política de dominación.

La reforma constitucional de 1889 dio carácter imperativo a las prescripciones del texto supremo sobre el particular. Entre las enmiendas más salientes se cuentan la de discernir a los municipios según tuviesen una población absoluta de 2.000 habitantes (si no alcanzaban esta cantidad, su autonomía era menor y quedaba casi por completo librada a la voluntad de la Legislatura) y la de fulminar con la nulidad absoluta e insanable todo acto o contrato celebrado por autoridades municipales no constituidas

* Abogado nacido en Luján, graduado en la Universidad de Morón y doctorado de la UBA. Autor de opúsculos y del libro *El Santuario de Luján 1753-1904*, editado en 1994. así como de centenares de artículos. Ha participado en varios congresos y jornadas historiográficas y publicado en revistas académicas. Integra la Junta de Historia de San Luis, la Junta de Historia Eclesiástica Argentina y el Instituto de Historia Militar Argentina.

debidamente. Con esto último se intentó combatir la viciosa práctica de hasta entonces. Otra gran novedad fue que en las disposiciones transitorias mandó que para el 1º de enero de 1891 las autoridades comunales estuviesen instaladas de acuerdo con la nueva normativa, so pena de nulidad absoluta e insanable de sus actos y contratos.

Urgidos por esta última cláusula, los legisladores sancionaron una nueva Ley Orgánica, acorde al flamante texto constitucional y extremadamente similar a la de 1886.

2. EL RÉGIMEN MUNICIPAL EN LAS POSTRIMERÍAS DE LA ERA CONSERVADORA (1891-1917)

Al fundarse la Unión Cívica Radical (1891) el régimen comunal bonaerense se regía por la Constitución de 1889, que preservó y aun profundizó los lineamientos de su predecesora de 1873: elección popular de los municipales, división de cada Municipalidad en un Departamento Deliberativo (a cargo de un Concejo) y de otro Ejecutivo (no precisaba si era unipersonal), proporcionalidad entre la población del partido y la cantidad de municipales, autonomía financiera y administrativa (autarcia y autarquía, respectivamente) dentro del marco estipulado por la ley fundamental, etc.¹

Al parecer, durante sus primeros años de vigencia estas prescripciones, reglamentadas por medio de la Ley Orgánica de las Municipalidades promulgada por el gobernador Julio A. Costa el 28 de octubre de 1890, eran acatadas. Por desgracia, desde la revolución cívico-radical de julio de 1893 las cosas empeoraron: el alzamiento referido produjo la caída de todas las autoridades constituidas y luego la intervención federal de la Provincia, que finalizaría el 1º de mayo de 1894. Desdichadamente, la normalización institucional sólo alcanzó a las municipales, de suerte que las comunas continuaron siendo administradas por "municipalidades" compuestas discrecionalmente por el Poder Ejecutivo. Advertidos de esta situación anómala, los legisladores dictaron una ley transitoria, denominada entonces "Ley Luna", por el senador mitrista que la concibió, promulgada el 24 de agosto del mismo año, por medio de la cual el gobernador era autorizado para designar a los municipales hasta la normalización de los municipios. Esta ley fue muy discutida por la oposición debido a su inconstitucionalidad y al riesgo de que el Poder Ejecutivo diseñara políticamente a las municipalidades, en cuyas manos, por mandato constitucional, colocaba la confección del registro cívico válido para todas las elecciones populares bonaerenses. La regularización de las más de 80 municipalidades fue paulatina, sancionándose después un par de leyes de prórroga de la de agosto de 1894.

Los enfrentamientos políticos continuaron y abundaron las acefalías y conflictos municipales, unas veces generados en las propias localidades y otras por el poder central, reacio a perder el control de los comicios. Así fue que surgió la premura de reglar legalmente los períodos de acefalías completas de las comunas, insuficientemente previstos en la Ley Orgánica de la materia. Mediante la ley de 9 de septiembre de 1897 (a partir de 1926 será la ley 2.627) se subsanó ese vacío jurídico. Mas como las querellas y acefalías rebosaban y la Suprema Corte provincial dejó su jurisprudencia en materia de conflictos municipales, adoptando un procedimiento muy lento, las intervenciones se prolongaron en exceso. Esta nueva

situación llevó al dictado de leyes que removieran las nuevas dificultades (de especial interés es la de 6 de octubre de 1904 –luego 2.877–, por la cual se permitió que los comisionados del Poder Ejecutivo, en caso de no poderse valer de la última ordenanza de presupuesto y cálculo de recursos, pudiesen modificarla, previo visto bueno del gobernador, y fueron confirmadas las enmiendas equivalentes ya introducidas). Por la ley de 14 de enero de 1909 (Nº 3.149) se procuró dificultar la constitución de los jurados populares encargados de juzgar políticamente a los municipales, dados los abusos cometidos últimamente.

En el interin, algunos gobernadores trataron de corregir la Constitución provincial, incluso en materia comunal (se ansiaba apartar a las municipalidades de la preparación de las elecciones y circunscribirlas a su fin específico: la atención de los servicios e intereses locales).

El doctor Bernardo de Irigoyen fue el primer gobernador que planteó expresa y formalmente la necesidad de la reforma constitucional. Logró el éxito pocos meses antes de que expirara su gestión.

Su sucesor, Marcelino Ugarte, siguió sus huellas, aunque con otro espíritu. Tras serias reyertas políticas en el interior del oficialismo, a más de la férrea crítica opositora, en 1904 fueron votados los constituyentes, mas el 18 de noviembre de ese año, la Suprema Corte bonaerense, en sentencia aprobada por una mínima mayoría de votos, anuló las elecciones de quienes reformarían la ley suprema provincial, dado que ellas fueron escrutadas a destiempo. Ugarte no bregó más por su reforma, aunque estaba íntima y plenamente convencido de que era imprescindible.

Quien lo sucedió en el “sillón de Dardo Rocha”, Ignacio D. Irigoyen, por decreto del 8 de enero de 1907, le encargó al doctor Luis V. Varela, ex diputado constituyente provincial (1870-1873) y ex juez de las Cortes federal y provincial, que estudiase cómo remediar la situación creada por la mencionada sentencia del máximo tribunal de Buenos Aires y propusiera modificaciones constitucionales. Varela aceptó el desafío. En mayo del mismo año ya estaban impresos los dos volúmenes de su célebre y valioso *Plan de Reformas a la Constitución de Buenos Aires*. Pero tampoco se logró instalar la Convención deseada. A causa de este fracaso, los gobernadores posteriores no impulsaron oficialmente la idea, hasta que en 1926 Valentín Vergara quebró esa abstención, mas otra vez estérilmente².

La reforma legislativa operada con la ley de 31 de diciembre de 1910 (Nº 3.304) constituyó el punto culminante de un proceso alimentado por una profunda crisis de ideas políticas y jurídicas manifestada no sólo en el ámbito bonaerense.

Para combatir el caudillismo municipal, el Poder Ejecutivo provincial recibió, por vía legislativa, atribuciones inconstitucionales.

El gobernador Ignacio D. Irigoyen, hombre de Marcelino Ugarte, el poderoso líder de los Partidos Unidos, asumió la primera magistratura bonaerense imbuido de ideas progresistas en materia municipal: en su primer mensaje a la Asamblea Legislativa (1º de mayo de 1906) prometió municipalizar los servicios públicos más ligados al consumo y a la vivienda del trabajador, los que serían fiscalizados directamente por la comunidad interesada; que en lo financiero y tributario las municipalidades se rigieran

¹ Ver sobre estas normas CORTABARRÍA, J. J. (1992).

² Ver CORTABARRÍA, J. J. (1993).

por la equidad y la responsabilidad, ya que debía existir armonía entre las distintas partes del Estado y los "errores, las incurias, la falta de método y de sano positivismo" causarían más daños inmediatos a los contribuyentes, especialmente a los más pobres. Irigoyen confesó su adscripción a la corriente defensora de una autonomía amplia de las municipalidades y, en general, de la descentralización administrativa. Sostuvo que en materia municipal hacían falta reformas legislativas y hasta constitucionales y que la tarea a emprender sería vasta, por cuya razón pidió ayuda.

Un año después, pudo expresar su gozo de que, mientras al asumir el mando había 25 municipalidades acéfalas, a la fecha apenas quedaban 9 en esa situación. También le fue grato informar a los legisladores que las rentas municipales habían crecido un 13,5 % en 1906 respecto del año precedente, en que alcanzaron los \$ 8.162.839,92³.

La crisis política que llegó a su cenit cuando el presidente de la República, José Figueroa Alcorta, clausuró las sesiones extraordinarias del Congreso e impidió la entrada de los legisladores a su edificio (25 de enero de 1908), debilitó en extremo la posición del entonces senador nacional Marcelino Ugarte, jefe de una numerosa bancada en la Cámara de Diputados de la Nación. Ugarte renunció a su banca y se retiró por algunos años a la vida privada. El gobernador Irigoyen, en tanto, sufrió el peligro de una intervención federal y acabó sometiéndose al Poder Ejecutivo nacional⁴.

A Irigoyen le sucedió el veterano coronel José Inocencio Arias. A efectos de paliar o acabar con la aguda crisis municipal de la Provincia, por decreto del 20 de agosto de 1910 Arias le encargó al jurista entrerriano Juan Ángel Martínez que estudiase la Ley Orgánica de las Municipalidades de 1890, las leyes que las modificaron y las sentencias de la Suprema Corte de la Provincia a fin de que, luego de ello, proponga las enmiendas que creyera convenientes, expresando los motivos de cada una de sus propuestas, sin desmedro de otras instrucciones que le diere el Ministerio de Gobierno. En sus considerandos, el gobernador decía que la experiencia había evidenciado que la organización municipal de por entonces no respondía, en general, a los "grandes propósitos de la Constitución ni a los justos anhelos de la opinión pública"⁵.

El trabajo que le encargó el gobernador Arias se publicó en 1910, con el título *Nueva Ley Orgánica de Municipalidades. Fundamentos constitucionales del proyecto de reformas*, de 84 páginas.

En su escueto prefacio expuso que el objeto de su trabajo era un anhelo de toda la Provincia, donde crearía "un ambiente nuevo" que removería importantes escollos que retrasaban su prosperidad. Censuró la opinión según la cual la Ley Orgánica de 1890 constituía "un modelo de organización democrática, una escuela de civismo, un foco de luz vivificante y misterioso, destinado a irradiar la vida por todas las arterias del cuerpo político", que era un craso y vulgar error. Es más: calificó a esa norma jurídica de "monstruosa y asimétrica", y dijo que convirtió a "cada centro de población en un semillero de escándalos". Ese desbarajuste constante ensombrecía todos los aspectos de la vida bonaerense y ponía en

³ Mensaje del gobernador Irigoyen, *Senadores*, año 1907, p. 12.

⁴ ARCE, J. (1959), 237-255.

⁵ *Registro Oficial*, año 1910.

peligro la integridad misma del Estado. Recordó que como diputado nacional reprobó los proyectos presentados en el Congreso con miras a dividir la Provincia. Con arreglo al jurista entrerriano, para remediar tal estado de cosas era forzoso homogeneizar la vida y las instituciones provinciales ajustando los resortes de su organización que han aflojado las luchas de intereses de círculos, y los localismos sin rumbo y sin bandera, cuya filiación histórica es de disolución y retroceso.

Confesó que con ese espíritu emprendió su obra *de lege ferenda*, resultado de "convicciones honestas y de [una] meditación tranquila y concentrada". Pidió a quienes tuvieran voz y voto en el debate parlamentario del anteproyecto que lo estudiaran sin prejuicios, teniendo en mira el bien común y asumiendo sus responsabilidades ante el presente y el porvenir⁶.

Juzgaba absurdo y anticonstitucional que cada Municipalidad pudiese crear, suprimir y aumentar impuestos, prerrogativas que consideró perjudiciales para la Provincia, por cuanto generaba una "anarquía" financiera. Sólo el Poder Legislativo debería orientar económicamente al Estado, sentenció⁷.

El trabajo de Martínez difería sustancial y formalmente de la Ley Orgánica de 1890. En general, trató de menoscabar lo más posible el régimen municipal, llegando a atropellar la letra y el espíritu de la descentralista Constitución de 1889, principalmente con el par de reformas sustantivas señaladas. Claro que, a los ojos del autor, no se vulneraba la ley suprema bonaerense, cosa que pretendió demostrar falazmente. El criticado reglamentarismo de la ley máxima de la Provincia no bastó para impedir que fuera transgredida.

El gabinete provincial debatió el anteproyecto de Juan A. Martínez, y concluyó que su adopción entrañaría un avance desmesurado del Gobierno provincial sobre las municipalidades, muy probablemente anticonstitucional. Pese a ello, como el gobernador Arias estaba resuelto a poner orden en el menor plazo posible, fue elaborado un proyecto de ley destinado a modificar la Ley Orgánica parcial pero significativamente, tendiendo a una centralización.

Afortunadamente, este clima agobiante cesó desde que se pusieron en práctica los relevantes proyectos de reforma electoral del presidente Roque Sáenz Peña, resultado, a su vez, de un nuevo marco de ideas que reivindicaba lo español, lo tradicional y lo nativo. Fue así que en septiembre de 1912, siete meses después de la sanción de la célebre ley nacional 8.871, fue derogada la ley bonaerense de 31 de diciembre de 1910, restableciéndose al régimen precedente (la ley derogatoria será posteriormente la N° 3.436). Ahora se exaltaba la autonomía municipal. El decaimiento de la originalidad conservadora era manifiesta desde la derogación de la polémica ley de 1910.

El fracaso del general Arias y las sucesivas muertes o mandatos muy breves de sus sucesores, las grandes modificaciones jurídico-electorales y el deterioro de las finanzas públicas y de la economía en general, más aún desde el estallido de la Primera Guerra Mundial (agosto de 1914), contribuyeron a esa decadencia.

⁶ PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1910), 3-5. Ver CORTABARRÍA, J. J. (2002)

⁷ *Ibidem*, pp. 29-30.

El socialismo y el radicalismo en ascenso, ¿traerían nuevas ideas y prácticas a la vida municipal bonaerense una vez que las instituciones locales fuesen restauradas?⁸.

3. EL RÉGIMEN MUNICIPAL DURANTE EL APOGEO RADICAL (1918-1930)

La intervención federal de la Provincia de Buenos Aires, decretada por el presidente Hipólito Yrigoyen el 25 de abril de 1917, trajo consigo muchos cambios de gran importancia. De emplearse la terminología de José Luis Romero, se podría afirmar que en aquella la línea del *liberalismo conservador* daba lugar a la de la *democracia popular*. Con todo, el cambio fue importante, pero no completo, pues entre los radicales figuraban no pocos componentes de la oligarquía terrateniente tradicional⁹.

Además de importar el advenimiento al poder del radicalismo yrigoyenista, la asunción del gobernador José Camilo Crotto (1º de mayo de 1918) causó una vasta renovación de dirigentes en el principal partido político derrotado, el Conservador: Ugarte se retiró definitivamente de la política y aparecieron nuevos hombres en representación de aquél en ambas Cámaras legislativas.

De estas renovaciones surgieron remozadas iniciativas reformistas, acotadas por el reglamentarismo constitucional y por una morigeración de las críticas a la ley suprema dictada tres decenios antes.

Cuando Crotto asumió el Poder Ejecutivo, había, por diversas causas, 30 municipios acéfalos¹⁰.

Primero, a propuesta del Poder Ejecutivo, se intentó regularizar el municipio de La Plata, de tan accidentada trayectoria institucional. Ulteriormente se actualizó la representación comunal, pues el más flamante censo, el del 1º de junio de 1914, reflejaba cambios sustanciales en la demografía bonaerense¹¹.

Legisladores radicales, conservadores y socialistas proyectaron variaciones parciales unas veces, integrales otras, que casi en ningún caso recibieron la sanción de las Cámaras.

La principal propuesta presentada durante el ciclo dominado por el radicalismo fue la que alteró el sistema de designación del intendente municipal y solucionó la cuestión de la representación de las secciones de Justicia de Paz, aprobada en julio de 1926 (ley 3.858). Tras esta modificación democratizadora y pionera a nivel nacional, la originalidad o creatividad decayó por varios años, hasta que en 1933, ya en una nueva era política, otra vez dirigida por los conservadores, el socialismo tomó la delantera, mas contadas veces pudo imponer sus ideas renovadoras.

Al promediar la tercera década del siglo, el gobernador Cantilo insinuó tímidamente que convenía una reforma constitucional, mientras que su sucesor inmediato, Valentín Vergara, la defendió sin rodeos. Pero será sólo en 1934 –durante la primacía conservadora, y con la lamentable abstención del principal

⁸ Los primeros legisladores socialistas en la Provincia de Buenos Aires datan de 1914 y fueron Adolfo Dickmann y Jacinto Oddone (ODDONE 1994, 97).

⁹ ROMERO, J. L. (1990), 218-219, y ROMERO, J. L. 1987, 100; GALLO, E. Y SIGAL, S. (1965), 124 y ss.

¹⁰ PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1919), 39.

¹¹ Desde 1890 la población absoluta de la Provincia había crecido un 171,06 % y a una tasa anual media de 38,4 %, y la de los 19 partidos que rodean a la Capital Federal creció aún más, pues de reunir el 16,3 % del total en 1890, pasó al 22,2 % de 24 años más tarde, y la población urbana representaba en 1914 el 55,3 % (1.143.099 habitantes; en 1881

partido popular– que se instaló una Convención Constituyente, que dictó el estatuto supremo aún vigente, modificado en 1994.

En virtud de la ley de 7 de septiembre de 1926, se procedió a numerar las leyes de la Provincia de Buenos Aires, siguiéndose la compilación legislativa de Federico Ketzelman y Rodolfo F. de Souza.

Con posterioridad, el 2 de noviembre del mismo año, el gobernador Vergara promulgó una ley que modificaba el art. 28 de la ley de 29 de julio de 1926 (Nº 3.858) y el 5º de la de 28 de octubre de 1890 (Nº 2.383). En el primero se agregó un párrafo para que en el departamento judicial de la capital el escrutinio se verificara en el recinto del Senado y en los demás en las dependencias judiciales o en la Casa Municipal, según lo dispusiese la Junta respectiva. En el segundo se modificó su redacción, y se permitió que el presidente y los vicepresidentes de cada Concejo fueran elegidos a simple pluralidad de sufragios de los presentes que formen quórum (antes hacía falta el voto de la mayoría absoluta) y, en caso de empate, se proclamase electo al candidato de la lista más votada en los comicios que lo llevaron al cuerpo. Pero si los candidatos empatados perteneciesen a la misma lista, se designaría por sorteo.

La ley 3.932, promulgada el 30 de septiembre de 1927, estableció la incompatibilidad entre los cargos de municipal, consejero escolar y legislador. Fue la última que sobre temas municipales se dictó durante el período en que prevalecía el radicalismo.

4. EL RÉGIMEN MUNICIPAL EN LA ÚLTIMA ERA CONSERVADORA (1930-1943)

El gobierno *de facto* instaurado en septiembre de 1930 no modificó el régimen municipal bonaerense: se circunscribió a declarar caducas a las municipalidades elegidas popularmente, a las cuales suplantó con comisionados.

En lo que atañe al régimen comunal, el gobierno *de iure* puesto en marcha el 18 de febrero de 1932, de abrumadora mayoría conservadora o demócrata nacional, dictó únicamente dos leyes al respecto, las 4.115 y 4.183: por la primera abrogó la ley 3.932 (que había tornado incompatibles los cargos legislativos con los municipales) y por medio de la segunda reemplazó la vieja ley de 28 de octubre de 1890, Orgánica de las Municipalidades, y las que la modificaron y seguían vigentes.

En su primer mensaje ante la Asamblea Legislativa al asumir el mando (18 de febrero de 1932), el gobernador Federico Martínez de Hoz confesó sus mayores preocupaciones (entre las cuales se contaba el régimen municipal), recordó intentos reformistas en el terreno constitucional (omitió el de Vergara) y sostuvo la conveniencia de que las funciones “políticas” de los municipios no prevalecieran sobre las administrativas, dado que –a su juicio– “los gobiernos comunales deben ser ante todo y sobre todo una prolongación de los gobiernos buenos y simples de familia en el más amplio y noble significado de la expresión”. Como se colige, el mandatario compartía la doctrina municipalista tradicional y preponderante por esa época. Al tratar sobre la reforma constitucional bonaerense, defendió la disminución del número

la misma era de 112.334, el 22,1 % del total siguiendo el método censal adoptado desde 1895 y respecto de la misma superficie).

de elecciones (que a veces eran cuatro en sólo un año) mediante la unificación de éstas, además de fijarlas en una oportunidad que no perturbara el trabajo como ocurría –según él– por esa época¹².

También exteriorizó su enfoque municipalista tradicional en uno de los considerandos del decreto 87/33, en el caso de Moreno, donde dijo que “las comunas son a la Provincia lo que las Provincias son a la Nación en cuanto a independencia se refiere”¹³.

Al inaugurar el LXXIX período de sesiones de la Legislatura (4 de mayo de 1933), Martínez de Hoz insistió en que era preciso modificar la Constitución por las razones que expresara al asumir el poder. Pero esta vez agregó una causa más, que afectaba la esencia del régimen municipal bonaerense: la necesidad de “deslindar en lo que sea posible, el municipio urbano del partido rural”. Esto suponía tácitamente la adopción de alguna de las ideas de Luis V. Varela, tocándose la llamada “base territorial” del municipio¹⁴.

En la misma ocasión, el gobernador hizo saber que estaban intervenidos apenas 3 de los 110 partidos en que aún estaba dividida la Provincia (Exaltación de la Cruz, Moreno y General Alvear, aunque se debe recordar que la UCR se abstenía y que el Partido Socialista podía usufructuar poco ese estado de cosas, por lo cual el Partido Demócrata Nacional había obtenido cómodas mayorías en los concejos deliberativos). En otros 5 distritos la intervención se reducía al Concejo. En cuanto al color político de los ejecutivos comunales, dijo que 97 eran demócratas nacionales, 8 radicales (sic) y 3 socialistas. Acaso esos radicales pertenecieran a la línea antipersonalista.

El 25 de octubre de 1932 un grupo de senadores conservadores presentó un proyecto tendiente a derogar la ley 3.932, que había establecido la incompatibilidad de los cargos de legislador y de municipal o consejero escolar. Los conservadores creían que esa restricción ofendía una fuerte tradición partidaria.

Declaraba expresamente la compatibilidad entre esos cargos (art. 1º); hacía lo propio en lo que atañe al intendente municipal (art. 1º) y derogaba toda ley contraria (art. 3º). Su art. 4º era de forma.

El senador informante sostuvo que la ley 3.932 nació de una imposición del caudillo Hipólito Yrigoyen, que amenazaba con una intervención nacional. Cabe recordar que cuando ese presidente intervino la Provincia, en 1917, censuró, en los considerandos del decreto respectivo, la práctica de acumular cargos legislativos y municipales.

Quedó aprobado en general unánimemente y sobre tablas en la misma sesión¹⁵. En la inmediata, al día siguiente, quedó sancionado en particular y sin reparo alguno¹⁶.

El mismo 26 de octubre entró en la Cámara de Diputados, y fue enviado sin demora a su Comisión 1ª de Legislación¹⁷. Al día siguiente ésta aconsejó aprobar el proyecto, lo cual hizo la Cámara en

¹² *Senadores*, año 1932, t. I, p. 14.

¹³ PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1933), 37.

¹⁴ *Diputados*, año 1933, p. 79.

¹⁵ *Senadores*, año 1932, t. II, pp. 578-579.

¹⁶ *Ibidem*, p. 619.

¹⁷ *Diputados*, año 1932, t. II, p. 47.

dicha sesión¹⁸. El 28 fue debatido en particular, y no recibió objeción alguna¹⁹. El Poder Ejecutivo lo promulgó en seguida, convirtiéndose en la ley 4.115.

Bajo la férula de los conservadores, la Legislatura trató de llevar a cabo una modificación amplia y modernizadora de la legislación sobre las municipalidades mediante una nueva Ley Orgánica que incluyera las leyes que habían alterado a la de 1890. A tal fin, creó una Comisión Interparlamentaria de Reformas a la Ley Orgánica de las Municipalidades, integrada únicamente por conservadores²⁰.

La primera diferencia de la futura ley 4.183 con la legislación por esa época vigente aparece en la afinada sistematización de materias del nuevo estatuto. Mientras que los 127 artículos de la ley de 1890 estaban agrupados en VII capítulos, los 205 de la ley 4.183 estaban reunidos en un número de capítulos muy superior: XXVIII, índice suficiente de las grandes diferencias metodológicas entre ambas leyes y de la mayor meticulosidad de la última, aun cuando a la ley antigua se le sumaran los artículos de las leyes que la modificaron.

Encarriladas las instituciones provinciales, los senadores oficialistas Nicolás Salas Chaves, Saúl A. Obregón, Alberto J. Medús, Homero Fernández y Atilio Roncoroni presentaron, en la sesión del 28 de octubre de 1932, un proyecto de ley de necesidad de la reforma²¹. La Cámara a la cual pertenecían lo aprobó por unanimidad. El 2 de febrero de 1934 la de Diputados lo sancionó por más de las 3/5 partes de sus miembros (el mínimo exigido en el art. 216 de la Constitución era precisamente ese porcentaje en cada Cámara). El 5 de ese mes el gobernador Federico L. Martínez de Hoz, quien desde su discurso inaugural propició corregir la Constitución, lo promulgó como ley 4.209.

El previo y obligatorio plebiscito se verificó el 25 de marzo siguiente: de los 280.528 votantes, 163.743 (el 58,3 %) se inclinaron en favor de la reforma (72.479 lo hicieron en contra y 44.376 se abstuvieron). El 27 de junio la Asamblea interpretó que se debía convocar a una Convención, y el 6 de julio se sancionó la ley 4.219, que reglamentó las elecciones de quienes la integrarían y dispuso que éstas se celebraran el 19 de agosto.

Pese a que, por la abstención de la Unión Cívica Radical (que cesaría en enero de 1935), la mayoría de la opinión pública (incluso el Partido Socialista, único opositor con representación legislativa

¹⁸ *Ibidem*, pp. 95-105.

¹⁹ *Ibidem*, p. 133.

²⁰ *Senadores*, año 1932, t. II, p. 59.

²¹ Dichos diputados, al fundamentar su propuesta, dijeron sobre el régimen municipal: "En esta parte del régimen municipal entienden que sería una modificación importante y ventajosa la ampliación del término de los funcionarios municipales con el fin de darles el tiempo necesario para desenvolver su acción el Gobierno.

"Este término podría coordinarse con la duración que se le asigna a los otros poderes, de modo que el acto eleccionario se efectúe uniformemente cada cuatro años en toda la Provincia, evitando la perturbación de todo orden que trae aparejada la multiplicación de elecciones que altera el desenvolvimiento de la vida normal del pueblo y fomenta el profesionalismo político.

"En este capítulo son muchas las modificaciones que habría que introducir, de capital importancia para el desenvolvimiento de los municipios y cuya decisión dejamos librada al buen criterio de la convención" (PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1936), I, 301).

en Buenos Aires) opinaba que la reforma de la Constitución de 1889 era inoportuna (v. *La Nación y La Prensa* del 18 de marzo de 1934), igual se declaró la necesidad de ésta²².

En los comicios de diputados convencionales del 19 de agosto de ese año, de 672.149 empadronados, apenas votaron 248.778 (el 37 %), de los cuales 195.301 (el 78,5 %) sufragaron por el Partido Demócrata Nacional (conservadurismo y aliados), 37.210 por el socialismo, poco más de 3.000 por otros dos partidos de izquierda y 13.223 lo hicieron en blanco. De resultados de estos comicios, que la Asamblea Legislativa aprobó el 5 de septiembre, la Convención Constituyente se compuso de sólo un par de bloques: el demócrata nacional, de 106 integrantes, y el socialista, de 20.

De acuerdo con *El Día*, la prensa independiente interpretaba que, con tan débil interés, el electorado bonaerense evidenciaba su disconformidad con esa revisión. "Los constituyentes que surjan de estos comicios, serían pues el fruto de un escamoteo electoral y lo que ellos resuelvan al constituirse en convención, no podrá aceptarse como la expresión de la voluntad del pueblo, tal cual lo ha querido la Constitución al fijar las condiciones en que podrá ser reformada" (19, 21 y 22 de agosto de 1934).

Según al diario fundado por Mitre, esa magra participación comicial privaba a la Convención de representatividad popular (21 de agosto de 1934).

La Convención Constituyente (que presidió Juan Vilgré La Madrid) sesionó en La Plata del 27 de septiembre al 29 de noviembre del año señalado. El 23 de noviembre sancionó una Constitución, promulgada seis días después. El 22 de noviembre, cansados de no ser atendidos, los socialistas dejaron definitivamente el cuerpo (en octubre lo habían hecho provisoriamente).

El nuevo texto constitucional siguió las líneas de sus predecesores de 1873 y 1889, mitigando el reglamentarismo de ambos. En general, cabe decir que la gran mayoría de las enmiendas introducidas pulió al derecho público bonaerense, aun cuando no se incorporaran instituciones avanzadas, ya consagradas en las Constituciones de Santa Fe (1921), Córdoba (1923), San Juan (1927) y Entre Ríos (1933), pese a que el socialismo planteó interesantes enmiendas; bien que en el proyecto del gobernador radical Vergara tampoco se ofrecían alteraciones de avanzada. Ninguno de los dos bloques de la Convención procuró implantar la autonormatividad constituyente municipal (comenzada a aplicar en Missouri –Estados Unidos– en 1875), ni los sistemas estadounidenses de la Comisión y de la Comisión y el gerente (*City Manager Plan*), que aseguran la eficacia administrativa sin perjuicio de la democracia y que fueron recomendados por el memorable Congreso de Ciencias Sociales celebrado en San Miguel de

²² El diputado conservador Miguel Osorio, durante la discusión del proyecto de ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional (1º de febrero de 1934) expresó elocuentemente: "¿Será posible, señor presidente, que nosotros renunciemos a nuestro derecho de declarar la necesidad de la reforma, porque influencias extrañas quieran imponernos un estatismo absoluto en materia de legislación? ¿Será posible detener la marcha ascendente del primer estado argentino, porque a un partido político se le ocurra declarar su abstención? ¿Acaso el país no se ha desenvuelto con toda brillantez y no ha realizado los mejores anhelos de su población a pesar de la actitud del partido político que durante 30 años se negó a cumplir sus deberes cívicos? ¿Habremos de esperar ahora cuando todos los órganos de opinión han reconocido la necesidad de la reforma, a que ese partido quiera incorporarse a las actividades cívicas para promover nosotros las leyes que estimemos convenientes y necesarias para el progreso de la provincia?"

Tucumán en 1916²³. Tampoco se lo propugnó en las propuestas reformistas constitucionales anteriores. Las innovaciones más sobresalientes fueron las hechas en el régimen electoral, la supresión del juicio por jurados, la autorización de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas y la derogación del acuerdo del Senado para la designación de los ministros del Poder Ejecutivo.

Su 2ª Comisión, "Régimen Electoral y Municipal", fue compuesta por José Arce, Juan G. Kaiser, Nicanor Salas Chaves, Silvio L. Ruggieri, Edgardo J. Míguez, Saturnino Salcedo, Miguel Osorio (demócratas nacionales) y José E. Rozas (socialista).

El régimen municipal no experimentó grandes variantes, ya que cayó en saco roto la sugerencia socialista de dejar el tradicional municipio-partido por el municipio-ciudad, pues el oficialismo temía que el segundo las multiplicara en exceso.

Así y todo, las reformas más dignas de atención fueron: la determinación del carácter unipersonal del Departamento Ejecutivo; la fijación de un mínimo y un máximo de concejales; la extensión a cuatro años del mandato del intendente y de los concejales, renovándose estos últimos por mitad cada dos años; la prescripción de que los municipales fueran elegidos "en el mismo acto en que se elijan los senadores y diputados"²⁴; la abolición de las atribuciones de juzgar "la validez o nulidad de las elecciones de sus miembros" y de "convocar a los electores del distrito para llenar las vacantes de aquéllos" (art. 205, inc. 1º, Constitución de 1889), una de las normas más criticadas por los abusos a que daba lugar; el incremento a

²³ Adolfo Posada, el gran politólogo y publicista español de principios del siglo XX, aseveró que "es evidente que nada perturba y corrompe al régimen municipal como la subordinación de su política a la de los partidos nacionales, haciendo que las elecciones municipales se efectúen con el supuesto de los problemas generales y como luchas de partidos llamados a reflejar las tendencias políticas producidas en relación con aquellos problemas" (POSADA, "Prólogo" a ROWE, L. S. (1914), p. xxx).

²⁴ *Memoria del Congreso de Ciencias Sociales*, p. 512, y ALEJANDRO SHAW, "Normas para una política municipal en la República Argentina", p. 529, cit. por BIELSA (1930), 164.

El sistema de la carta surgió de una reforma constitucional dictada en ese Estado, por la cual se dispuso que las ciudades de más de 100.000 habitantes pudieran darse su propia ley fundamental (en 1930, 16 Estados de la Unión lo habían recogido). Nueva York (1914) y Massachusetts (1915) instauraron el *Optional Charter System* (posibilidad de elegir el sistema de gobierno más adecuado para el municipio) (HERNÁNDEZ (1984), I, 270-271). Frank J. Goodnow señaló que los municipios estadounidenses procedían de las concesiones de privilegios a ciertas secciones del país, donde residían relativamente muchas personas: cada municipio era creado por una ley especial o carta que reglaba su funcionamiento (GOODNOW (1900), 14). Dichas cartas eran modificadas sin consultar al pueblo, como si fueran meras leyes (GOODNOW 1901, 1901, 12). "La ciudad es tratada –escribió Goodnow– como si fuese simplemente una de la larga serie de autoridades administrativas. Sus poderes y su jurisdicción son delimitadas de tiempo en tiempo por el poder que hace las leyes del Estado, en la misma forma en que delimita las atribuciones de las autoridades administrativas bien reconocidas del Estado", lo que obedecía a la desconfianza que inspiraba el Concejo y al ansia de simplificar la administración (ibidem, p. 13). El de la Comisión despuntó en 1903, en Galveston (Texas, Estados Unidos), y consistía en un cuerpo de 5 miembros (2 elegidos popularmente y 3 designados; luego todos fueron electivos) que desempeñaba todas las facultades municipales; las ejecutivas eran repartidas entre sus integrantes (esta particularidad fue tachada de inconstitucional en 1903). Alcanzó gran desarrollo en dicho país (lo adoptaron Houston, Dallas, etc.), y es considerado el ideal para las pequeñas ciudades. Nació de la creciente influencia del modelo empresario en el pueblo y de la doctrina que equipara la administración municipal con el negocio privado (ROWE L. S. 1914, 207-210). El *City Manager Plan* devino del precedente, surgió originariamente en Dayton (Ohio, Estados Unidos, 1913) y se caracteriza porque, semejando a las sociedades anónimas, el gerente o director es ajeno a las lides políticas: es un técnico que es nombrado y removido en cualquier momento por la Comisión, designa los empleados y proyecta el presupuesto de gastos y el cálculo de recursos de cada año. Pese a que fuera recomendado por el Primer Congreso Panamericano de Municipios (La Habana, 1939), en América Latina sólo lo adoptó San Juan de Puerto Rico (1931), donde la Comisión era nombrada por el gobernador con acuerdo del Senado (ALBERTO ELGUERA, "Municipio", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires).

dos años del mínimo de residencia para que los extranjeros puedan ser electores en el distrito en que la tengan y la duplicación, con idéntico objeto, del mínimo de contribución impositiva provincial y municipal; la creación de una mayor limitación electoral a los extranjeros al exigírseles, para ser elegibles municipales, cinco años de residencia mínima en el distrito además de estar inscriptos en el registro; la previsión –a diferencia de los textos anteriores– del caso de que el Concejo Deliberante no sancione el presupuesto antes de comenzar el año en que debe regir; la autorización de consorcios de municipalidades y cooperativas de vecinos destinados a fundar superusinas eléctricas; la supresión de las Comisiones de Vecinos para el gobierno municipal de los partidos con menos de 2.000 habitantes (art. 208); en los conflictos comunales internos, con otras municipalidades o con autoridades de la Provincia, la nueva Constitución estableció la competencia originaria de la Suprema Corte. Etc.²⁵.

El informante de la Comisión de Régimen Electoral y Municipal, Saúl A. Obregón, reveló²⁶ que el cuerpo había planeado muy pocas modificaciones en la Constitución porque consideró que, en 44 años de experiencia, las municipalidades actuaron con amplitud y provecho, y que las modificaciones fundamentales se refieren a la ampliación del mandato de los municipales que, de dos años se ha elevado a cuatro, no sólo con el propósito de reducir los actos electorales sino –y esta es la razón de mayor peso– para dar a los municipales en el desempeño de sus funciones el tiempo necesario para desarrollar una acción proficua en beneficio de los intereses comunales. En esto ha habido coincidencia de los dos partidos políticos representados en esta convención, lo cual evidencia en forma terminante que esa modificación es ventajosa y que, en consecuencia, responden a una verdadera y sentida necesidad.

La otra modificación que merece destacarse –siguió Obregón– se refiere a la forma de elección del funcionario que estará a cargo del departamento ejecutivo.

Dijo que así se permitirá que una ley establezca su elección directa (sesión del 21 de noviembre de 1934).

Enseguida, respaldándose en Luis V. Varela, la tendencia universal, la índole urbana de lo municipal y las recientes reformas constitucionales efectuadas en las provincias de Santa Fe (1921), Córdoba (1923) y Entre Ríos (1933), y en nombre de la bancada socialista, el convencional Antonio Borrás abogó por el municipio-ciudad²⁷ y la adopción de formas semidirectas de democracia.

Borrás afirmó que el contenido dado a esta sección por los constituyentes de 1873, conceptuamos que ha sido de positivas ventajas para la provincia de Buenos Aires y creemos que si el régimen adoptado hubiese contado con la cultura política suficiente de las distintas agrupaciones actuantes, hubiera rendido mayores beneficios aún y habría contribuido mejor al progreso político y social de nuestras ciudades. Pero la institución municipal en la Provincia ha sido utilizada por las distintas agrupaciones políticas que se han sucedido en el gobierno de la misma, como un resorte electoral, y a menudo como un medio para encumbrar caudillos más o menos analfabetos y para satisfacer deseos que no siempre han sido los del

²⁵ LEVITÁN, 1986, I, 53.

²⁶ PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1936), II, 637.

bien público. De ordinario, salvo algunas excepciones, los municipios de la Provincia de Buenos Aires, no obstante contar con un régimen autonómico aceptable, y una serie de atribuciones bastante completas, han olvidado el estudio y la consideración de los problemas comunales más importantes y esto ha motivado en algunas épocas y en determinadas comunas, el alejamiento casi absoluto del pueblo y de los vecindarios de la vida municipal; ha engendrado en cierta medida el desinterés popular por la administración de los asuntos de carácter local. Es así como podemos constatar que en algunas comunas de la Provincia se hayan llegado a sancionar ordenanzas o resoluciones que han perjudicado y perjudican aun de una manera notoria el interés del vecindario.

Agregó que el régimen comunal bonaerense no sólo languideció por esos factores: además existió “una tendencia pronunciada e ininterrumpida de los gobiernos centrales, a avasallar las autonomías municipales en unos casos, y a limitarlas o restarles facultades y derechos en otros”.

Conjeturó que la adopción del municipio-partido en 1873 habría obedecido a “una razón de conveniencia política, social y económica momentáneas”. Más adelante, prosiguió su interesante discurso observando que antes de 1873 el régimen municipal bonaerense “no se había ejercitado realmente. No se conocían sus resultados, porque si bien los vecindarios tenían el derecho de elegir sus autoridades municipales, se entiende que si la elección debía ser aprobada por el Poder Ejecutivo, eso equivalía, en verdad, a la elección misma de las autoridades municipales por éste”. Advirtió que, pese a que esa Convención contaba con hombres capacitados en la materia, la mayoría de ellos eran de la ciudad y conocían poco los problemas de la extensa y en buena parte despoblada campaña. Reconoció que tal vez acertaron al conservar el municipio-partido, dado el estado social de la Provincia, careciente de núcleos de población de importancia. Pero las transformaciones producidas en los 60 años ulteriores volvían intolerable esa organización espacial²⁸.

El demócrata nacional Kaiser rebatió a Borrás afirmando que los socialistas tenían una experiencia municipal mucho menor que los conservadores y que la propuesta de ellos importaría el funcionarismo y el empleísmo: la gran masa burocrática municipal actual se multiplicaría por 5 ó 10²⁹. Y esto elevaría los

²⁷ En 1906 el diputado nacional socialista Alfredo L. Palacios había dicho que los centros urbanos sin “autonomía administrativa” no son municipios, sino “conglomerados de personas y de casas” (JURADO (1934), 86).

²⁸ PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1936), II, 637-641. En la Asamblea Constituyente bonaerense de 1949 Rodolfo J. Arce afirmó que el origen del municipio-partido es español, que en su adopción solamente hubo motivos políticos, y no económicos o geográficos, que se constituyeron “pequeños superestados municipales, feudos en que se encastillaban los caudillos lugareños del siglo XX, que si bien estaban amparados legalmente por un orden jurídico, conformaban así una aberración institucional para nuestro medio”. La subsistencia de dicho sistema se fundamentó retorcidamente, con argumentos adecuados para Europa. Acabó expresando que el municipio tiene un fin práctico y local y que la política lo perturba (PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1949), 218).

²⁹ PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1936), II, 652-656.

En cuanto a la magra experiencia municipal socialista señalada por Kaiser (quien aseveró que aquella empezó en 1919, como consecuencia de la ley de 14 de febrero de ese año), en la sesión siguiente Ameri, basado en la *Historia del socialismo argentino* de J. Oddone, afirmó que el primer concejal del partido fundado por Juan B. Justo se consagró en 1903 en San Nicolás (el elegido se llamaba Agustín Reynés, que obtuvo 65 votos). Pero el Partido Socialista había participado en comicios comunales en La Plata (1900), Junín (1901), San Nicolás y Baradero (1902). Luego harían lo propio en Quilmes, Bahía Blanca y Pergamino (1907) (ibidem, t. II, p. 659; ODDONE (1983), 260).

Y en cuanto a la cantidad de empleados municipales, el dato más cercano que hallé es de 1936, cuando aquéllos eran 11.460 en los 110 partidos (104 agentes por comuna) y demandaban un gasto anual de \$ 21.323.877 en sueldos de un

impuestos y dañaría a la economía bonaerense. En cambio –dijo Kaiser–, el régimen actual se aproxima al ideal de la pequeña república, la de Tocqueville.

Cuando alguna localidad llegue a tener la importancia necesaria y demuestre su capacidad económica, la Legislatura podrá crear un nuevo partido o hacer una nueva división territorial. Yo creo que obraría prudentemente no haciéndola. Porque es preferible evitar ese aumento grande de gastos de administración. Prefiero nuestra administración actual que se acerca a ese ideal de pequeña república, de república en miniatura de Tocqueville.

Por otra parte, los resultados del sistema están a la vista. Si recordamos lo que era la campaña de Buenos Aires en el año 67 cuando Avellaneda era ministro [de Gobierno de la Provincia], tendremos la visión de aquellas pocas casas y ranchos levantados sin plan, al azar del capricho de sus habitantes. Veremos las calles no delineadas, convertidas en pantanos cuando llovía o en colchones mullidos de polvo que se levantaba en nubes cada vez que pasaban caballos sueltos; recordaremos las esquinas, con postes frente a la pulpería, donde los paisanos ataban sus caballos; recordaremos las noches oscuras, cuando el farolero no habían encendido la lámpara a kerosene porque el almanaque anunciaba luna y no se preveía que las nubes podían interceptar sus rayos; recordaremos que también en las noches de luna las tinieblas eran apenas atenuadas por la escasa luz de los faroles; recordaremos el peligro de los perros sueltos que dormían donde debían estar las veredas y la plaza sembrada de alfalfa y cercada de alambre.

Consideremos lo que son esos mismos pueblos hoy, con una buena edificación, excelentes calles y veredas cómodas a cuya vera los automóviles van a detenerse, sin necesidad de que los postes de ñandubay y algarrobo les impidan subir a las veredas; vemos que la iluminación a kerosene ha sido reemplazada por la luz eléctrica; que las calles están asfaltadas o adoquinadas y que en todas partes hay hospitales, salas de primeros auxilios, escuelas, y todo lo que se puede encontrar en las ciudades más adelantadas y debemos convenir entonces que ese régimen municipal ha dado excelentes resultados.

En la sesión del 22 de noviembre Ameri replicó a Kaiser haciendo notar que el tiempo no pasa en vano y que había que sacar provecho de lo valorable que ofrece la experiencia. Además, negó que el Partido Socialista poseyera tan magra experiencia municipal. Dijo que, a juicio de su fracción, había mucho que andar y aprender. Tras justificar el concurso femenino en la vida municipal, señaló como un “defecto capital” de la Constitución y de las leyes reglamentarias el régimen económico de los municipios:

Casi todos los presupuestos de los gobiernos comunales son rutinarios o pobres. Ya no producen más las viejas fuentes impositivas: el abasto, la matanza, el comercio, las patentes... y los intendentes, en las tres cuartas partes de los casos, se reducen a esta función mecánica: cobrar y pagar. Pero el hecho es que, casi nunca les alcanzan los fondos. Si recorriéramos la estadística de la situación financiera de las comunas de la Provincia de Buenos Aires, nos encontraríamos con que casi todas están endeudadas, y algunas con

total de \$ 50.981.386 de presupuesto (*Anuario Estadístico de la Provincia de Buenos Aires. Año 1936*, Dirección General de Estadística, La Plata, 1937). Conforme a esta misma fuente, en 1934 Buenos Aires contaba con 2.676 escuelas públicas provinciales y al concluir 1936 aún carecían de toda clase de pavimentación 20 de sus 110 municipios.

deudas verdaderamente extraordinarias. Queremos sacar de esa situación a las comunas bonaerenses, que dejen de marcar el paso y cuenten con otras fuentes de recursos.

La ley 4.183 (sanc. 10-X; prom. 11-X-1935) modificó los artículos 1º (duración del mandato: 4 años); 6º, inc. 1º (6 concejales); 8º; 9º (no más de 1/3 de extranjeros en los Concejos); 14 (el intendente duraría 4 años, como lo mandaba la reciente Constitución); 19, 20 (agregó a los declarados culpables por el Tribunal de Cuentas que no depositaron el importe del cargo u obtenido sentencia absolutoria); 30; 31, 2º párrafo; 34, 2º párrafo (presumía que el voto de abstención en la elección de autoridades del Concejo es en favor del más votado en la segunda votación); 35 (idem: Para desempatar la elección del presidente del HCD, vence el candidato de la lista mayoritaria en los comicios de su elección y si fuesen de diferentes comicios, el que ganó en el último. El presidente debe reunir las condiciones para ser intendente); 39 (idem); 44 (permite que haya dos secretarios en las Municipalidades con 16 o más miembros); 78 (si el intendente no es legislador, podrá percibir sueldo, pero si lo es podrá cobrar, como gastos de representación, no más de \$ m/n 300 mensuales); 91 (los recursos municipales son inembargables porque son para que funcionen los servicios públicos. Sólo son embargables los superávits al cierre de cada ejercicio, y las rentas destinadas a atender un servicio público determinado cuyo suministro o prestación se adeude al concesionario y sólo para saldar su crédito); 105 (cada Municipalidad, al resolver su participación, debe tener consolidada su deuda o no adeudar más de un año de los suministros de la misma especie efectuados por el concesionario); 164 (toda persona o entidad interesada o vecino podrá impugnar ante los tribunales por inconstitucional o ilegal los actos u ordenanzas municipales); 192 (cada Consejo Escolar tendrán 6 miembros titulares y otros tantos suplentes, que durarán 4 años, renovándose por mitad cada año) 199 (los intendentes electos para 1934-1935 podrán ser elegidos para 1936-1940, no rigiendo por esta vez el art. 13). El art. 2º derogó los artículos 3º, 4º, 9º (inc. E), 15, 16, 18, 25 a 29, 41 (inc. 1º), 62 (1º apartado), 81 a 87, 198 y 200 a 203 de la ley 4.183.

La ley 4.687 (sanc. 14-I; prom. 19-I-1938), Orgánica de las Municipalidades, de 180 artículos (172 netos), establecía que el período municipal empezaba el 1º de mayo y expiraba el 30 de abril (art. 3º); seguía el censo de 1914 y fijaba una cantidad de municipales entre un mínimo de 6 y un máximo de 18) (art. 4º). Los extranjeros, para ser municipales, debían ser electores, tener 25 años de edad al menos y 5 años de residencia en el distrito (art. 7º). Consagraba la inmunidad de arresto de los municipales en el distrito, salvo delito con pena de más de 3 años y cesaba al ser condenado a cumplir una pena corporal (art. 8º). Permitía una sola reelección consecutiva del intendente; después debían pasar 4 años) (art. 11). Los comisionados no podían obligar contractualmente a la Municipalidad que administraron por más tiempo de la acefalía (art. 133). Los comisionados debían regirse por el último presupuesto y cálculo de recursos que dictó el Concejo (art. 136).

La ley 4.787 (sanc. 19-II; prom. 21-II-1942) modificó la Ley Orgánica de las Municipalidades: derogó la última parte de su art. 1º, cambió los artículos 7º (inc. B), 13 (incisos a y b, estableciendo en el primero la incompatibilidad con las bancas legislativas), 15 (incisos b y e), 31 (incisos 14, 28, 36 y 48), 35, 61, 67, 69, 72 (incisos 14 y 21), derogó el art. 73 y efectuó otras modificaciones de menor cuantía.

5. EL RÉGIMEN MUNICIPAL EN LA ERA JUSTICIALISTA (1946-1955)

En 1946, siendo gobernador el coronel Domingo A. Mercante, se promulgó la ley 5.108, que modificó la ley 4.687. La nueva norma disponía que el intendente municipal debía ser concejal.

En virtud de la cuestionable 5ª cláusula transitoria de la Constitución Nacional de 1949 las Legislaturas provinciales fueron convertidas temporariamente en Convenciones Constituyentes a fin de adaptar las respectivas leyes fundamentales provinciales al nuevo ordenamiento constitucional. Fue así que el 29 de marzo Mercante convocó a la Legislatura para que se constituyera en Asamblea Constituyente, lo que se verificó el 25 de abril. El 20 de mayo de ese año la Legislatura bonaerense, revestida con esas atribuciones, sancionó una nueva Constitución, la cual en materia municipal siguió los lineamientos ya existentes (municipio-partido y por delegación o "autárquico" según la doctrina administrativista dominante³⁰, sin siquiera hablarse del municipio de carta –instituido en la Constitución santafesina de 1921– ni en municipio-ciudad, propuesto por Varela en 1907 y que estaba extendiéndose en otros distritos, como Entre Ríos) pero con las siguientes innovaciones: la capital provincial quedaba sin autonomía municipal (art. 148)³¹; quitó a los extranjeros no naturalizados la posibilidad de ser electores y de ser elegidos (art. 151, incs. 2 y 3)³²; los concejales percibirían una compensación por su cargo que no podría pasar de una vez y media el sueldo mínimo de la Municipalidad respectiva (art. 151, inc. 4)³³ y durarían tres años (y no cuatro) en su cargo, pudiendo ser reelectos consecutivamente; renovación total de cada Concejo Deliberante cada tres años (en vez de la renovación de la mitad cada dos años); elección popular directa del Intendente Municipal de cada partido, que sería sucedido, en caso de fallecimiento, suspensión, destitución, renuncia o incapacidad, por el primer concejal de la lista en que fue electo (art. 151, inc. 6); supresión de la Asamblea de Concejales y Mayores Contribuyentes (para el aumento o la creación de tributos municipales requirió, en su art. 152, la mayoría absoluta del total de miembros del Concejo). Mientras que la Constitución de 1934 no preveía la intervención provincial en los municipios acéfalos, la Constitución justicialista lo permitió pero con la obligación de que las elecciones que lo normalicen se efectúen en la primera renovación legislativa (art. 163).

³⁰ El convención informante de este tema como presidente de la Subcomisión Sexta, cuyo tema era el régimen municipal, Daniel Ferrer Burgueño, mencionó en su discurso al *Derecho Administrativo* de Rafael Bielsa y a la doctrina sentada a comienzos del siglo XX por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la naturaleza jurídica del municipio: meras delegaciones de poderes o facultades de los gobiernos provinciales en uso de un derecho primordial de autonomía (PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1949), 212).

³¹ Ferrer Burgueño explicó que era un "anacronismo" que la capital tuviera otra administración con atribuciones superpuestas con las de un poder superior, que convierten a éste en huésped de un "poder delegado". Recordó la experiencia municipal porteña, cuyo régimen municipal se originó en la época hispánica, a diferencia de lo ocurrido en la Provincia de Buenos Aires.

³² Ferrer Burgueño hizo notar que los extranjeros podían naturalizarse fácilmente, pues debían probar dos años de residencia, y que el Registro de Extranjeros hasta entonces existente había mostrado su inutilidad dada la falta de interés en anotarse en él de parte de los beneficiarios.

³³ Ferrer Burgueño dijo al respecto que la gratuidad absoluta hasta entonces vigente impedía la participación de los trabajadores en la Municipalidad como concejales, lo que resultaba antidemocrático. Al finalizar su discurso afirmó que las puertas de los municipios habían sido cerradas por "gobiernos de casta, resabios de una oligarquía en crepúsculo"

La reforma constitucional dio origen a la ley 5.542, Orgánica de las Municipalidades (sanc. 27-X; prom. 14-XI-1949), cuyo art. 7º, inc. 1º, establecía la incompatibilidad con la banca legislativa. En su art. 10, inc. 2º, no permitía más de un tercio de argentinos naturalizados en los Concejos Deliberantes. En su art. 14 ordenaba que los intendentes asumiesen el 1º de mayo. En el art. 160 determinaba que durante la acefalía el Poder Ejecutivo tendría las atribuciones del Concejo Deliberante afectado. El decreto 10.127/50 trató sobre el Intendente Municipal de La Plata.

El 27 de abril de 1956 una proclama de la Revolución Libertadora, entonces presidida por el general Pedro Eugenio Aramburu, abolió la Constitución Nacional de 1949 y restableció la de 1853 con sus reformas de 1860, 1866 y 1898. En las provincias ocurrió otro tanto. Así, en la de Buenos Aires el interventor federal, coronel Emilio Augusto Bonnacarrère, dispuso que desde el 16 de mayo de 1956 rigiera nuevamente la Constitución de 1934 (decreto 7.565).

El interventor nombrado en la Provincia de Buenos Aires por la Revolución Libertadora, coronel Bonnacarrère, el 29 de abril de 1958 (tres días antes de la asunción del gobernador constitucional Oscar Alende) dictó una nueva Ley Orgánica de las Municipalidades, aún vigente con varias modificaciones³⁴, mediante el decreto-ley 6.769/58, de casi 300 artículos agrupados en XVII capítulos, publicado en el *Boletín Oficial* el 30 de abril.

7. EPÍLOGO

Luego de este recorrido por las vicisitudes del régimen municipal de la Provincia de Buenos Aires desde fines del siglo XIX, cabe inferir que aquél fue inicialmente uno de los más avanzados de su tiempo, más aún respecto de un país como el nuestro, despoblado, con elevado analfabetismo y que hacía muy poco que había ocupado el desierto austral.

Si durante sus primeros años de vigencia el régimen municipal fue, en general, respetado, a partir de la revolución de 1893 empezó una era plagada de anormalidades: la intervención federal se extendió a los municipios, y el gobierno constitucional posterior (establecido en 1894) tardó muchos meses en regularizar las comunas. En el ínterin se dictaron leyes transitorias que le conferían al Poder Ejecutivo una injerencia inconstitucional en ellas, a las cuales algunos políticos concebían como dependencias de la administración.

La práctica del régimen municipal se fue viciando cada vez más. Las acefalías se incrementaron, ya por entreveros espontáneamente desatados por las fracciones lugareñas en pugna, ya por el afán centralista del Poder Ejecutivo. De ahí nació la ley de 9 de septiembre de 1897, que formalizó la existencia de los comisionados, cuyas actuaciones regló con prudencia. Con las leyes de 1902 y 1904, impulsadas por el gobernador Marcelino Ugarte, se dilataron las atribuciones de los comisionados municipales, pues éstos quedaron autorizados para modificar los presupuestos y cálculos de recursos vigentes si contaban con el

³⁴ Introducidas por los decretos-leyes 7.443/68, 8.613/76, 8.752/77, 8.851/77, 9.094/78, 9.117/78, 9.289/79, 9.443/79, 9.448/79, 9.926/83, 9.950/83 y 10.100/83 y las leyes: 5.887, 5.988, 6.266, 6.896, 10.140, 10.164, 10.251,

visto bueno de quien los designó. La proyectada reforma constitucional de 1902-1904, frustrada por una sentencia de la Corte bonaerense, preveía, a semejanza de lo que había acontecido contemporáneamente en otras provincias, una fuerte mutilación de las atribuciones municipales.

En el marco de un clima de ideas centralistas y de apatía popular por la corrupción imperante, el 31 de diciembre de 1910, tras rápido trámite parlamentario, fue expedida una ley, propuesta por el gobernador José Inocencio Arias, que concedía al Poder Ejecutivo la facultad de nombrar a los intendentes municipales entre los concejales y mandaba que los presupuestos de gastos y cálculos de recursos fuesen definitivamente puestos en vigor por la Legislatura. Esto comportaba un retroceso a 1854 y, a todas luces, un ultraje a la Constitución provincial. Así quedó evidenciado que ni aun las cláusulas constitucionales que incurrieran en el reglamentarismo obstaban esas infracciones. Con pretextos meramente formales, la Corte local no examinó la constitucionalidad de esa ley, y esto se interpretó como la sumisión del alto tribunal al poder político y como el eclipse de la autonomía municipal en la Provincia de Buenos Aires.

Afortunadamente, este clima agobiante se disipó desde la puesta en práctica de los relevantes proyectos de reforma electoral del presidente Roque Sáenz Peña, resultado, a su vez, de un nuevo marco de ideas que reivindicaba lo español, lo tradicional y lo nativo. Fue así que en septiembre de 1912, a meses de la sanción de la célebre ley federal 8.871, fue derogada la ley bonaerense de 31 de diciembre de 1910, volviéndose al régimen anterior. Ahora se exaltaba la autonomía municipal.

Tras la intervención federal que acabó con la hegemonía conservadora en la Provincia, en 1918 la Unión Cívica Radical asumió el poder por vía comicial, y comenzó una era de renovación moderada y progresista. Varios legisladores (radicales, conservadores y socialistas) planearon reformar total o parcialmente la Ley Orgánica de 1890, pero con magra fortuna.

En esta etapa, la primera ley relativa a los municipios fue la de 14 de febrero de 1919, que mejoró la representación en los concejos deliberativos, aclimatando este tramo de la ley a las mutaciones sociales acaecidas en los últimos decenios. La práctica de esta enmienda patentizó lo benéfico del cambio dispuesto.

Si bien en 1919 la Suprema Corte había dado su primera señal inequívoca (hubo otra, relativa a la capital, en 1896, de la que brotó la ley de 9 de septiembre del año siguiente), fue con la sentencia que dirimió el conflicto municipal de Zárate (1923) que la dirigencia política percibió con nitidez que se hollaba la Constitución de 1889 cuando no se daba representación proporcional a las secciones de Justicia de Paz sin sede en la cabecera del partido.

Las modificaciones de esa ley de 1919 en la elección del intendente (que conservó en forma indirecta) no impidieron los conflictos sobre el particular.

De ambas deficiencias, y del avance del espíritu democrático, nació la ley de 29 de julio de 1926, por cuyo medio fueron suprimidas las secciones de Justicia de Paz no representadas (se las convirtió en

10.260, 10.377, 10.706, 10.716, 10.766, 10.857, 10.936, 11.024, 11.092, 11.134, 11.239, 11.240, 11.300, 11.582, 11.664, 11.690, 11.741, 11.757, 11.838, 11.866, 12.076, 12.120, 12.288 y 12.396.

alcaldías, y a éstas en subalcaldías) y se prescribió la elección directa del intendente municipal, pese a los reparos constitucionales esgrimidos. Poco después otra ley tornó incompatibles las funciones concejiles con las legislativas. Con ambas acabó la producción legislativa concerniente al régimen municipal del período dominado por el radicalismo, durante el cual tampoco pudo ser modificada la Constitución bonaerense, no obstante los esfuerzos en tal sentido del gobernador Valentín Vergara (en materia comunal deseaba que las municipalidades careciesen de funciones electorales y que se circunscribieran a los servicios y obras locales)³⁵.

El 18 de febrero de 1932 las instituciones bonaerenses quedaron encarriladas. El nuevo oficialismo, encarnado por el Partido Demócrata Nacional, conservó el espíritu autonomista tradicional y reanimó la tentativa de enmendar la ley suprema provincial.

En ese mismo año fue abrogada la incompatibilidad preceptuada en 1927; en 1933 se dictó una nueva Ley Orgánica de las Municipalidades que modernizó levemente el sistema. En el año siguiente, se logró instalar una Convención Constituyente, pese a las objeciones de la opinión pública y de la oposición socialista por la tensión política reinante (el radicalismo se abstenía en los comicios porque, entre otras cosas, juzgaba que eran fraudulentos).

Las políticas desplegadas respecto del municipio de 1886 a 1934 fueron: a) establecimiento de bases jurídicas del régimen y prácticas paulatinas: primero la ley de 1886 concedió autonomía solamente a los municipios con población urbana considerable y luego la Constitución de 1889 la extendió cuando tuviesen por lo menos 2.000 habitantes en todo el partido (1886-1890); b) adecuación mesurada de las normas iniciales a las circunstancias vividas (1897-1902); c) violación solapada y luego ostensible del régimen ante la dificultad de remozarlo a fondo y las crecientes agitaciones lugareñas (1902-1910); d) pretendida regularización de las anormalidades por medio de la centralización en el Poder Ejecutivo (1910-1912); e) vuelta a las fuentes (1912-1914) y posterior falseamiento (1914-1917), f) democratización efectiva y normativa y leve modernización legislativa (1918-1930), y merma de la representatividad y continuación de la modernización legislativa, ahora constitucionalmente consolidada (1930-1934).

El régimen municipal de la ley fundamental de 1934 es casi el mismo que el de 1889, pero pulido. En efecto, en aquella se acogieron casi todas las ideas reformistas preconizadas en las décadas previas: se ciñó a los municipios a la administración de los respectivos distritos, quitándoseles, por lo tanto, la intervención en los comicios populares; se permitió la elección directa del titular del Departamento Ejecutivo comunal; la Suprema Corte fue establecida como el único tribunal competente en materia de conflictos municipales internos, con otras comunas o con autoridades provinciales.

A contramano de la tendencia reflejada en las últimas reformas constitucionales provinciales, no se instituyó el municipio-ciudad. Ninguno de los bloques de la Convención propuso implantar el

³⁵ En CORTABARRÍA, J. J. (1997) consagré varios capítulos a estas leyes, los cuales unifiqué y adelanté en 1995 en mi ponencia "El régimen municipal bonaerense durante la primacía de la UCR (1918-1930)" (inédita) ante el Congreso Nacional de Historia Argentina organizado por el Archivo General de la Nación, el Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires Ricardo Levene, la Secretaría de Cultura de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos

municipio de convención (que se puede dar su propia carta orgánica en el marco de la Constitución estadual).

¿Cuál fue el papel del Poder Judicial? A éste la Constitución le confió la vigilancia de su cumplimiento, dándole a la Suprema Corte atribuciones muy amplias y originales en el medio argentino. Pero la práctica de éstas fue deficiente, aun durante el lapso de gran protagonismo de ese tribunal (1904-1911), a cuya jurisprudencia los jueces inferiores se ajustaban acriticamente, incluso en desmedro de la letra y el espíritu del derecho positivo, según el calificado –aunque acaso apasionado– testimonio de Julio Sánchez Viamonte³⁶. Tanto antes como durante la hegemonía radical, legisladores opositores exteriorizaron serias sospechas acerca de la imparcialidad del máximo tribunal local. Mas también es cierto que muchas veces no se comprendió la doctrina de sus sentencias, que nadie expuso sistemáticamente. De esta incompreensión derivaba un temor desmesurado respecto de la Corte, como se vio claramente a partir de la sentencia de 1923 sobre las secciones de Justicia de Paz zaratenses.

La doctrina de los autores fue magra. Se nota que, en general, la cantidad de obras municipalistas crecía en proporción directa a la crisis del instituto en análisis. Algo semejante pasaba en los Estados Unidos de América³⁷.

En resumidas cuentas:

- con la reforma de 1934 el régimen municipal bonaerense sólo sufrió enmiendas parciales y mejoradoras;

Aires, Museo y Archivo Históricos del Banco de la Provincia de Buenos Aires, Flacso y el Instituto de Investigaciones Históricas Juan Manuel de Rosas.

³⁶ En CORTABARRÍA, J. J. (1997) hay todo un capítulo a la jurisprudencia de la Corte provincial sobre la materia.

³⁷ Según Frank J. Goodnow (abril de 1895), el régimen comunal estadounidense estaba en crisis, situación que produjo estudios sobre la materia. El análisis, sin embargo, aún era embrionario, nadie había compilado la jurisprudencia y las disposiciones constitucionales sobre la materia (GOODNOW, F. J. (1900), "Prefacio", v). Este autor sintetizó así la evolución institucional del municipio norteamericano: 1) etapa del Concejo; 2) aparece el intendente, que integrará el Concejo; 3) el intendente y el Concejo se constituyen en órganos separados, y 4) se aumenta el poder del Ejecutivo comunal con grandes atribuciones, luego del fracaso de la democracia total (GOODNOW, F. J. (1900), 3-6; ROWE, L. S. (1914), 198). Conforme a Rowe, hasta 1870 aproximadamente las Constituciones estaduais contenían pocas cláusulas sobre municipios, por lo cual las legislaturas gozaban de amplísimas atribuciones, de las que abusaron e hicieron de las grandes ciudades en especial la pelota de juego de los partidos políticos (ROWE, L. S. (1914), cap. VI, *ab initio*).

Al igual que en la Argentina, a los mejores ciudadanos o vecinos lo municipal les era indiferente, y a los puestos comunales accedían los mediocres, lo que –a juicio de Goodnow– se debía a razones jurídicas (escasa autonomía legal del municipio e intromisión frecuente de la Legislatura, que se daba por la desesperación popular y, en menor medida, la politiquería. Apuntó que las legislaturas estaduais eran renuentes a conceder competencias a las comunas (GOODNOW, F. J. (1900), 9-11).

En caso de duda, la Justicia sentenciaba en perjuicio de la Municipalidad (GOODNOW, F. J. (1900), 54). Aquella coadyuvaba a la centralización, llegando a declarar que las cartas comunales eran revocables por las respectivas legislaturas (GOODNOW, F. J. (1900), cap. VI).

Las reformas legislativas estructurales nacieron sin estudios previos y profundos. Se atendía mucho a la doctrina y poco a la experiencia, faltaba unidad de concepción, y los políticos se distraían de lo municipal para atender temas generales (GOODNOW, F. J. (1901), 22-25). Rowe, por su parte, señaló que en el último cuarto del siglo XIX se vulneró la idea del conservatismo anglo-sajón al aceptarse con facilidad y precipitación reformas municipales muy hondas, relegándose las tradiciones políticas locales (ROWE, L. S. (1914), xxxix).

Estas deficiencias originaron una severa crisis, de la cual emergió un movimiento en pro de la autonomía municipal (que Rowe definió como el "poder de la municipalidad para determinar la política local en todas las materias de carácter propiamente local sin la intervención de una autoridad extraña"). La carta de Missouri (1875), para ciudades de más de 100.000 habitantes, no requería aprobación legislativa, pero sí podía ser modificada a través de leyes generales. A Missouri le siguió Kansas (1876) (ROWE, L. S. (1914), cap. VI).

- pese a que no se pueda dar su propia carta orgánica, el municipio bonaerense era y es autónomo;
- hasta 1934 su práctica fue defectuosa por fallas de su propia normativa constitucional local, culturales y de otra índole.
- la reforma constitucional de 1949 y sus leyes reglamentarias no introdujeron cambios profundos en la materia, aunque sí cierto centralismo.

Este proceso se dio en un marco de ideas favorable al municipio merced al dilatado predicamento de Tocqueville, prueba de lo cual es que aquél contadas voces fue cuestionado.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCE, J. (1959), *Marcelino Ugarte 1855-1929*, Buenos Aires.
- BIELSA, R. (1930), *Principios de régimen municipal*, Buenos Aires.
- CORTABARRÍA, J. J. (1992) "El régimen municipal en la Provincia de Buenos Aires, según la Constitución de 1889 y la Ley Orgánica de las Municipalidades de 1890". En *Revista de Historia del Derecho "Ricardo Levene"*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Fac. de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, , N° 29, 29-82.
- CORTABARRÍA, J. J. (1993) "El régimen municipal en el *Plan de Reformas a la Constitución de Buenos Aires* de Luis V. Varela. Notas sobre la evolución del municipio bonaerense". En *Revista de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, N° 20, 103-157.
- CORTABARRÍA, J. J. (1997) *El régimen municipal en la Provincia de Buenos Aires (1886-1934)*. Tesis doctoral inédita.
- CORTABARRÍA, J. J. (2002) "La reforma municipal bonaerense de 1910", *Revista de Historia del Derecho*, N° 29, pp. 89-132, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires.
- GALLO, E. Y SILVIA, S. (1965) "La formación de los partidos políticos contemporáneos: La U.C.R. (1890-1916)", cap. V de DI TELLA, TORCUATO S. Y OTROS, *Argentina, sociedad de masas*, Buenos Aires, 124 y ss
- GOODNOW, F. J. (1900), *Autonomía municipal. Estudio sobre su administración*, Buenos Aires, trad. de Julio Carrié.
- GOODNOW, F. J. (1901), *Problemas municipales*, Buenos Aires; trad. de Julio Carrié.
- JURADO M. (1934), "Crónica de los debates parlamentarios sobre la ley orgánica municipal: 1881 a 1917", en BONIFACIO BIDAU –director–, *Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Curso de Investigación de las instituciones de derecho público sobre "El gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"*, Facultad de Derecho de la UBA. Inédito.
- LEVITÁN, J. (1986), "Antecedentes constitucionales de la Provincia de Buenos Aires", en PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Aportes para la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Primer Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial "Juan Bautista Alberdi"*, La Plata, t. I,
- HERNÁNDEZ, A. M. (1984), *Derecho Municipal*, Ed. Depalma, Buenos Aires.

- ODDONE, J. (1983): *Historia del socialismo argentino*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 2 tomos.
- ODDONE, J (1994): "La acción del Partido Socialista en los cuerpos deliberativos", *LA VANGUARDIA. Anuario del Centenario 1894-1994*.
- PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1936), *Antecedentes y debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires de 1934 y ley 4.119*, La Plata (2 tomos),
- PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1949). *Asamblea Constituyente. Año 1949. Debates de la Asamblea Constituyente. Actas y despachos de la Comisión Revisora y de las subcomisiones*, La Plata.
- PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1919). *Memoria presentada por el Ministro de Gobierno Dr. Tomás Puig Lómez. Mayo de 1919*, La Plata.
- PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1933). *Memoria presentada a la H. Legislatura por el ministro de Gobierno Doctor Marco Aurelio Avellaneda, 1932-1933, I, "Política"*, La Plata.
- PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1910). *Nueva Ley Orgánica de las Municipalidades*, La Plata.
- ROMERO, J. L. (1987). *Las ideas en la Argentina del siglo XX*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires
- ROMERO, J. L. (1990). *Las ideas políticas en la Argentina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- ROWE, L. S. (1914), *El gobierno de la ciudad y sus problemas*, Madrid, trad . de Lucila G. Posada.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO EXTRANJERO

Por Sara Lidia Feldstein de Cárdenas

RESUMEN

En la primera parte de este trabajo, nos proponemos analizar las distintas modalidades que asume el control de constitucionalidad en sus formas extremas e intermedias. En la segunda parte, nos ocupamos del control de constitucionalidad en el Derecho Internacional Privado, donde después de reflexionar acerca de la incidencia de la Constitución en cuestiones propias de la disciplina como la aplicación del derecho extranjero y el orden público internacional, culminaremos con la formulación de algunas conclusiones, a modo de propuestas, que solamente aspiran a llevar a la reflexión.

PALABRAS CLAVE

Control de constitucionalidad – Derecho extranjero – Derecho Internacional Privado

THE CONSTITUTIONALITY CONTROL OF THE FOREIGN RIGHT

By Sara Lidia Feldstein de Cárdenas

SUMMARY

In the first part of this work, we intend to analyze the different modalities that the control of constitutionality assumes in the extreme forms and in the intermediate forms. In the second part, we study the control of constitutionality in the Private International Law. After meditating about the incidence of the Constitution in questions characteristic of the discipline like the application of the foreign right and the international public order, we will culminate with the formulation of some conclusions, by way of proposals that only aspire to take to the reflection.

KEYWORDS

Constitutionality control - Foreign Right - Private International Law

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO EXTRANJERO

Por Sara Lidia Feldstein de Cárdenas*

SUMARIO

I. Introducción. II. Plan de Trabajo. III. Primera Parte: El Control de Constitucionalidad. Modalidades. a. El método tradicional. b. El control de constitucionalidad concentrado. c. El sistema argentino. Características principales. d. Sistemas intermedios. IV. Segunda parte. Control de constitucionalidad en el Derecho Internacional Privado. a. Naturaleza y tratamiento procesal del derecho extranjero. b. Derecho argentino. c. Derecho venezolano. d. La Constitución y el contenido del orden público Internacional argentino. e. El caso Sejean. F. Control de constitucionalidad del derecho extranjero según la Constitución extranjera. V. Nuestras propuestas.

I. INTRODUCCION

Según quienes las defienden, la utilidad de las definiciones deriva de la necesidad de impedir que unas cosas sean confundidas con otras, y que ello da cierta razón a los antiguos cuando afirmaban que ellas eran instrumentos para saber, instrumentos para el conocimiento. De allí aquella vieja sentencia de los lógicos cuando decían; definid y no disputaréis. Sin embargo, no se pueden ocultar las dificultades que conlleva el pretender encerrar en una fórmula corta, estrecha la determinación del dominio exacto, los límites y el carácter propio de una ciencia. Resulta en esta ocasión conveniente desarrollar una noción del Derecho Internacional Privado, lo suficientemente flexible, maleable que considere que es aquel sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de la reglamentación jurídica de las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin analizar previamente su naturaleza esencial, no importa que ella sea de carácter civil, comercial, procesal, penal; provenga del derecho público o del derecho privado, es suficiente que el interés comprometido sea por lo menos el de una persona privada, y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y el de la jurisdicción competente. (BIOCCA, CARDENAS, BASZ, 1990, 21).

* 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: "ARMONIZACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACION ELECTRONICA 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, ponencias sobre temas de su especialidad.

Aún en la actualidad se cuestiona su denominación, ya que si bien es cierto que su ilustre nombre se mantiene por el peso de la tradición, la disciplina no ha podido evitar, debido a la considerable ampliación de su contenido, que su designación sea tildada de engañosa, porque por sus fuentes no es solamente internacional, y por las cuestiones que abarca, sean ellas provenientes del llamado derecho público o privado, no es solamente privado. Como resultado de ello, en una suerte de amalgama de pacífica coexistencia conviven dentro del Derecho Internacional Privado, lo público con lo privado, lo interno con lo internacional. Precisamente como resultado de estas intersecciones, de estos claroscuros, de luces y sombras, se abre un abanico de posibilidades hacia uno de esos temas que se aborda en este ensayo, el control de constitucionalidad del derecho extranjero.

II. PLAN DE TRABAJO

En una primera parte, nos proponemos analizar las distintas modalidades que asume el control de constitucionalidad en sus formas extremas e intermedias. En la segunda parte, nos ocupamos del control de constitucionalidad en el Derecho Internacional Privado, donde después de reflexionar acerca de la incidencia de la Constitución en cuestiones propias de la disciplina como la aplicación del derecho extranjero y el orden público internacional, culminaremos con la formulación de algunas conclusiones, a modo de propuestas, que solamente aspiran a llevar a la reflexión.

III. PRIMERA PARTE: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y SUS MODALIDADES

Sabido resulta que "el grado superior del derecho positivo es la Constitución, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir, pues el derecho regula su propia creación pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y además en su medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma... Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en distintos estratos superpuestos. Esto supone que una ley no puede derogar la Constitución y que para modificarla o derogarla, es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un quórum más elevado".

Todo orden jurídico observa pues "una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación - y por consecuencia la validez - de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto". (KELSEN, 1981,147). La mentada validez de las normas, de las leyes depende de su adecuación, de su adaptación a la Constitución, la cual queda sujeta a la prueba, al test, al control de constitucionalidad cuyo análisis no solamente posee implicancias doctrinarias sino inclusive prácticas. Bajo este prisma se ha dicho que la mentada compatibilidad es

siempre prenda de seguridad y paz social porque la Constitución es el límite a la voluntad humana en el gobierno y garantía para los gobernados. (HARO, 2003).

Los agrupamientos tipológicos son solamente diseños lineales que facilitan a la doctrina el encasillamiento global de cada sistema, reconociendo que “cada uno ofrece sus variantes, sus modalidades y su fisonomía, y que es común también que acumule rasgos de más de un sistema...” (BIDART CAMPOS, 1995, 372), por lo que en ese entendimiento, diremos que existen dos modalidades posibles, distintas que asume el control de constitucionalidad, extremas. Una primera modalidad, el llamado método tradicional nacido en los Estados Unidos de Norte América, detrás del que se encolumnan algunas variantes del control llamado difuso, amplio no especializado, laxo, no preventivo, o judicial review, que es el que en principio, le corresponde a todo juez sin tomar en cuenta su jerarquía, para discernir acerca de la concordancia, la compatibilidad entre una determinada norma con la Constitución. Una segunda modalidad, es la del designado control europeo, abstracto, concentrado, preventivo, estricto de control de constitucionalidad que a diferencia del anterior le es conferido a un juez especializado, llámese corte, tribunal (sea en su totalidad o en alguna de sus salas). Estas categorías tienen características, y efectos diversos.

a. EL METODO TRADICIONAL O CLASICO (PRESUNCION DE CONSTITUCIONALIDAD)

Según esta modalidad, dentro del subgrupo que pueden denominarse extremas, se debe partir de la presunción de la validez constitucional de todo acto legislativo o ejecutivo, de modo tal, que quien alega la inconstitucionalidad deberá acreditarla. Dicho en otras palabras, la norma se presume constitucional, y por ende, para desvirtuar tal atribución habrá que atacarla de contradicción, de discrepancia, de incompatibilidad con la Constitución. Ello conlleva la obligación de realizar el test de razonabilidad, que obligará a quien alegue la demostración de su irrazonabilidad, de su inconstitucionalidad. En efecto, como ningún derecho es absoluto, y como es susceptible de reglamentaciones, seguirá siendo válido en la medida que no se lo altere, ya que la “alteración supone arbitrariedad o irrazonabilidad y como la ley no puede incurrir en tal alteración, toda actividad estatal para ser conforme a la Constitución debe ser razonable”. (BIDART CAMPOS, 1986, 228).

Siguiendo el hilo conductor de este pensamiento “...nuestra Corte Suprema, a diferencia de la de Estados Unidos ha aplicado la regla de la presunción de constitucionalidad de todo acto legislativo y aún ejecutivo, lo que supone la presunción de su razonabilidad. Ha exigido que quien alega la irrazonabilidad de una ley pruebe su impugnación. No hay duda que quien ataque como irrazonable una ley debe tratar de producir la prueba más amplia. De no hacerlo, y aún cuando el Estado no aporte prueba acerca de la razonabilidad de la ley, frente a la presunción de constitucionalidad ya referida, la demanda debe rechazarse” (LINARES, 2002, 213, 218).

Con certeza, no es tarea sencilla el determinar el concepto jurídico de lo que es razonable; porque cuando se habla de razonabilidad de una ley, o de una sentencia o de un acto, se puede estar aludiendo a la razonabilidad de esencia, cuando la respuesta a la cuestión planteada no encuentra fundamento en una

norma general; o a la falta de razonabilidad de existencia cuando el fundamento que se invoca, no se adecua al hecho al que el comportamiento refiere realmente ; o bien, de falta de razonabilidad de verdad, cuando la decisión no tiene suficiente fundamento de justicia, o se cuestiona tal contenido. Así pues, “la diferencia que separa lo razonable de lo que no lo es, no es sino una cuestión de grado. Si se analizan las cuestiones con prolijidad, se encuentran muchas diferencias. A cada instante son las diferencias de grado las que permiten determinar la medida en que la legislación puede ejercer su poder de policía” (HOLMES, 23).

Como antecedente directo del método, suele señalarse a Estados Unidos cuando sancionada la Constitución, se planteó entre sus defensores y sus detractores una encendida polémica que se manifestó en periódicos, folletos, discursos. Un abogado y secretario de Washington durante la Revolución y Constituyente por el Estado de Nueva York en la Convención de Filadelfia de 1787, llamado HAMILTON escribió varios artículos a favor del nuevo sistema de gobierno, con la colaboración de MADISON, que en la mentada Convención representaba al Estado de Virginia y de JAY que era Secretario de Relaciones Exteriores en el Gobierno de la Confederación y primer presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Lograron reunir más de setenta y siete artículos en tres periódicos de la ciudad de Nueva York, junto con ocho artículos más, por un total de ochenta y cinco, los que fueron publicados en la célebre obra bajo el título de “El Federalista”. (HAMILTON, MADISON Y JAY, 1957). Precisamente, en el artículo 78 es en el que en relación al control de constitucionalidad sostienen que “las limitaciones al poder pueden mantenerse a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el de declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a los derechos serán letra muerta”.

Así también dicen que “todo acto de una autoridad delegada, contrarios a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto, equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que los representantes del pueblo, nosotros decimos los poderes constituidos son superiores al pueblo mismo...No es admisible suponer que la Constitución, haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo, para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional, entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad”.

También que “la interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental, y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria; la intención del pueblo (decimos nosotros el “poder constituyente”) a la intención de sus mandatarios” (los “poderes constituidos”). Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del

poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo (nosotros: "poder constituyente") es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura ("poderes constituidos") declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución ("poder constituyente"), los jueces deberán gobernarse por la última con preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son..". (HAMILTON, 1788),

Una Ley Judicial (judicial act) de 1801 creó cuarenta y cinco cargos de jueces de paz, que se ocuparían de resolver asuntos de menor cuantía. El entonces presidente Adams logró la confirmación y John Marshall, Secretario de Estado firmó las designaciones, pero, omitió o no entregó los nombramientos a sus destinatarios y dejó su cargo a James Madison en marzo de ese mismo año. El nuevo presidente Jefferson ordenó entregar veinticinco de los nombramientos y únicamente cuatro de los diecisiete restantes promovieron demandas ante la Suprema Corte, la que se expidió el 24 de febrero de 1803.

Dijo la Corte Suprema de Estados Unidos que: "La competencia y obligación del órgano judicial es esencialmente la de declarar lo que es la ley. Los que aplican la norma a los casos particulares, deben, necesariamente, exponer e interpretar esa norma. Si dos normas entran en conflicto entre sí, los tribunales deben decidir cuál es el campo de aplicación de cada una. Y así, si una ley se opone a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables a un caso particular, por lo que el tribunal debe decidir ese caso de conformidad con la ley, sin tener en cuenta la Constitución, o de acuerdo con la Constitución, sin tener en cuenta la ley; el tribunal debe determinar cuál de estas dos normas en conflicto es aplicable al caso. Si una ley y la Constitución están en contradicción recíproca, y si ambas son aplicables al caso que el tribunal tiene que resolver, ese tribunal debe decidir cuál de las dos aplica, y si el juez ha de observar la Constitución porque es superior a la ley, es la Constitución y no la ley la que ha de regir el caso". Y que "No es tampoco inútil observar que, al declarar cuál será la ley suprema del país, la Constitución en sí misma es mencionada en primer lugar; y no todas las leyes de los Estados Unidos tienen esa calidad, sino sólo aquellas que se hagan de conformidad con la Constitución. De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los Estados Unidos confirme y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución, es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento. Por ello, se rechaza la petición del demandante. Cúmplase". (CRANCH 137, 2, 60, 1803).

Se trata de un leading case *Marbury vs. Madison*, que ha sido considerado por la doctrina como de importancia realmente fundacional para el Estado Constitucional de Derecho, pues en él quedó definitivamente consagrada la doctrina sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad de las normas y actos estatales.

De este modo, el extenso, el sólido análisis desarrollado con fundamento del artículo 78 de HAMILTON en "El Federalista", se erigió en "la doctrina medular del control de constitucionalidad por los jueces". (HARO, 2003).

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, como otro elemento para el análisis conviene que nos interroguemos sobre si el control de constitucionalidad puede o no versar sobre actos judiciales (sentencias), y/o eventualmente, alcanzar a las decisiones tomadas mediante los denominados medios alternativos de solución de disputas (laudos arbitrales). Pero eso es harina de otro costal sobre el que ulteriormente retomaremos.

b. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO

El control de la constitucionalidad de las leyes apareció en Europa luego de la gran crisis producida al finalizar la Gran Guerra, como derivación de las tragedias que hicieron desaparecer los derechos individuales. Ello condujo a la creación de órganos constitucionales cuya tarea principal era la protección del orden constitucional, garantizando la supremacía constitucional. Asimismo, después de la Segunda Guerra Mundial, se incorporaron a las constituciones los denominados derechos fundamentales fuera del alcance de los legisladores, de los Parlamentos. Esta modalidad de controlar de forma concentrada la constitucionalidad del orden jurídico, que mencionamos mas no nos extendemos en su análisis, se encuentra inspirado en el modelo kelseniano, concretamente en la Constitución de Austria de 1920; que según sus defensores resulta más confiable, pues corresponde a un juez especializado, determinado y no a todos. Dicho en otras palabras consiste en la posibilidad que tiene un órgano específico de velar por la integridad de la Constitución, llámese tribunal, corte o sala constitucional, o aún el propio Tribunal o Corte Suprema de un determinado Estado. A diferencia del método tradicional, de carácter incidental e indirecto, de efectos entre las partes, en que la declaración de inconstitucionalidad es para el caso concreto; en el método concentrado, la pretensión esgrimida es directa y principal y en la mayoría de los casos, otorga facultades de anulación por parte del órgano con competencia en la materia. Esta modalidad es la mayormente empleada por los países europeos que cuentan con un Tribunal Constitucional a quien le compete la anulación de las leyes incompatibles con la Constitución, con efectos erga omnes. Sus conspicuos defensores, han llegado a sostener que: "el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos de Estado se llega a concebir como la consecuencia última de la consolidación del Estado de Derecho en el cual sus órganos, por carecer de soberanía, se sujetan a los límites impuestos por una Constitución con fuerza de Ley Suprema; sólo en aquellos países donde existe este tipo de control, puede decirse que existe una verdadera democracia organizada y un Estado de Derecho" (BREWER CARIAS, 1996).

c. SISTEMA ARGENTINO. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES.

En el derecho argentino tempranamente se acepta que los jueces ejerzan el control difuso de la constitucionalidad, (CORTE SUPREMA, 1888, "Elortondo"), independientemente de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Nacional que se refiere al amparo como control de los derechos fundamentales.

El Alto Tribunal en un caso en que se trataba sobre la razonabilidad de la ley 14226 sobre "números vivos de variedades en los cinematógrafos", sostuvo:

“Es misión del Poder Judicial, sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo de decidir las causas de cualquiera de los otros poderes nacionales que estén en oposición con ella. Sin embargo, tanto la Constitución argentina como su modelo estadounidense, no desarrollan explícitamente el control de constitucionalidad. Aunque la jurisprudencia ha desarrollado la doctrina sosteniendo que “el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, naturalmente supone el de su razonabilidad”.

"El objeto cardinal y específico de la ley cuestionada, en mérito a su naturaleza y a los propósitos que le dan contenido, lejos de consistir en el provecho de un grupo de personas obtenido merced al sacrificio patrimonial de otro grupo, reviste carácter inequívocamente público o general. De modo que, acreditado este aspecto básico, la ley 14226, no transgrede los principios que rigen el legítimo ejercicio del poder de policía, a esta Corte sólo le está permitido analizar la razonabilidad de los medios previstos por el legislador o sea el grado de adecuación existente entre las obligaciones que la ley impone y los fines que la realización procura y ello cualquiera sea el juicio sobre el mérito intrínseco o el valor artístico permanente o actual de la actividad tutelada ...”

“Como quedó dicho el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14.226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. Pues como se afirmó, el Tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes.... "(CORTE SUPREMA, 1960, “Cine Callao”).

Nuestro sistema de control de constitucionalidad “es muy amplio, en cuanto a lo que es materia controlable. Pueden ser objeto de control normas, actos, hechos y omisiones, provenientes tanto de órganos estatales del gobierno nacional o de gobiernos provinciales, en uno y otro caso integrantes de cualquiera de los tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial”. Indican que se pueden enumerar como actos controlables las leyes nacionales y provinciales, los actos y los reglamentos administrativos nacionales y provinciales, los hechos administrativos, las omisiones de la autoridad pública, etcétera. (VANOSSI y UBERTONE, 1996). Entre sus características principales se encuentran:

- Es un sistema judicial, dado que el control es ejercido por los órganos del Poder judicial.
- Es un sistema difuso, porque todos los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes y decretos
- Los jueces solamente pueden expedirse en juicios o casos judiciales (litigios entre particulares, o entre particulares y el Estado), quienes ejercen el control respetando las reglas de su competencia jurisdiccional, o sea que cada juez lo hace en los casos o causas que le corresponde resolver en razón de la materia, lugar, entre otras.

- Recae sobre toda clase de normas y actos: se ejerce sobre las leyes nacionales, provinciales y también sobre todos los demás actos y normas estatales de carácter general o singular, incluidas las sentencias judiciales y los actos administrativos.
- Los jueces ejercen el control de constitucionalidad en casos concretos, pero no cuando la cuestión se ha constituido en abstracto, a pedido de las partes interesadas o afectadas por la aplicación de las normas impugnadas de inconstitucionalidad.
- Los jueces no ejercen control sobre las cuestiones calificadas como políticas ("cuestiones políticas no justiciables o actos de gobierno") emanadas de facultades privativas de los poderes políticos (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo).
- El control de constitucionalidad no comprende aquellas cuestiones formales o de procedimiento de su sanción.
- Los jueces se pronuncian sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas, en las sentencias de los juicios, produciendo efectos que únicamente valen para ese caso concreto y no tienen alcance general (efecto inter partes y no erga omnes).
- La norma impugnada sigue siendo válida y solamente puede ser derogada por la misma autoridad que la aprobó.

Resulta curioso observar que "el régimen norteamericano de control de constitucionalidad, de tipo difuso y con efectos ceñidos, en principio, al caso donde se opera, tenga hoy en Iberoamérica un solo discípulo auténticamente fiel: la Argentina. El resto de los países del área ha adoptado fórmulas mixtas entre el control difuso y el control concentrado, siguiendo en alguna o mucha medida pautas provenientes de Hans Kelsen, retratadas inicialmente en la constitución checoslovaca de ese año, en torno a tribunales especializados en lo constitucional que a menudo se presentan como cuerpos extrapoder, ajenos por tanto al Judicial, y que no sin cierta frecuencia intentan monopolizar ese control de constitucionalidad. El desarrollo del constitucionalismo actual muestra que no basta con tal interrelación argentino-estadounidense (quizá suficiente décadas atrás) para tener la tarea por finalizada, si se trata de ahondar en el control judicial de constitucionalidad. Por cierto, es ahora cada vez más exigente, y demanda las comparaciones con otros tribunales constitucionales de prestigio, al estilo, tales como el español y el italiano, y en América, de la Sala Constitucional de Costa Rica y de la Corte Constitucional de Colombia, entre otros". (SAGÜES, 2001).

d. SISTEMAS INTERMEDIOS (PRESUNCION DE INCONSTITUCIONALIDAD)

En la actualidad hay una tendencia que lleva hacia la aceptación de modalidades intermedias o mixtas y las destacamos porque precisamente dentro de esa corriente, parecen ubicarse algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En este aspecto cabe resaltar dentro de esta categoría el llamado control de constitucionalidad estricto, con presunción de inconstitucionalidad. Tal como su nombre lo indica, la diferencia fundamental es el punto de partida, dado que este supuesto ante la aparente

incompatibilidad entre la norma y la Constitución, invierte los términos de la presunción, partiendo de la presunción de inconstitucionalidad de la norma.

En virtud de esta línea jurisprudencial, aunque excepcional, se exige la inversión de la carga de la prueba, que encuentra sus orígenes en la doctrina de las libertades o derechos preferidos para la protección de los denominados derechos civiles o de primera generación, de contenido no patrimonial, tales como la libertad de expresión, a tenor de lo expuesto por el Juez STONE en el caso *United Status vs. Carolene Products Co. Dee 1938* (304 US 133)., en el que se sostuvo que: "Debe existir una menor operatividad para la presunción de constitucionalidad cuando la legislación es directamente contraria a alguna prohibición específica de la Constitución, tales como las que surgen de las primeras Diez Enmiendas". (BIANCHI, 1990, 146, 20)

Así pues, los derechos protegidos en el Bill of Rights contenido en las Enmiendas 1 a 10 y en la Enmienda 14, no se encontraban afectados por la legislación, ni aún en un grado mínimo. Cuando ésta se oponía a ellos el examen judicial de su validez debía ser muy estricto, debido a que la presunción de constitucionalidad de aquella, cuando limita tales derechos, posee un escaso margen de amplitud. Debe reconocerse como regla que cualquier restricción o censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad (FAYT, 1989, Considerando 14).

Simétricamente, el control estricto de constitucionalidad, ha sido ejercido ante la aparición de las llamadas categorías sospechosas, cuya noción fue elaborada dentro de la esfera de determinadas distinciones normativas tachadas de discriminatorias basadas en motivaciones de índole racial o de nacionalidad, entre otras.

Se encuentra íntimamente vinculado al principio de no discriminación, con la prohibición de discriminación negativa, que implica que lo que se sospecha es que determinadas normas están motivadas solamente en prejuicios o instintos sectoriales, sospecha que se traduce en una presunción de inconstitucionalidad, de las normas objetadas. En estos supuestos, tal como dijimos la carga probatoria se invierte y corresponde al Estado la justificación de la medida, que resulta de mayor exigencia y que excede a la prueba de la razonabilidad empleada por el método tradicional de control de constitucionalidad. Resulta elocuente, según nuestra mira, el voto que expresara que "todas las restricciones legales que reducen los derechos civiles de un grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto no quiere decir que todas esas restricciones son inconstitucionales. Esto significa que los tribunales deben someterlas al examen más estricto..." (GARAY, 1986, 936).

La Corte Suprema de la Nación Argentina, adhiere a este método de control de constitucionalidad cuando se expide en la causa "Hooft" (Fallos 322-3034). En esta causa se discutía la validez constitucional del artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto impide a los argentinos naturalizados acceder al cargo de juez de Cámara, sosteniendo que:

"...Una norma como el artículo 177 de la Constitución bonaerense, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (ciudadanos, en los pactos) de primera clase, (los nativos y los por opción) y otros de segunda clase (los naturalizados, como el actor), se presenta afectada

por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique”.

“Desde un punto de vista práctico, se supone que la carga de la prueba recae sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras. La presunción a priori es a favor de la libertad y de la imparcialidad (Considerando 3).

Finalmente, se refiere a la presencia de un criterio de distinción sospechoso, lo que hace que la norma sea impugnada por una presunción de inconstitucionalidad, sosteniendo que la mentada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podría ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”. (Considerando 4)

El control estricto ha sido aplicado además de los mentados supuestos de las libertades preferidas y frente a distinciones sospechosas, en materia de normas regresivas en materia de derechos sociales, económicos y culturales. (CURUTCHET, 2006)

IV. SEGUNDA PARTE: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En cuanto a la cuestión de si la ley extranjera competente debe ser aplicada por el juez, aún cuando sea materialmente contraria a la Constitución del Estado de procedencia, o a un tratado concluido por este último con un tercer Estado, se opina que se trata de precisar en tal caso, lo que es en el país extranjero una ley válida, y esto es competencia del ordenamiento del que forma parte la ley: un juez americano, se sostiene, no podría negarse a aplicar una ley francesa por inconstitucional, porque aún así, la ley francesa vale en Francia, ella es para Estados Unidos, el derecho francés. Pero la inconstitucionalidad podrá ser opuesta, o alegarse, ante un tribunal americano y no se ve por qué éste debería abstenerse de pronunciarse. Así opina MAURY en Francia, que no admite más reservas que cuando el derecho público extranjero sea contrario a una regla de orden público francés como ocurriría con la retroactividad de ciertas reglas extranjeras que en virtud de ella podrían alcanzarse resultados inadmisibles, citando como ejemplo, varios fallos franceses que negaron hacer valer retroactivamente la ley alemana de valorización del 16 de julio de 1925, y otra excepción consistiría en que ante el juez francés no podrían emplearse modos o formas de proceder que excluye su propio derecho procesal, para lograr tal declaración de inconstitucionalidad... (ROMERO DEL PRADO, I, 494).

a. NATURALEZA Y TRATAMIENTO PROCESAL DEL DERECHO EXTRANJERO

Corresponde al Derecho Internacional Privado, en un sentido estricto, determinar cuándo, por qué y cómo deben aplicarse las leyes extranjeras; se trata de preguntas de índole distinta, unas de naturaleza sustantiva, otras de carácter procesal, y "a pesar de que pueden resolverse de manera independiente, la experiencia demuestra un estrecho vínculo en el tratamiento y solución de cada una de ellas". (PARRA ARANGUREN, 1986, 107).

Al abordar el tema del control de constitucionalidad en el derecho internacional privado, lo que corresponde según lo vemos en primer término, es interrogarse si el Juez que resuelve cuestiones con elementos de internacionalidad puede válidamente controlar la constitucionalidad del derecho extranjero aplicable llamado por la norma de conflicto. La respuesta a esta delicada como relevante cuestión, dependerá de cual sea la tesis adoptada de las existentes en materia de la naturaleza del derecho extranjero y su tratamiento procesal. Aquí se distinguen, dos aspectos fundamentales, uno de carácter sustantivo y otro procesal, (BIOCCA, FELDSTEIN DE CARDENAS, BASZ, 1990) a saber:

1. La naturaleza o de la calidad del derecho extranjero, esto es, saber si el mismo es un derecho o si por el contrario tiene naturaleza fáctica, es decir si es un hecho. Las primeras son las denominadas teorías normativistas, jurídicas, y las segundas, las realistas, vitalistas.
2. El tratamiento procesal que merece el derecho extranjero, si corresponde su aplicación de oficio o si solamente debe ser judicialmente aplicado cuando ha sido alegado y debidamente probado por las partes. Por nuestra parte anticipamos que seguimos adhiriendo a la célebre línea de pensamiento desarrollada por Federico Carlos von Savigny, acerca de que el derecho extranjero es derecho y extranjero. Según esta línea de pensamiento, el llamado formulado por la norma del conflicto del juez está dirigido al orden jurídico extranjero, en cuanto conjunto de normas. La remisión, el envío es de carácter normativo, dicho en términos sencillos, es de derecho a derecho, del derecho nacional al derecho extranjero. Respecto del tratamiento procesal merecido por la ley extranjera, consecuentemente se impone según nuestro entender, la aplicación de oficio. Ello sin perjuicio, que las partes aleguen y prueben la existencia, texto y vigencia del derecho extranjero invocado para cooperar con la función judicial.
3. "En el estado actual de las relaciones internacionales ninguna parte de la legislación de los Estados de mayor cultura pasa desapercibida, y fácil es conocerla o procurarse los medios para conseguirlo por las publicaciones periódicas que las autoridades respectivas se encargan de efectuar. El juez puede no conocer la ley que se invoca o que necesita aplicar en la resolución, pero los medios de efectuarlo están a su alcance, ya por esfuerzo propio, o por imposición a los litigantes... El juez nada crea; la ley ya está formada, y llena cumplidamente su oficio aplicándola, puesto que por voluntad del legislador, expresa o tácitamente manifestada, procede así. Vemos, pues que el problema de la fuerza obligatoria de la ley extranjera, se halla vinculado íntimamente con el fundamento del derecho internacional privado. Si se admite el fundamento de la *comitas gentium*, la conclusión que se impone es que para los jueces las leyes extranjeras no tienen la

misma fuerza obligatoria que las nacionales y que ellos no están en el deber de aplicarlas, dado que la aplicación de la ley extranjera es un acto de mera concesión graciosa. Si se admite el fundamento contemporáneo del derecho internacional privado, fundamento eminentemente jurídico, no influye para nada el carácter nacional o extranjero de la ley aplicable, debiendo aplicar los jueces el derecho impuesto por la naturaleza de la relación jurídica de que se trata". (ALCORTA, 1927, 141, 144). Para argumentar a favor de que el juez debe aplicar de oficio la ley extranjera cabe resaltar el pensamiento que se ha sostenido "El desarrollo cultural logrado actualmente, la difusión del libro, compilaciones, revistas jurídicas, etc, ¿no facilitan enormemente al juez el conocimiento de la ley extranjera?" (ROMERO DEL PRADO, I, 493). En el Primer Congreso de Derecho Civil, reunido en Córdoba en mayo de 1927, se estableció la siguiente base con la que coincidimos plenamente, "las leyes extranjeras serán aplicadas de oficio por los jueces, sin perjuicio de que las partes interesadas, puedan coadyuvar a la prueba de su existencia". (POSSE, 1927, 3). En esta línea interpretativa se pronuncian también la Doctora Margarita ARGUAS, los Doctores Carlos Alberto LAZCANO, Humberto María ENNIS, Víctor ROMERO DEL PRADO, Raúl SAPENA PASTOR, Ramón SILVA ALONSO, Carlos María VICO, Alcides CALANDRELLI, entre otros.

4. Desde otra perspectiva, se ha pretendido demostrar la inexistencia de vínculo alguno entre el fundamento del Derecho Internacional Privado y el tratamiento de la ley extranjera en el proceso; apareciendo en el elenco la teoría del uso jurídico, que se ubica en una posición intermedia según su mentor. Fue formulada del siguiente modo: si se declara aplicable a una controversia un derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquél país. (GOLDSCHMIDT, 1970,150). A su turno, una de las más importantes contribuciones de la teoría del uso jurídico, es haber separado con rigor el problema de la naturaleza del objeto de referencia de la norma indirecta de importación, del tratamiento de este objeto en el proceso. En cuanto al objeto de referencia se opone a la teoría jurídica la del uso jurídico extranjero. En efecto, se considera como contrario al derecho internacional público que un país intente crear derecho de otro país. Al contrario, no hay objeción de que "la norma indica el uso jurídico extranjero, es decir ordenando al juez indígena decidir el pleito tal como si lo resolviera en el país de origen de la norma, indicando, por lo tanto, un hecho y no derecho, por exigir del juez la verificación de un juicio de probabilidad y no la aplicación de normas jurídicas". Hay que delimitar la teoría del uso jurídico extranjero de doctrinas aparentemente emparentadas, empero en el fondo disímiles. Ello ocurre para empezar con la oposición innegable entre quienes conciben el objeto referido por la norma del derecho internacional privado como el derecho extranjero y quienes estiman que es el uso jurídico

extranjero. Y ello es así, aunque los partidarios de la primera doctrina no se contentan con identificar derecho extranjero con norma extranjera sino que encuadran en este término "la norma interpretada por ciencia y jurisprudencia; aun en el último caso representa la norma una entidad jurídica y no de hecho". También se hace hincapié en los rasgos distintivos entre la teoría del uso jurídico extranjero, por un lado, y las doctrinas de los derechos adquiridos (Pillet) o de los vested rights (Beale) y la Local Law Theory (Cook, Lorenzen), por el otro (Nº 1 in fine, p.13 y núm.13, ps. 67 y sigts.). La teoría de los derechos adquiridos, además de contemplar sólo el caso del reconocimiento de derechos nacidos en el extranjero (casos relativamente internacionales) y no el supuesto del derecho por nacer en el propio país en una situación internacional (casos absolutamente internacionales), reconoce con el derecho subjetivo extranjero el ordenamiento normativo extranjero en el que aquél arraiga. Y en cuanto a la Local Law Theory, si bien cree en el judge made law, identifica "lo que los jueces fallan" no sólo con "lo que los jueces extranjeros probablemente habrían fallado", sino con "lo que cualesquiera jueces, propios y extranjeros, fallan", con lo cual el uso jurídico extranjero pierde su especificidad. El derecho extranjero constituye un hecho de notoriedad universal ". (GOLDSCHMIDT, 1970, 149, 1974, 142, 128, 1977, 145, 132, 1985, 716).

Cabe recordar, que fue en el año 1945 que la doctrina argentina sostuvo que: "La jurisprudencia podría, sin apartarse del texto escueto del artículo 13, conferirle cierta elasticidad, dando un paso hacia las soluciones más modernas. La asimilación que el código hace en la nota del artículo 13 de la ley extranjera a los hechos, permite sacar partido de la concepción procesal del hecho notorio. El juez está obligado a fallar según lo alegado y probado sin recurrir a su conocimiento privado de los hechos. Pero ello no le impide tomar en cuenta los hechos notorios y las máximas de experiencia aunque las partes no las hubiesen probado ni invocado: notoria non eget probatione. Pues bien, este concepto de hecho notorio, que ha adquirido importancia en la doctrina procesal y es admitido por los autores nacionales, permite a nuestro juicio la aplicación de oficio de las leyes extranjeras cuando ellas constituyan en verdad facta notoria; vgr. el código civil francés, el alemán, el italiano, el español, etc. Es un expediente que juzgamos utilizable para resolver parcialmente las dificultades creadas por el artículo 13. (BUSSO, I, 118,22).

b. DERECHO ARGENTINO

Una mirada a las normas de derecho internacional privado de la República Argentina, muestran que: a) en la fuente interna que tiene aplicación en ausencia de tratado, el artículo 13 del Código Civil Argentino, establece que "la aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de la parte interesada a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes (...)". Y en la nota, el codificador destaca, por si no ha quedado suficientemente esclarecido, que el derecho es un hecho. Esta doctrina adopta la línea de pensamiento errada, de que la ley extranjera

es un hecho que simplemente se alega sin depender de la prueba, disposición que encuentra su origen en la ley 15, título 14, partida 3ª, y en el artículo 15 del Esboço de Freitas.

b) En la fuente convencional, por un lado, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, asumen una posición diametralmente opuesta a la disposición precedentemente transcrita, y se colocan dentro de la teoría que le atribuye naturaleza jurídica al derecho extranjero, mientras que por el otro, la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado de 1979 (CIDIP II) sobre Normas Generales, en vigor en la República Argentina, el artículo 2 dispone que “los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal y como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultará aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera”, adoptando la teoría del uso jurídico. (FELDSTEIN DE CARDENAS, RODRIGUEZ, SCOTTI, 2004).

Por ende, el sistema de derecho internacional privado argentino en materia de aplicación y tratamiento procesal del derecho extranjero, a tenor normativo, luce desparejo, nada armónico, hasta a veces contradictorio. No obstante el derecho extranjero es derecho, y debe ser aplicado de oficio. Esta última teoría, evita entre otros tantos inconvenientes, que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pacten acerca de la existencia, texto y vigencia de un hipotético, supuesto, imaginario derecho extranjero que mejor les sirva a sus respectivos intereses procesales, quizá inexistente, derogado, o bien que aleguen un derecho extranjero que no tendrán interés en probar porque desean que el juez termine aplicando el derecho nacional que mejor los favorece. (FELDSTEIN DE CARDENAS, 2007).

c. DERECHO VENEZOLANO

Cabe observar que la doctrina venezolana nos acompaña cuando refiriéndose a los artículos 2, 60 y 61 de la Ley de Derecho Internacional Privado, sostiene que “puede apreciarse claramente en estos textos, que el legislador venezolano supera la inveterada discusión sobre la naturaleza del derecho extranjero, y admite la tesis “jurídica”, según la cual el derecho extranjero es derecho auténtico y como tal no puede ser asimilado a una cuestión de hecho. La circunstancia de su extranjería no le quita su esencia normativa ni su existencia formal. El tratamiento procesal de este derecho, supone que se le coloque en pie de igualdad con el derecho nacional, porque respecto de ambos, se tratará de la aplicación de un *quid iuris*”.

“Las disposiciones de los artículos 60 y 61 de la Ley respecto de la aplicación de oficio, la intervención facultativa de las partes y los recursos de información de las sentencias, constituyen los efectos procesales de lo estatuido en el artículo 2º de la misma Ley, que es la conceptualización del tratamiento del derecho extranjero en orden a su aplicación a los casos concretos. Todas estas previsiones legales están en concordancia con las normas de los artículos 2º y 4º de la Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II. Montevideo, 1979).”

“Es importante destacar, que la Ley de Derecho Internacional Privado surge en un proceso de sintonía con la nueva fase de la codificación interamericana desarrollada en las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado. Cabe, asimismo, señalar que en algunas materias, los

preceptos de nuestra ley complementan o superan las fórmulas multilaterales. Este es el caso del artículo 2º que nos ocupa, al exigir expresamente que "se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflictos"; es decir, que va más allá de la regla correspondiente de la Convención (art. 2º), en el sentido de que facilita a los jueces, los criterios para la correcta aplicación del derecho extranjero en el propósito vinculante de lograr la justicia material del caso." (MAEKELT, citada por BONNEMAISON).

d. LA CONSTITUCION Y EL CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ARGENTINO

Los principios y valores esenciales que integran el concepto de orden público encuentran su origen, en primer término, en el Derecho estatal y, dentro de éste, en el Derecho Constitucional. La Constitución como norma fundamental del Estado, constituye la referencia básica a la que debe ajustarse el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto. (FERNANDEZ ROZAS, SANCHEZ LORENZO, 2007). La carga axiológica que proporciona esta fuente fundamental, obra inspiradora de las normas jurídicas del sistema legal que se proyecta no sólo a la hora de legislar sino también al momento de aplicar el derecho. (DREYZIN DE KLOR, 2000).

La cuestión del orden público internacional se plantea cuando el derecho extranjero indicado por la regla de conflicto está en pugna con principios fundamentales del Estado al que pertenece el juez que entiende en la causa. Indudablemente los principios fundamentales, de toda legislación se encuentran consagrados de forma medular, en los textos constitucionales de los Estados. En la República Argentina, el contenido de la cláusula de orden público internacional que se encuentra en el artículo 14 del Código Civil argentino, se halla integrado por los principios y valores jurídicos reconocidos por el texto constitucional. En el año 1994 en ocasión de la reforma constitucional sostuvimos que ella conllevaba, entre otros aspectos como en materia de derechos humanos, derecho de familia, derecho de la integración, inexorablemente a la reformulación del contenido del orden público internacional para adecuarse a este nuevo diseño normativo. (FELDSTEIN, BASZ, 1995).

Unos de los temas que siempre ha estado en el candelero, por sus múltiples matizaciones, antes de la sanción de la ley que restauró el divorcio vincular en la República Argentina, que dio lugar a posiciones doctrinales divergentes que llegaron a extender considerablemente el orden público internacional en resguardo de caros principios jurídicos (BASZ, FELDSTEIN, 1996). La sanción de la ley 23515, si bien es cierto, provocó inicialmente estupor entre quienes temían que quedasen irremediable y profundamente socavados los principios fundamentales del derecho argentino y que además, sobreviniera una avalancha de reclamos de los justiciables que no podría ser debidamente atendida por los tribunales estatales argentinos, no es menos cierto que nada de eso sucedió (FELDSTEIN, 2000, 141). La incorporación del divorcio vincular, produjo por lo menos un efecto notable, positivo desde nuestra mira, que resulta imposible soslayar, a saber: que los especialistas de Derecho Internacional Privado Argentino se vieran forzados a superar la concepción minimalista imperante basada en la defensa de un contenido meramente reducido al estudio de los llamados matrimonios mexicanos, al fraude a la ley, para empezar a descubrir

otros problemas atinentes a la materia, como desde hacía tiempo reclamaba una parte de la doctrina. (BIOCCA, CARDENAS, BASZ, 1990). No es que esos temas no debían ser objeto de análisis, sino que no podían serlo exclusivamente.

e) El caso Sejean

Precisamente un valioso antecedente lo constituyó el célebre fallo "Sejean", en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1986, por el voto de tres de los cinco jueces que entonces integraban el tribunal, declaró la inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley 2393 que disponía: "El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial". Cabe señalar que la doctrina del fallo sostuvo que el orden público que emana de la legislación común, sólo resulta válido en la medida que esa legislación haya sido dictada en consecuencia de la Constitución Nacional, ya que todo el orden público argentino, de manera expresa o implícita está contenido en ella.

El fundamento jurídico de la decisión se encuentra en lo establecido por el artículo 31 de la Constitución que dispone: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859", texto que ha permanecido intacto después de la Reforma Constitucional de 1994. Así quedaron esclarecidas dos cuestiones: que el orden público que emana de la legislación común, sólo resulta válido en la medida de que esa legislación haya sido dictada en consecuencia de la Constitución Nacional, ya que todo el orden público argentino, de manera expresa o implícita está contenido en la Carta Magna y que, por ello, la inaplicabilidad del derecho extranjero, cuyo rechazo derivara de su confrontación con una ley argentina, podía devenir aplicable mediante el recurso de cuestionar la inconstitucionalidad de la ley argentina, y lograr una decisión favorable en este sentido.

Una autorizada doctrina, en un comentario al fallo, sostuvo que la Corte "hubiera podido pues legitimar la validez de un divorcio vincular de un matrimonio argentino, basado en un derecho extranjero, en una causa en la que el demandante hubiera reclamado el reconocimiento en la Argentina, de la recuperación de su aptitud para volver a casarse, demostrando que la sentencia extranjera que decretó su divorcio vincular cumple con las exigencias del art. 517 del Cód. Procesal de la Nación (Adla, XLI-C, 2975). Siguiendo nuestro razonamiento, en esta hipótesis, la Corte Suprema hubiera declarado la inconstitucionalidad del art. 64, de la ley 2393, que significaba el obstáculo para que prosperara la pretensión del demandante y, como lógica consecuencia, la solución del caso se sentaría en la interpretación judicial de que una ley extranjera que establezca el divorcio vincular no viola en ningún caso el orden público argentino. No es imposible entonces que pueda plantearse, en una causa perteneciente al derecho internacional privado, la inconstitucionalidad de los preceptos de la ley 23.515 que acogen el divorcio vincular, aduciendo que el divorcio vincular es contrario a la Constitución Nacional, ya que de su

contenido se desprende el principio de la indisolubilidad del matrimonio". (PERUGINI, RAMAYO, 1988, 972).

La polémica tal como parece, si bien perdió el ardor que la envolviera en los setenta y ochenta, parece continuar vigente para quienes se interesan por el reconocimiento o no del divorcio vincular, que fieles a sus respetables principios pensarán que el núcleo central de la aplicación o de la inaplicación del derecho extranjero sigue girando en torno de esta figura. Antes porque en el derecho argentino no se aceptaba y ahora, por que se lo acepta. Desde nuestra mira, es el reverso y anverso de la misma medalla, que sencillamente es una derivación, una consecuencia, de la naturaleza cambiante, mutable del orden público internacional. (FELDSTEIN, 2001).

f. Control de constitucionalidad del derecho extranjero según la Constitución extranjera

En materia de aplicación del derecho extranjero, según la doctrina mayoritaria, la Ley de Derecho Internacional Privado del 6 de agosto de 1998, se admite la tesis jurídica, lo cual es particularmente importante porque la legislación venezolana nunca tuvo disposición sobre este aspecto, limitándose a lo previsto en los tratados ratificados por Venezuela, el Código de Bustamante y la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional.

Es esta misma doctrina, hay una línea de pensamiento que abre un signo de interrogación interesante en el tema central de nuestro trabajo que invita a la reflexión. Se plantea la posibilidad del control de constitucionalidad del derecho extranjero cuando la disposición "colida" con la Constitución extranjera, y no la del Estado del Juez. (HENRIQUEZ MAIONICA, 2004). En este aspecto se aduce que "el control de la constitucionalidad sí es posible, tanto en el caso de que el derecho distinto del foro sea el venezolano, como en el caso de que el foro sea venezolano y el derecho sea cualquier otro, siempre y cuando se admite en éste la posibilidad competencial de un control difuso..."

"Así puede la Sala Constitucional revisar las decisiones en las que los jueces extranjeros controlen la constitucionalidad de nuestro derecho, cuando éste resulte aplicable? Y de ser ello así, tal conclusión se desprende del propio artículo 336.10 de la Constitución?. ". Según el autor esta posibilidad de control de la constitucionalidad del derecho extranjero "deriva - siempre en el marco del derecho internacional privado- de la aplicación íntegra del derecho extranjero que sea aplicable al caso, por supuesto, distinto del derecho del foro".

"El juez debe aplicar el Derecho extranjero ex officio y debe aplicarlo tal como lo haría un juez homólogo del país del Derecho a aplicar. Por ejemplo, si el Derecho aplicable es el de Italia, el juez (aquí en Venezuela) está obligado a aplicar aquel Derecho de la misma forma que lo haga un Giudice de Italia. Tal obligación "representa la única posibilidad para los jueces de diferentes Estados, cuando aplican una determinada legislación extranjera, de obtener la misma conclusión y, en consecuencia, garantizar la armonía internacional de las soluciones".

"Pues bien, existe dentro del sistema de derecho internacional privado venezolano la posibilidad de controlar la constitucionalidad del derecho extranjero. Esta posibilidad surge a través de la aplicación íntegra de este último derecho". La aplicación del derecho foráneo como la del propio, será irrenunciable y

procederán todos los recursos procesales establecidos contra los errores de derecho. Además el juez estará obligado a encontrar el contenido y alcance del derecho extranjero, saber interpretarlo como lo hubiera hecho el juez del respectivo ordenamiento o, en caso de encontrarse en la situación de no poder aplicar el derecho extranjero indicado por la norma de conflicto, decidir qué ordenamiento resolverá el caso en cuestión”.

“Si un juez foráneo controla la constitucionalidad del derecho venezolano, debe hacerlo a tenor de la Constitución de este país. Y viceversa, si el juez venezolano controla la constitucionalidad de un derecho foráneo – por ejemplo, de Portugal- él deberá hacerlo en el entendido de la Constitución lusa. ...A nuestro juicio, todo tribunal en aplicación del Derecho venezolano, si observare contraste entre la Constitución y una norma de cualquier rango que fuere, se inaplicará la norma en cuestión, en beneficio de la aplicación de la disposición constitucional. Esta potestad de inaplicación de la norma puede ser realizada por cualquier tribunal, aún de oficio, en cualquier tipo de causa”.

“En el sistema de Derecho Internacional Privado, los jueces venezolanos pueden controlar la constitucionalidad del Derecho extranjero que resulte aplicable en virtud de la aplicación íntegra del mismo requerida por el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado y siempre al menos en nuestro criterio, en ese Derecho sea posible el control difuso” y por el otro que “También es posible, de ser el caso y siempre que en el derecho del foro se permita, que un juez extranjero controle la constitucionalidad del derecho venezolano...” (HENRIQUEZ MAIONICA, 225).

En una línea de pensamiento similar a la precedente se encuentra ubicada parte de la doctrina argentina que argumenta así:

“El derecho de un país extranjero es lo que probablemente sus jueces dirían que es. Tomando como precedente el caso “Collier c. Rivaz” (1841), los tribunales ingleses desarrollaron, desde 1926 una construcción que adecuadamente fue llamada por Cheshire la foreign court theory. Herbert Jenner decía, en tal caso; the court sitting here decides from the persons skilled in that (Belgian) law, and decides as it World if sitting in Belgium.

“De modo que el juez nacional debe fallar “como lo haría” el juez del país cuyo derecho resulta aplicable. “En el aspecto del caso enfocado en el tipo legal de la norma de conflicto, la remisión al derecho extranjero importa una referencia a la eventual decisión que concreta y efectivamente tomaría el juez extranjero. La imitación de su probable sentencia requiere tomar en cuenta todas las disposiciones que él tomaría. Así el juez argentino deberá considerar la constitucionalidad de una norma extranjera según lo haría el juez foráneo. En suma; debe concretar la proyección del sistema jurídico extranjero sobre el objeto de la remisión, esto es, sobre el tipo legal sujeto al derecho extranjero”. (BOGGIANO, 1993, 210/211).

No podemos soslayar que cuando se debatía la aprobación del artículo 2 de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado, que dispone que el derecho extranjero competente debe aplicarse tal como lo harían los jueces de su país de origen; el doctor Werner GOLDSCHMIDT (delegado por Argentina) hizo hincapié en la importancia del principio, en su

incorporación porque de ningún modo es superfluo; y porque contiene el valor fundamental de la tolerancia, sosteniendo en defensa de la teoría del uso jurídico que:

“La aplicación del derecho extranjero se basa en la tolerancia que en la comunidad internacional unos Estados deben tener con los otros, y esa tolerancia exige que si se aplica el derecho extranjero, no se le tergiverse, no se le distorsione introduciendo subrepticamente métodos propios....Si se aplica el derecho inglés, en el cual no se admite como medio de interpretación los debates parlamentarios, el juez argentino no debería utilizar ese método, aunque en el derecho argentino el acceso a los debates parlamentarios es sumamente importante”.

Durante el examen artículo 2 que finalmente condujo a establecer la obligación a cargo del juez de investigar y aplicar de oficio el derecho extranjero, fueron planteados por el representante de los Estados Unidos de América (doctor Arthur Von Mehren), los problemas inherentes a la institución desconocida; y en el deseo de superar las posibles dificultades prácticas, hizo una importantísima sugerencia en los términos siguientes: “Cuando la ley de un Estado parte contenga instituciones o procedimientos esenciales para su correcta aplicación y esas instituciones o procedimientos no estén contemplados en la legislación del foro, el tribunal podrá negarse a aplicar dicha ley”. (PARRA ARANGUREN, 461).

En el curso del debate, se ilumina la respuesta al interrogante planteado, cuando el doctor Werner Goldschmidt para rebatir una propuesta efectuada por el delegado de Estados Unidos, ejemplificó la materia de la siguiente manera y que echa luz sobre el tema de la constitucionalidad en el pensamiento del creador de la teoría del uso jurídico,:

“...Si se tiene que aplicar en la Argentina una ley italiana con respecto a cuya constitucionalidad, referida naturalmente a la Constitución italiana, hay dudas doctrinales en Italia - en Italia, como también en España- según la nueva constitución del año pasado- existen sendos tribunales constitucionales especiales que son los únicos que juzgan sobre la constitucionalidad de una ley. Por supuesto que cuando se declare una ley inconstitucional, dicha declaratoria vincula a todos los jueces.

“En la Argentina, si se quisiera aplicar la ley italiana tal cual la aplicaría el juez italiano, no habría un tribunal constitucional. En la Argentina cualquier juez, ante el cual se invoca una ley cuya constitucionalidad está en tela de juicio, examina la constitucionalidad y si llega al resultado de que la ley no es constitucional, no la aplica dentro de ese proceso, sin que esa declaración sea vinculatoria para otros jueces y procesos.

Según la propuesta de la delegación de Estados Unidos de América, que se está cuestionando “parecería que el juez argentino no podría examinar la constitucionalidad de la ley italiana, siempre con arreglo a las opiniones italianas, por no disponer de un tribunal constitucional y naturalmente, por no poder dirigirse al tribunal italiano de garantías constitucionales”.

Para finalizar aduce que “la mejor solución sería la de que el juez pudiera aplicar su propio procedimiento o sea, examinar la constitucionalidad”.

De lo que no cabe duda alguna, es que el examen del tratamiento del derecho extranjero llevó a reconocer la plena vigencia al adagio *iura novit curia* principio corriente en el derecho latinoamericano y

cuyas raíces se remontan al Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo suscriptos en 1889 y 1940, (artículo 5 y 6, respectivamente), como en el Código de Bustamante (artículo 408).

V. NUESTRAS PROPUESTAS

1) Dentro de las modalidades que presenta el llamado control de constitucionalidad en la República Argentina independientemente del modelo tradicional de control difuso, sujeto al test de razonabilidad que presume la constitucionalidad de la norma cuestionada, una nueva tendencia que contrariamente parte de la presunción en ciertas circunstancias de su inconstitucionalidad, es una línea jurisprudencial que merece una reflexión por estar encaminada a superar normas francamente regresivas.

2) En la interpretación del derecho extranjero, a la pregunta de si están los jueces ligados a las opiniones admitidas en el país de la legislación de que se trata, hay que responder con una negativa. Aun cuando los jueces fundamenten quizá la totalidad de la sentencia en una legislación extranjera, no por eso dejan de ser ellos lo que administran justicia en nombre y bajo la responsabilidad del Estado al cual pertenecen. A ellos, pues, es a quienes corresponde penetrar el sentido de la ley extranjera; tendrán muy en cuenta, evidentemente, las opiniones jurisprudenciales dominantes en el país extranjero, pero esas opiniones no serán para ellos obligatorias.

4) En la República Argentina, sea que el juez aplique sus propias reglas o las de un país extranjero, realiza siempre la función tantas veces comparada con la solución de un silogismo, en el cual la norma actúa como premisa mayor y los hechos que estima probados como premisa menor. Sostener lo contrario importa desnaturalizar la sentencia judicial, que en tal caso carecería de un esencial presupuesto de validez cual es estar fundada en derecho, sin que a ello obste la reconocida pero no infranqueable dificultad práctica que encierra el conocimiento del derecho extranjero por el juez, lo que por otra parte aparece como arcaico en virtud de la celeridad de las comunicaciones existentes en el mundo contemporáneo. Es más, ello está constitucionalmente vedado porque el juez no crea derecho, no legisla, función que le corresponde al legislador, que simétrica y equilibradamente tiene competencia para crearla, no para interpretarla. (BIOCCA, CARDENAS, BASZ, 1990, 137).

5) En materia procesal la teoría del uso jurídico descubre la vía media entre la doctrina de derecho y la del hecho. En efecto, ella afirma, por un lado, que el derecho extranjero es un hecho (hecho probable dentro de un contorno irreal e imposible), pero establece, por el otro, que la autoridad debe averiguarlo de oficio por ser un hecho notorio. (GOLDSCHMIDT 1985). Según su más conspicuo defensor, al comentar el Proyecto Venezolano de Derecho Internacional Privado, antecedente directo de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998, sostuvo que el

Proyecto parece comulgar con la teoría de la norma jurídica, toda vez que por lo menos el recurso de casación no resulta admisible..." (GOLDSCHMIDT, 2001, 1, 119).

6) La inaplicación del derecho extranjero, por la vía del control constitucionalidad resulta procedente mediante el arbitrio del orden público internacional, cuando de la confrontación entre el ordenamiento jurídico llamado por la norma de conflicto con la ley argentina, resulte como última ratio que su aplicación vulnera a la Constitución Nacional

7) Los tribunales judiciales, sean nacionales o extranjeros, especializados o no especializados, carecen de competencia para declarar la inconstitucionalidad de la ley extranjera en base a la Constitución extranjera. Desde nuestra mira, y con ello pretendemos alentar el intercambio de opiniones, sostener lo contrario implica forzar la verdadera naturaleza del derecho extranjero, por cuanto su misión consiste en interpretar las leyes o preceptos de leyes extranjeras que no afecten la propia Constitución.

BIBLIOGRAFIA

- ALCORTA, Amancio. 1927, *Curso de Derecho Internacional Privado*. Tomo I, Segunda Edición. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- BASZ, Victoria y FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara. 1995, "El Derecho Internacional privado frente a la reforma constitucional". *La Ley*, 1995, Página 1127
- BIANCHI, Alberto. 2002, *Control de constitucionalidad*. Tomo I, Ed. Abaco. Citado por CURUTCHET, Eduardo. "Las llamadas libertades preferidas en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina", 13 de noviembre de 1990, p. 20
- BIOCCA-CARDENAS-BASZ, 1990, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. Última edición 2005. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina.
- BIDART CAMPOS, Germán, 1986, *Tratado Elemental de derecho constitucional argentino*. Editorial Ediar, Buenos Aires, Tomo I, p. 228.
- 1983, "El art. 4º de la Ley de Concursos y la Constitución", en *ED*, N° 5769, del 6 de julio de 1983 y en *ED* 104-1018.
- BOGGIANO, Antonio. 1993, *Curso de Derecho Internacional Privado*. Abeledo Perrot.
- 1988, "Crise et dépassement des préférences locales dans la faillite transnacional en Argentine", en *RCDIP* 77 - 1988 - 497.
- BONNEMAISON W, J. L. 1999, "La aplicación del Derecho Extranjero" Conferencia dictada en Valencia.
- BREWER CARIAS, Allan R. 1996. *Instituciones políticas y constitucionales*. Tomo VI, San Cristóbal, 3a. edición, Caracas.
- BUSSO, Eduardo. 1945. *Código Civil comentado*. Buenos Aires, Tomo I, pág. 118, p. 22.

- CALVO CARAVACA Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, 2005. "Procedimientos de insolvencia y Reglamento 1346/2000: ¿Cuál es el centro de intereses principales del deudor?", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Editorial Colex, Madrid, ps. 217 a 240.
- 2004. *Derecho Concursal Internacional*. Colex, Madrid.
- CAPPELETTI, Mauro. 1971. *Judicial Review in Contemporary World*, Indianápolis.
- CIURO CALDANI, Miguel A., 1995. Nota de la Sexta Edición, GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia - 8ª Ed.*, Buenos Aires, Depalma.
- CURUTCHET, Eduardo E. 2006. "¿Hacia un control de constitucionalidad más estricto de las normas del derecho del Trabajo?". Instituto de Derecho Constitucional.
- DREYZIN DE KLOP, Adriana. 2000. "Los principales desarrollos dentro del Derecho Internacional Privado en el próximo siglo en Argentina". *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*. Número especial 2000. Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. A.C. México. .
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia. 2007. "Insolvencia transfronteriza, reciprocidad y medios electrónicos. Análisis de un fallo ejemplar", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela*, N° 129, Caracas, Venezuela.
- 2007. "El orden público Internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado Contemporáneo", *Revista de Derecho 6*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela,
- 2004. *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Editorial La Ley, Buenos Aires, Reimpresión de 2007.
- 2000. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Editorial Universidad.
- 1994. *Reformas al Código Civil. Derecho Internacional Privado*. Editorial Abeledo Perrot.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. 1998. *Derecho Internacional Privado* (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales). Córdoba, Editorial Advocatus.
- 1990. "La revisión del 'Proyecto Goldschmidt' de Código de Derecho Internacional Privado para la República Argentina", *Revista Española de Derecho Internacional*, E.D.I., vol. XLII (1990), 2, p.714.
- FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, SANCHEZ LORENZO, Sixto, 2007. *Derecho Internacional Privado*. Cuarta Edición. Ediciones Civitas, Thomson.
- GARAY, Alberto F. 1989. "Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas", *Revista Jurídica La Ley* 1989-B, p. 936).
- GOLDSCHMIDT, Werner. 1985. "Gestación, quintaesencia y recepción de la teoría del uso jurídico extranjero". La Ley, 1985, E- 716.
- 1983. "El art. 4° de la ley 19551", en ED 100 - 853.
- 1982. *Derecho de la Tolerancia. Derecho Internacional Privado*, Lexis Nexis, novena edición.
- 1958. *Derecho Internacional Privado. Suma de Derecho Internacional Privado*, Lexis Nexis, novena edición. Ediciones Jurídicas Europa América.

- 1935. *La consecuencia jurídica de la norma del derecho internacional privado*, Editorial Bosch, Barcelona.
- 2001. *El proyecto venezolano de Derecho Internacional Privado*. Volumen I, p. 115-123,
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. 1987. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, México.
- HENRIQUEZ MAIONICA, Giancarlo. 2004a. "El Control de la constitucionalidad del derecho extranjero. Una perspectiva desde el Derecho Venezolano". *Revista Jurídica*. UCES. 191/225.
- 2004b. "El amparo constitucional: control de los derechos fundamentales, Sherwood, Caracas.
- JAYME, Erik, 1991. "Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado", Nota preliminar. Caracas, Venezuela, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N 82, Año XXXVI.
- KELSEN, Hans. 1981. *Teoría pura del derecho*. Eudeba. Buenos Aires.
- LINARES, Juan F. 2002. *Razonabilidad de las leyes*. Buenos Aires, Astrea.
- PARRA ARANGUREN, Gonzalo. 2005. "Las disposiciones generales sobre conflicto de leyes en el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica (2004). Editorial Albremática. *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*.
- 1998. *Curso general de Derecho Internacional Privado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- 1982. *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas.
- 1986. *Ensayos de Derecho Procesal Civil Internacional. El tratamiento procesal del derecho extranjero en los países de América del Sur*. Serie Estudios. Separata del Boletín de la Academia de Ciencias, Políticas y Sociales de Venezuela, , Año XXXII, pp. 41/73.
- PERUGINI, Alicia M. - RAMAYO, Raúl Alberto, 1988. "El control de constitucionalidad y el derecho extranjero aplicable (Un enfoque normológico). La Ley 1988-A, 968.
- POSSE, Luis J. 1927. "Bases de Derecho Internacional Privado para una ley de introducción al Código Civil Argentino", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*.
- ROMERO DEL PRADO, Víctor M. 1961. *Derecho Internacional Privado*. Editorial Assandri.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. 1966. *La Corte Constitucional Italiana*. Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- SAGUES, Néstor. 2006. "El control de constitucionalidad de la norma importada", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI*. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer, Tomo I, Civitas, Madrid.
- VANOSSI, Jorge y UBERTONE, Fermín, 1996. *Control de Constitucionalidad*, Coordinador BAZAN, Víctor, Ciudad Argentina.
- VICO, Carlos M. 1934. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Tomo I. Pág. 235. Biblioteca Jurídica Argentina. Segunda Edición.
- WOLFF, Martin. 1936. *Derecho Internacional Privado*, Labor, Barcelona.

TRADICION Y RENOVACIÓN EN LA TESTAMENTIFACCION BONAERENSE DEL SIGLO XIX

Segunda Parte

Los sujetos testamentarios

Por María Isabel Seoane

RESUMEN

La primera parte de la presente investigación se publicó en la *Revista Electrónica* Año 1 – Nº 2, 2008. En ésta abordamos, con la misma metodología de trabajo, lo concerniente a los sujetos testamentarios (testadores, legatarios, herederos y albaceas) señalando, en torno de ellos, la supervivencia de la tradición y el impacto de la renovación decimonónica. Los protocolos notariales constituyeron la fuente directa o primaria donde abrevamos y los resultados obtenidos están expuestos de manera cuali-cuantitativa como lo demuestran los cuadros numéricos intercalados en el texto.

PALABRAS CLAVES

Tradición – Renovación – Testamentifacción - Buenos Aires decimonónico

TRADITION AND RENEWAL IN THE WILLING PROCESS IN THE BUENOS AIRES OF THE NINETEENTH CENTURY

Part Two

The testamentary subjects

By María Isabel Seoane

SUMMARY

The first part of this investigation was published in the Electronic Review, Year 1 - Nº 2, 2008. In this work, we approach, with the same methodology, to the testamentary subjects (testators, legatees, heirs and executors) pointing out, in the case of them, the survival of the tradition and the impact of the Nineteenth century renovation. The notarial protocols constituted the direct or primary source where we work, and the results obtained are exposed in a quali-quantitative way in the numeric squares inserted in the text.

KEYWORDS

Tradition - Renewal - Willing process - Nineteenth century Buenos Aires.

TRADICION Y RENOVACIÓN EN LA TESTAMENTIFACCION BONAERENSE DEL SIGLO XIX

Segunda Parte

Los sujetos testamentarios

Por María Isabel Seoane*

SUMARIO: I. Presentación. II. Los testadores. 1. Bosquejo de los testadores. 1.1. El sexo. 1.2. El estado de salud. 1.3. La naturaleza. 1.4. El estado civil. 1.5. La profesión. 1.6. El nivel de alfabetización. 2. El testamento de las minorías. 2.1. Los negros, pardos y morenos. 2.2. Los no católicos. III. Los herederos y los legatarios. 1. Los herederos testamentarios universales. 1.1. Los herederos forzosos. 1.2. Los herederos necesarios. 1.3. Los herederos voluntarios. 1.3.1. Los parientes. 1.3.2. El alma. 1.3.3. Los cónyuges. 1.3.4. Los extraños. 2. Los hijos ilegítimos. 3. Los legatarios. IV. Los albaceas. V. Conclusiones Finales.

I. Presentación

La primera parte de esta investigación fue publicada en la *Revista Electrónica* Año 1 – N° 2, 2008. En ella, en sucesivos capítulos, después de analizar los cambios legislativos y doctrinarios operados en el Derecho sucesorio desde la segunda mitad del siglo XVIII, desarrollamos lo concerniente a las formas y al contenido de los testamentos tratando de marcar, en los distintos temas, la pervivencia de lo tradicional y la aparición de lo nuevo en la praxis bonaerense del siglo XIX. Los registros notariales, a través de una cala veinteañal comprensiva de los años 1830, 1850 y 1870, constituyeron la fuente primaria por excelencia para la realización del trabajo.

En esta segunda parte centramos nuestra atención en los sujetos testamentarios: testadores, legatarios, herederos y albaceas son presentados destacando, en cada caso, las particularidades de cada uno de ellos. Sobre la base de un muestreo documental comprensivo de la totalidad de los testamentos otorgados en los años 1830, 1850 y 1870, los resultados son presentados cuali-cuantitativamente. De ahí los cuadros numéricos y los gráficos que aparecen intercalados en el texto.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Es miembro fundadora del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, miembro titular del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano y miembro permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. 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. En el marco del Derecho Sucesorio destacan diversos trabajos

II. Los testadores

Como regla general, podían testar todos cuantos no encuadraran dentro de las prohibiciones legales. No podían hacerlo “el que fuese salido de memoria” salvo que el testamento hubiese sido otorgado antes de la demencia o estando el enfermo en intervalos lúcidos; el “desgastador de lo suyo, a quien ouiesse defendido el Juez que non enagenasse sus bienes” salvo que el testamento hubiese sido hecho antes de la prohibición judicial y los mudos y sordos de nacimiento. Mas , “el que lo fuese por alguna ocasión”, si supiere escribir, podía hacerlo de su puño y letra. El ciego no estaba impedido pero, para otorgarlo válidamente, debía hacerlo ante escribano y cinco testigos¹.

Tampoco podían testar los menores impúberes por cuanto carecían del uso competente de su razón. Cumplidos los doce y catorce años, según fueran mujeres o varones, podían, sin permiso de sus ascendientes, testar del tercio de sus bienes adventicios², castrenses³ y cuasicastrenses⁴.

Los arzobispos y obispos conformaban sus patrimonios con bienes originados en el beneficio eclesiástico y con bienes provenientes de otras vías (industria, donación, herencia, etc.). Los primeros eran indisponibles por vía testamentaria. Sí, en cambio, podían, en vida, donarlos a sus parientes pobres, amigos, criados u otras personas semejantes⁵. Los clérigos seculares podían testar sobre ambas clases de bienes⁶.

La validez del testamento otorgado por los condenados a pena de muerte dependía de que sus bienes no hubiesen sido confiscados ni comprendidos en la sentencia de su condenación.

1. Bosquejo de los testadores

1.1. El sexo

En los años tomados como testigos, la cantidad de testadores fue de 726. La diferencia con relación a la cantidad de testamentos (689) se debe a la existencia de 36 testamentos recíprocos⁷. De los 726 otorgantes, 405 (55,79 %) pertenecían al sexo masculino, en tanto que 321 (44,21 %) correspondían al femenino. Si bien el mayor número de varones se manifestó en cada año de la muestra, el porcentaje dentro de cada año fue variable. Mientras que en 1830 representaban el 52,99 %, en 1850 la representación ascendió al 53,54 % para alcanzar su máxima expresión en 1870 (58,20 %). Sin embargo, la concurrencia femínea al protocolo se acrecentó considerablemente en el siglo XIX . Si tomamos en cuenta la cantidad

que antecedieron a la publicación de su libro *Un salvoconducto al cielo. Prácticas testamentarias en el Buenos Aires indiano* (Buenos Aires, 2006). El trabajo que hoy presenta es complementario de esta publicación.

¹ Ver, en la primera parte, solemnidades de otorgamiento.

² “Lo que uno adquiere por su industria, por sucesión colateral, por la liberalidad de un extraño, o por cualquiera otra vía que no sea por causa o contemplación de su padre” (JOAQUÍN ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, 1889, p. 100).

³ Los que adquiría el hijo por razón del servicio militar (ley VII, título XVIII, Partida 4^a).

⁴ Los que adquiría el hijo en el ejercicio de las ciencias y en el uso de los oficios públicos o por donación real o señorial (ley VII cit.).

⁵ Ley VIII, título XXI, Primera Partida.

⁶ Ley XII, título XX, libro X de la Novísima Recopilación y ley VI, título XII, libro I de la Recopilación de Indias.

⁷ Ver el análisis de ellos en la primera parte de la investigación

de testadoras anotadas en los tres años del siglo anterior que consideramos para la comparación, sobre 186 testamentos protocolizados en los registros correspondientes a los años 1740, 1760 y 1780, 116 (62,37 %) pertenecían a varones en tanto que sólo 70 (37,63 %) habían sido otorgados por mujeres.

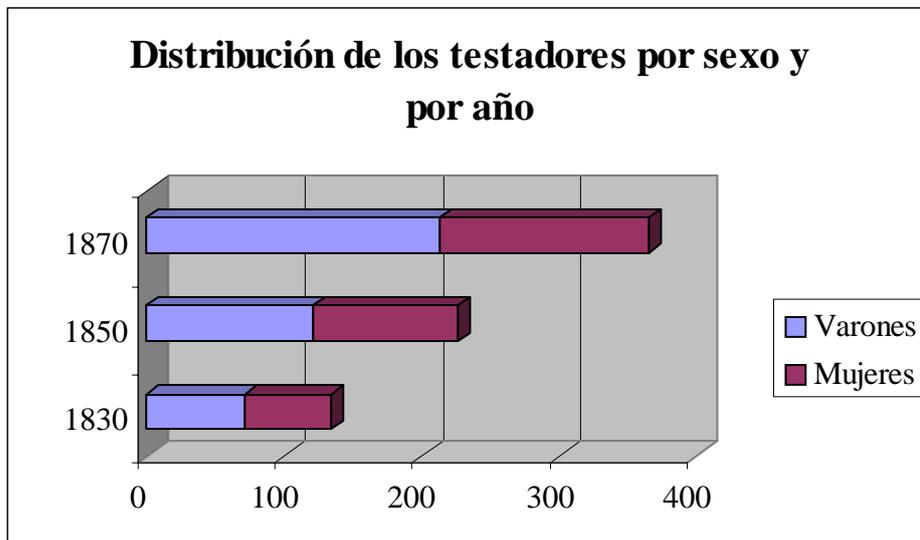
El cuadro y gráfico siguientes detallan los resultados obtenidos.

CUADRO N° 1

DISTRIBUCION DE LOS TESTADORES POR SEXO Y POR AÑO

Sexo	1830	1850	1870	Total
Varones	71	121	213	405
Mujeres	63	105	153	321
Total	134	226	366	726

GRÁFICO N° 1



1.2. El estado de salud

La consignación del estado de salud –psíquico y físico– fue un aspecto tenido particularmente en cuenta por la legislación de Partidas al tiempo de proveer la fórmula necesaria para el otorgamiento de la última voluntad. El asunto ocupó y preocupó a los teólogos católicos de la época hispano-indiana quienes

aconsejaban testar estando en sana salud o al principio de la enfermedad. Despiertos, en esos momentos, los sentidos del cuerpo y las potencias del alma (memoria, entendimiento y voluntad), los otorgantes tratarían mejor lo conducente a la salvación de sus almas. Testar en sanidad era considerado como expresión de la prudencia del hombre quien, libre de preocupaciones materiales y terrenas, tendría descanso a la hora de su muerte y dispondría de todo el tiempo para atender sólo los negocios del alma. Se trataba de evitar los inconvenientes que ocurrirían de agravarse la enfermedad. La disminución de los sentidos y de las potencias generaría olvidos en los testadores que originarían, seguramente, pleitos en gran detrimento de sus almas.

A pesar de estas recomendaciones la práctica testamentaria bonaerense había demostrado, en el siglo XVIII, escasa voluntariedad de testar en sanidad. En efecto, sobre 142 testamentos otorgados en 1740, 1760 y 1780, 93 testadores (65,49 %) lo habían hecho enfermos en distinta situación y 49 (34,51 %) estando sanos del cuerpo. La prédica de la Iglesia, en numerosos casos, había caído en saco roto. La relación entre la testamentificación y la buena muerte parecía desalentar a los individuos, quienes, presos del temor, olvidaban las promesas evangélicas en torno a la eterna bienaventuranza.

En el siglo XIX, en cambio, cuando menor era el número de individuos que utilizaban las mandas testamentarias para descargar la conciencia o para cargarla con buenas obras; cuando mayor era la cantidad de testadores que adjudicaban al testamento la prevalente función de organizar la familia y el patrimonio; cuando la filantropía, la remuneración o el afecto habían sustituido a la piedad cristiana; cuando la idea de salvar el alma por medio de la facción testamentaria se notaba ausente y la espiritualidad quedaba, prácticamente, circunscripta a las fórmulas notariales, mayor fue el número de personas que accedieron al protocolo gozando de buena salud.

En efecto, sobre 711 testadores, 373 (52,46 %) acudieron enfermos, en tanto que 268 (37,69 %) lo hicieron en sana salud. El 9,85 % restante (70 testadores) guardaron silencio. La actitud de no indicar el estado de salud fue excepcional en los dos primeros años de la muestra. La casi totalidad de los casos ocurrieron en 1870 cuando, en algunos registros, sólo se incluyó este aspecto de manera alternada⁸.

Si consideramos a los testadores por sexo, la buena salud se registró en un porcentaje mayor de mujeres (41,19 %) que de varones (34,86 %). Los varones enfermos representaron un 55,98 % en tanto que las mujeres sólo un 48,11 %.

Si bien a los efectos de simplificar sólo hablamos de enfermos y sanos, lo cierto es que, entre los primeros, había personas en distinta situación. Unos estaban "en cama", otros "en pie", otros "gravemente enfermos" otros, en fin, definían con distintas expresiones su estado de salud: "atacados con continuas enfermedades", "achacosos", "enfermos de riesgo" fueron, entre otras, las locuciones más frecuentes. Todos gozaban de sanidad mental, requisito necesario para la validez del acto que se empeñaban en destacar.

⁸ Ver 1870, Registros 8, 9, 13 y 28, por ejemplo.

El número de testadores tomados en consideración es menor, con relación a los computados para cuantificar otras variables, en razón de que hemos excluido los testamentos por poder pues, en todo caso, fueron otorgados con posterioridad a la muerte del poderdante.

CUADRO N° 2
ESTADO DE SALUD DE LOS TESTADORES*

Estado de Salud	1830		1850		1870	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
Enfermos	41	38	81	67	98	48
Sanos	22	23	35	36	80	72
No Indican	1	0	1	1	34	33
Total	64	61	117	104	212	153

* Excluimos a los otorgantes de los testamentos por poder.

GRÁFICO N° 2

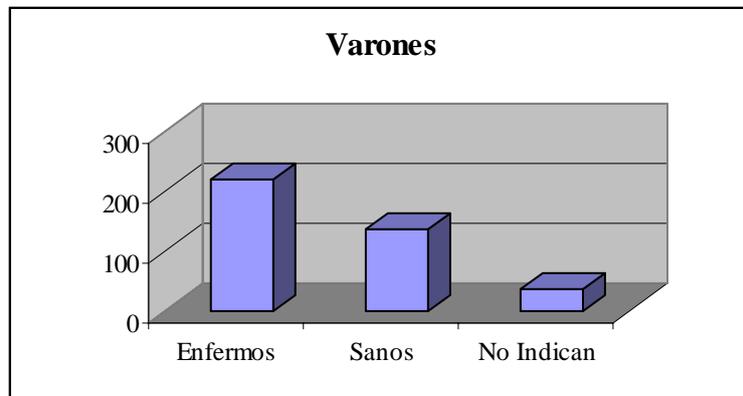
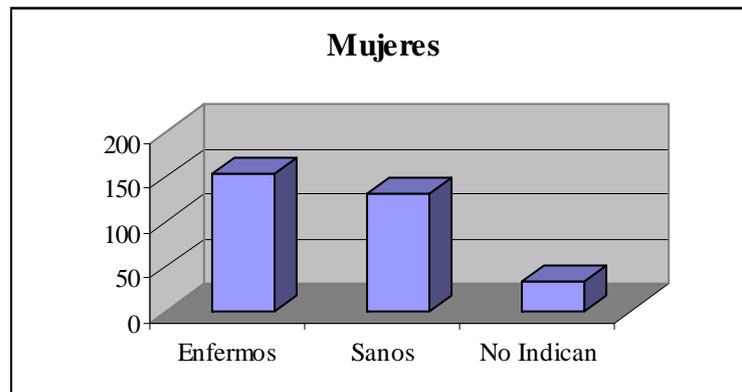


GRÁFICO N° 3



1.3. La naturaleza

Un asunto de interés fue tratar de conocer el lugar de origen de los testadores. A través de él pudimos aproximarnos, aunque en pequeña medida, a la heterogeneidad que exhibía la población bonaerense desde mediados del siglo XIX. Una diversidad que notamos creciente con el correr de los años y que, si inicialmente, fue patrimonio varonil, de manera paulatina se extendió, también, a las mujeres.

Con un propósito simplificador, a la hora de exponer los resultados, dividimos los lugares por continentes y, dentro de ellos, ubicamos los países. Sólo tratándose del nuestro, tomamos en consideración "otras provincias" las que, sin embargo, no aparecen detalladas en el cuadro. En los documentos de aplicación la enunciación es mucho más compleja ya que los testadores solían indicar con mayor especificación el lugar de donde eran naturales.

Si de la provincia de Buenos Aires se trataba Arrecifes, Azul, Luján, Matanza, Navarro, Pilar y Morón, entre otros, aparecían expresamente señalados; si de otras provincias argentinas la presencia de catamarqueños, cordobeses, correntinos, entrerrianos, riojanos, mendocinos, sanjuaninos, santafecinos, santiagueños y tucumanos no fue, por cierto, ajena a los protocolos en análisis, aunque, en conjunto, su representatividad, fue poco significativa (45 otorgamientos: 6,20 %). La representación del Continente Americano se completaba con la asistencia, poco frecuente (20 casos: 2,75 %), de uruguayos, paraguayos, chilenos, brasileños y la excepcional de un colombiano⁹. También, en estos últimos casos, solía indicarse la ciudad de origen, por ej. Montevideo, Asunción, Santiago o San Pablo.

Lo propio ocurría con los distintos países situados en el Continente Europeo. España se veía representada por testadores originarios de sus distintos reinos y principados: Aragón, Castilla, Andalucía, Galicia, Cataluña, Murcia, Valencia, Asturias y Vizcaya. Aquéllos, algunas veces, puntualizaban la ciudad dentro del reino identificándose como burgaleses, santanderinos, gaditanos, sevillanos, pontevedreses, barceloneses, bilbaínos, alincantinos, etc. No faltaban quienes avanzaban en su detalle indicando exactamente el pueblo o la parroquia de la ciudad y del reino al que pertenecían: español, castellano, santanderino y de Castro Urdiales se confesaba originario Ezequiel Gándara¹⁰ en tanto que español, gallego, pontevedrés y de San Miguel del Campo decía ser Bernardo Barreiro¹¹, por ejemplo.

Lo mismo acontecía con los testadores de la muestra nacidos en los otros países europeos consignados en el cuadro.

Las mujeres bonaerenses superaban crecidamente a los varones. En efecto, sobre 346 testadores originarios de la ciudad de Buenos Aires y de los distritos de su jurisdicción, las mujeres estaban representadas por 228 testadoras (65,90 %) en tanto que el número de varones ascendía sólo a 118 (34,10 %).

⁹ Se trata del testamento otorgado por el notorio profesor de Derecho Constitucional de la Universidad porteña doctor Florentino González (AGN, 37, 1870, f. 160-163 v.).

¹⁰ AGN, 18, 1870, f. 130-131 v.

La relación inversa pero mucho más reveladora ocurría con los otorgantes varones originarios de los distintos países europeos. Sobre 231 testadores que declaraban ser europeos, 199 (86,15 %) eran varones y solamente 32 (13,85 %) eran mujeres.

¿Qué representaban esas cifras en cada año de la muestra? En 1830 sobre un total de 71 testadores varones 20 eran bonaerenses y 36 europeos; en 1850 la distancia entre unos y otros se acercó al crecer la cantidad de bonaerenses a 46 y la de europeos a 41 (sobre 121 testadores) y los primeros superaron levemente a los segundos; en 1870, por fin, la separación entre bonaerenses y europeos se acrecentó marcando una presencia superior de los segundos. En efecto sobre un total de 213 testadores, 52 (24,41 %) habían nacido en Buenos Aires, en tanto que 120 (56,34 %) eran naturales de distintos países europeos.

En la muestra, la evolución de la presencia extranjera –masculina y femenina– resultó interesante en el caso de los españoles, de los franceses y de los italianos no sólo porque constituyen las nacionalidades más representativas sino porque, a través del análisis cuantitativo, podemos apreciar la oscilante presencia de los primeros, a pesar de ser los más numerosos en el conjunto, y el persistente aumento de los segundos.

CUADRO N ° 3

ESPAÑÓLES, FRANCESES E ITALIANOS

Nacionalidad	1830	1850	1870	Total
Españoles	31	21	40	92
Franceses	1	10	31	42
Italianos	3	7	45	55

También los originarios de África –varones y mujeres– aumentaron considerablemente su presencia pues a la simbólica participación registrada en 1830 (un testador) siguió la asistencia de 21 otorgantes en 1850 momento, por cierto, muy cercano a la abolición de la esclavitud en la Argentina, cuando los protocolos abundaban en cartas de libertad (graciosas o no). 1870 marcó una nueva declinación de los negros, registrándose, sólo, 10 testamentos. También ellos se preocuparon, a veces, de detallar la nación a la que pertenecían. Congo, Guinea, Angola, Banguelo, por ejemplo, aparecían asociadas a sus supuestos lugares de origen. Sin embargo debemos advertir que la procedencia étnica del grupo solía ser dificultosa. Los traficantes, en muchos casos, registraban el puerto de embarque como su lugar de origen. El nombre y la extensión de las regiones africanas cambiaban con el tiempo. Todo esto sin olvidar las confusiones constantes entre los nombres étnicos impuestos por los europeos y los

¹¹ Ídem, f. 235-236.

nombres que se daban las etnias a sí mismas. Las confusiones, derivadas del parecido de los nombres o de la mala ortografía, originaron la existencia de uniones de grupos bajo denominaciones comunes. La participación africana en el conjunto ascendió al 4,45 % sobre el total.

En dos casos no fue posible identificar geográficamente los lugares de origen explicitados por los testadores. Se trata de Taguas en Europa declarado por Luis Ferreyra¹² y de la Isla de Tinajo referida por Manuel Rodríguez¹³.

Un conjunto de 50 testadores (6,89 %) –28 varones y 22 mujeres– omitieron indicar el lugar de su nacimiento.

Comparando los resultados antecedentes con los obtenidos en el siglo XVIII (años 1740, 1760 y 1780) las diferencias son manifiestas desde diversos puntos de vista. En primer lugar el 50 % de los testadores del XVIII (93: 46 varones y 47 mujeres) habían omitido consignar el lugar donde habían nacido.

En segundo, si bien, cuando lo consignaban, las mujeres bonaerenses superaban a los varones, la diferencia entre ambos no era tan significativa. Sobre 33 otorgantes porteños, 14 (42,42 %) eran varones y 19 (57,58 %) mujeres.

El elenco europeo estaba totalmente conformado por varones procedentes, en su casi totalidad, de los distintos reinos españoles. En efecto, sobre 46 testadores europeos, 41 eran españoles, 4 portugueses y uno genovés. La homogeneidad de la población porteña contrasta, de esta manera, con la heterogeneidad decimonónica que acabamos de analizar.

Finalmente, una cantidad mínima de testadores registraban, en el siglo XVIII, su lugar de nacimiento en otras ciudades de la América Española, de la América portuguesa o del Continente Africano. Un número hartó reducido que no merece especial consideración.

¹² AGN, 5, 1830-1833, f. 110-111 v.

¹³ AGN, 10, 1870, f. 403 v.-405.

CUADRO N ° 4
NATURALEZA DE LOS TESTADORES

Origen Continentes/Países	1830		1850		1870	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
I. América						
<i>1. Argentina</i>						
1.1. Buenos Aires	20	53	46	78	52	97
1.2. Otras Provincs.	4	0	10	7	15	9
<i>2. Brasil</i>	0	0	0	0	1	1
<i>3. Colombia</i>	0	0	0	0	1	0
<i>4. Chile</i>	0	0	2	0	2	1
<i>5. Paraguay</i>	0	0	1	0	2	0
<i>6. Uruguay</i>	0	2	1	1	1	4
II. Europa						
<i>1. Alemania</i>	1	0	2	0	5	0
<i>2. Austria</i>	0	0	1	0	0	0
<i>3. Escocia</i>	0	0	0	0	3	1
<i>4. España</i>	30	1	18	3	34	6
<i>5. Francia</i>	1	0	8	2	21	10
<i>6. Hungría</i>	0	0	1	0	0	0
<i>7. Inglaterra</i>	0	0	2	1	7	1
<i>8. Irlanda</i>	0	0	0	0	5	2
<i>9. Italia</i>	3	0	7	0	40	5
<i>10. Portugal</i>	1	0	4	0	5	0
III. Africa	1	0	11	10	6	4
IV. No identificado	1	0	0	0	1	0
V. No indican	9	7	7	3	12	12
Total	71	63	121	105	213	153

1.4. El estado civil

Conformaba un aspecto de la filiación del otorgante estrechamente vinculado con la faz patrimonial del testamento. En efecto, de la existencia o no de un matrimonio podía derivarse la presencia de bienes propios y gananciales. Los primeros irían, de existir, a los herederos forzosos, en tanto que, los segundos se partirían por mitades entre éstos y el cónyuge supérstite. Todo esto sin perjuicio de las

disposiciones en torno a los bienes ingresados por las mujeres a la unión conyugal en forma de dote o de los entregados por los maridos al tiempo de contraer matrimonio (arras).

De la unión solía derivarse la existencia de descendencia legítima la que, a veces, compartía los afectos y los bienes de los otorgantes con la descendencia natural reconocida. No faltaron casos en que los testadores, carentes de sucesión legítima, tenían hijos naturales cuyos derechos hereditarios eran reconocidos por vía del testamento.

La cuestión se complicaba con la existencia de segundas o ulteriores nupcias y con la presencia de descendientes –legítimos y/o naturales– provenientes de las sucesivas bodas, tanto fuera el otorgante, al tiempo de testar, casado o viudo.

La organización del patrimonio del soltero por vía testamentaria resultaba, en cambio, más simple. Si tenía ascendientes reconocía su derecho hereditario. Si carecía de ellos, disponía libremente de su patrimonio. Si concurrían ascendientes con hijos naturales reconocidos se protegía, en todo caso, el derecho de ambos. Si no tenía ascendientes y sí hijos naturales reconocidos, éstos eran beneficiados, beneficio que podía extenderse a su institución como herederos.

En el conjunto de los célibes destacaron seis clérigos, cuatro novicias catalinas, una beata profesora en la orden de Santo Domingo¹⁴ y la comisaria del hospital de mujeres de Buenos Aires¹⁵. La nómina de los primeros se integra con los presbíteros Manuel Villegas¹⁶, Manuel Xara¹⁷, Vicente Carrera¹⁸, Tomás Javier de Gomensoro¹⁹, Ramón Eugenio Olavarrieta²⁰ y Apolinario Villagrán²¹.

Formalmente, los testamentos de las novicias tenían las mismas características que en el período anterior. En la cabeza testamentaria destaca una introducción, previa a la profesión de fe. En ella explicaban su decisión irrevocable de, para mejor servir a Dios, consagrarse a la vida monástica. Convencidas, por la razón y por la experiencia, que sólo en el retiro del claustro podrían cultivar, asidua y constantemente, las virtudes y gozar de paz en sus almas y sosiego en sus conciencias, consultaban a personas de conocida piedad y ciencia, y, después de obtener el permiso del encargado de la Diócesis, de la Madre Priora y de las demás religiosas de la Comunidad, pasaban, conforme a lo establecido en los cánones de Trento, a otorgar sus testamentos o las renunciaciones prevenidas. De esta manera, concluido el período del noviciado, pronunciaban solemnemente sus votos en pública profesión²².

¹⁴ Testamento de sor Dominga de Santo Domingo (AGN, 5, 1850, f. 390-391).

¹⁵ Testamento de sor Petrona Pavón (AGN, 4, 1830, f. 108-109).

¹⁶ AGN, 1, 1829-1830, f. 348-349. Ver noticia biográfica en Francisco Avellá Cháfer, *Diccionario Biográfico del clero secular de Buenos Aires*, t. I: 1580-1900, Buenos Aires, 1983, p. 325.

¹⁷ Ídem, f. 667 v.-668 v. Noticia biográfica en Ídem, p. 254.

¹⁸ AGN, 5, 1830-1833, f. 133v.-134 v.

¹⁹ AGN, 3, 1850-1851, f. 191. Noticia biográfica en Ídem, pp. 238-239.

²⁰ AGN, 4, 1850, f. 17 v.-19. Noticia biográfica en Ídem, pp. 280-281.

²¹ AGN, 6, 1850, f. 230 v.-232.

²² Las novicias eran sor María Rosa de Jesús Crucificado (en el siglo María Juliana del Carmen González de Oporto): AGN, 4, 1830, f. 371 v.-372 v.; sor Petrona de San Dionisio (en el siglo Petrona Cabrera): AGN, 5, 1850, f. 337-337 v.; sor Carmen de Santa Teresa (en el siglo Carmen Muniagurria): AGN, 2, 1870, f. 441-442 v. y sor Bandilia del Corazón de Jesús (en el siglo Bandilia Cortés): AGN, 17, 1870, f. 113-114 v.

Párrafo aparte merecen los separados de tálamo y mesa. Unas veces enunciaban la falta de unidad del domicilio conyugal²³; otras explicaban la ausencia del cónyuge, sin noticia, por prolongados períodos de tiempo²⁴; otras exponían, de manera expresa, encontrarse divorciados²⁵ o en trámite de divorcio²⁶; otras hacían parecida manifestación reservándose los graves motivos que habían generado la separación²⁷; otras, en fin, descendían a las circunstancias motivadoras de la separación: “el injustificable proceder” de doña Rosa Pasalagua, residente en Génova, mujer de Bartolomé Buero, “con quien –explicaba– sólo hice vida marital durante los tres primeros meses de contraído el matrimonio desde cuya época me separé de dicha consorte ha veintinueve años”²⁸; el abandono de que había sido objeto Juan Briandeu por parte de su mujer Virginia Etevenot residente, desde 1861, más o menos, en Francia²⁹ y “el mal tratamiento que la daba” Gabriel Martínez a su mujer Josefa Alonso “segregada de su marido” “poco después” de celebrado el matrimonio³⁰.

El número de varones casados (224: 71,79 %) excedía, considerablemente, al de mujeres (88: 28,21 %); en tanto que las viudas (155: 64,85 %) superaban, ampliamente, a los varones con el mismo estado civil (84: 35,15 %). Las diferencias no eran tan acentuadas en el caso de los solteros. Los varones sumaban 89 (54,94 %), en tanto que el número de mujeres ascendía a 73 (45,06 %).

²³ Juan García Pargo decía estar casado con Antonia Belasco quien, junto a una hija común, vivía en Paraguay (AGN, 4, 1830, f. 375 v.-376). Juan Santiago Belon denunciaba su matrimonio en París con Julia Luisa Victoria Cailliatte, residente en la misma ciudad (AGN, 1, 1850, f. 184 v.-185 v.). Teodoro Constante Mathon exponía estar casado con Mariana Leclair “existente en Francia” (AGN, 4, 1850, f. 423 v.-425v.).

²⁴ María Aguilar indicaba estar casada con Marcos Mesa “el cual –decía– se ausentó hace catorce años para la Banda Oriental desde cuyo tiempo no tengo noticia de él” (AGN, 4, 1830, f. 156 v.-157 v.). De manera similar se expresaba Gerónima Guzmán con relación a su marido José Godorra “el cual –indicaba– ignoro si es vivo o muerto, pues hace algún tiempo se ausentó de esta Ciudad e ignoro su paradero” (AGN, 5, 1850, f. 68 v.-69). Lo propio decía José Pascual con relación a su mujer María Panadello la que ignoraba si era o no viva porque había quedado en España (AGN, 15, 1870, memoria testamentaria protocolizada a continuación de la foja 325), Domingo Antonio Sanjurjo, casado con Eufemia Bartorells de la que vivía separado “hacen más de treinta años, ignorando su paradero, y si ha muerto o aun existe” (AGN, 20, 1870, f. 145-146).

²⁵ Testamento de don Vicente Peranoviche (AGN, 4, 1850, f. 410-412 v.).

²⁶ María Leandra Garcilaso, luego de exponer que se hallaba casada en terceras nupcias con Pablo Quesada, agregaba “del cual vivo separada hace tiempo, habiendo entablado ante la autoridad eclesiástica la competente demanda de divorcio” (AGN, 3, t. 2, 1870, f. 395 v.-396 v.).

²⁷ Ver testamento de doña Concepción Dávila (AGN, 8, 1850, f. 16-18).

²⁸ AGN, 7, 1870, f. 315 v.-316.

²⁹ AGN, 18, 1870, f. 172-173.

³⁰ AGN, 29, 1870, f. 84 v.-85.

CUADRO N ° 5

ESTADO CIVIL DE LOS TESTADORES

Estado Civil	1830		1850		1870		Total	
	Varón	Mujer	Varón	Mujer	Varón	Mujer	Varón	Mujer
Casados	40	18	61	33	123	37	224	88
Viudos	16	29	25	53	43	73	84	155
Solteros	14	15	32	17	43	41	89	73
Separados	1	1	3	2	4	2	8	5
Total	71	63	121	105	213	153	405	321

1.5. La profesión

Pocas fueron las referencias halladas en los testamentos otorgados por mujeres en torno al ejercicio, por parte de ellas, de alguna actividad laboral. El análisis de esta característica lo circunscribimos a los 405 testadores varones que conforman nuestra selección. El rastrear la actividad desempeñada no fue tarea fácil pues, salvo aquellos que la indicaban expresamente, y que eran los menos, la misma surgió del análisis detallado del contexto de cada documento. Un porcentaje bastante considerable de testamentos (187 que representan el 46,17 % sobre el total de los otorgados por varones) no nos brindan detalles al respecto. La proporción de testadores que asumieron esta actitud fue distinta en cada uno de los años de la muestra. En 1830 representaron sólo el 38,03 %; en 1850 el porcentaje subió al 51,24 % para descender, nuevamente, en 1870 al 46,01 %.

Desarrollaremos, sólo, los lineamientos temáticos generales ilustrando cada actividad con un único ejemplo seleccionado como el más significativo. A través de ellos percibimos que los testadores desempeñaban las tareas individualmente o en sociedad con terceros. Algunas veces eran propietarios y administradores de los establecimientos mercantiles declarados, otras estos eran administrados por individuos especialmente habilitados.

De los 218 testadores que, con mayor o menor amplitud, hacían alguna referencia, notamos la presencia de seis clérigos³¹, cuatro letrados³², cinco militares de distinto rango³³ y un médico³⁴. La

³¹ De ellos nos ocupamos en el párrafo precedente.

³² Ver testamentos del doctor don Bonifacio Zapiola (AGN, 4, 1830, f. 390-391 v.), del doctor don Francisco de las Carreras (AGN, 12, 1870, f. 83-84 v.), del doctor don Genaro Granados (AGN, 14, 1870, f. 2-3) y del doctor don Baldomero García Fernández (AGN, 35, 1870, f. 72 v.-73).

³³ Se trataba del coronel de los Reales Ejércitos y sargento mayor de esta Plaza José María Cabrer y Rodríguez (AGN, 5, 1830-1833, f. 3-4), del coronel de caballería de línea Juan Correa Morales (AGN, 1, 1850, f. 311), del coronel Andrés Parra (AGN, 1, 1850, f. 516), del brigadier general Juan Martín de Puirredón (AGN, 6, 1850) y del teniente coronel Pedro José Domínguez (AGN, 5, 1870, f. 279-280 v.).

existencia de los letrados la advertimos a través del calificativo "doctor don", antepuesto al nombre, que se asentaba en el epígrafe de algunos documentos. Esto no ocurría, empero, en la totalidad de los casos. En efecto, la presencia de Florentino González, por ejemplo, sólo pudimos captarla por ser un personaje notoriamente conocido. De donde, en el cómputo de los oficios, lo hemos incluido entre los que nada indicaban.

Los comerciantes llevaban la voz cantante en el conjunto. En unos casos se especificaba la índole del negocio que explotaban: almacén³⁵, comestibles y bebidas³⁶, carbón y leña³⁷, panadería³⁸, confitería³⁹, cigarrería⁴⁰, café y billar⁴¹, zapatería⁴², ropería⁴³, sastrería⁴⁴, relojería⁴⁵, curtiembre⁴⁶, barraca⁴⁷, almacén de suelas⁴⁸, taller de pulir pieles⁴⁹, ferretería⁵⁰, obraje de ladrillos⁵¹, herrería⁵², broncería⁵³, mueblería⁵⁴,

³⁴ Testamento de don Alberto Carlos Baron de Finch (doctor en medicina) (AGN, 9, 1870, f. 175 v.-176 v.).

³⁵ "Item declaro tengo interesado a don Domingo Braga en la mitad de las utilidades que produzcan los negocios del almacén que mantengo en esta Ciudad" (Testamento de don José Fortes González: AGN, 4, 1830, f. 331-332 v.).

³⁶ Fermín Alfonsín declaraba entre sus bienes propios una casa calle del Parque número 335, "en la cual -decía- tengo establecida una casa de negocio de comestibles y bebidas con un capital como de cuarenta mil pesos más o menos" (AGN, 2, 1850, f. 368-369).

³⁷ Santiago Jordán, luego de denunciar el carácter ganancial de sus cortos bienes, enumeraba, entre ellos el "negocio de carbón y leña que tengo establecido en la casa de mi morada y habitación" (AGN, 5, 1850, f. 272 v.-273 v.).

³⁸ Joaquín Azevedo Maya, luego de exponer que carecía de bienes raíces, circunscribía sus intereses al "tráfico de la panadería que mantengo en esta Ciudad, en casa alquilada" (AGN, 4, 1830, f. 357-357 v.).

³⁹ Miguel Barrachin declaraba, entre sus bienes propios, "todo lo que en sí encierra la confitería de mi propiedad", sita en San Martín número 32 (AGN, 8, 1850, f. 147 v.-148 v.).

⁴⁰ José Martínez denunciaba entre sus bienes "el negocio de cigarrería existente en la casa que actualmente habito calle de Rivadavia número 1226" (AGN, 4, 1870-1871, f. 52 v.-53 v.).

⁴¹ "Un negocio de confitería, café y billar que tengo en el Pueblo de San Pedro en esta Provincia en el que introduje de capital la suma de cincuenta mil pesos moneda corriente", detallaba entre sus bienes don Benito Mandrachio (AGN, 34, 1870, t. 1, f. 316-317 v.).

⁴² David Fleming, por su parte, incluía entre sus bienes una tienda de calzado "cuyo capital -decía- consta en sus libros como igualmente su activo y pasivo" (AGN, 11, 1870, f. 188-189 v.).

⁴³ José María Cortés, en cambio, participaba en la tercera parte de las utilidades líquidas en el registro y ropería que administraba "bajo el nombre o razón comercial de don Silvestre Mosquera en esta misma ciudad calle de Rivadavia números 42 y 44" (AGN, 15, 1870, f. 211 v.-213).

⁴⁴ José Sabatés decía corresponderle una parte en un negocio de sastrería que tenía en sociedad y a medias "en la casa que habita con don Francisco Pignau la que se titula 'Sastrería de la Juventud del Plata' y gira bajo la razón social de 'Pignau y Sabatés'" (AGN, 21, 1870, f. 248-250).

⁴⁵ Testamento de don Carlos Martinoli (AGN, 36, 1870, f. 45-46 v.).

⁴⁶ Juan Gorris declaraba entre sus bienes "la parte que me corresponde en el establecimiento de curtiembre que tenemos en sociedad con don Juan Hourcade y los cuales están empleados en efectos y artefactos cuya suma o valor no puedo precisar hasta que se dé un balance" (AGN, 15, 1870, f. 586-588).

⁴⁷ Ernesto Kalkkuhl exponía pertenecerle "un negocio de barraca situado en esta ciudad calle de Lima cuyos valores se encuentran allí y de lo que resulta del inventario" (AGN, 27, 1870, f. 178 v.-180 v.).

⁴⁸ Eugenio Cailloux declaraba como único bien "el negocio que tengo establecido en esta ciudad, de almacén de suelas, en la calle de la Piedad número 318, siendo el capital del mismo el que resulte de los libros y documentos que obran en mi poder de los que constarán también todos los créditos, tanto activos como pasivos que tengo hasta la fecha" (AGN, 6, 1870, f. 229-230).

⁴⁹ Testamento de don Salvador Bidegain (AGN, 9, 1870, f. 450-451).

⁵⁰ Testamento de don Pedro Ruiz (AGN, 1, 1829-1830, f. 546-547).

⁵¹ Testamento de don Guillermo Burton (AGN, 2, 1850, f. 216-218).

⁵² Testamento de don Francisco Sánchez (AGN, 5, 1830-1833, f. 71-71 v.).

⁵³ Santiago Mortz y Luisa Jellner declaraban entre sus bienes "un taller de broncería establecido en la misma [ciudad], cuyo valor lo estimamos en ciento cincuenta mil pesos moneda corriente" (AGN, 18, 1870, f. 158 v.-160).

⁵⁴ Ver testamento de don Juan Bautista Raffa y su esposa doña Luisa Ballarino (AGN, 31, 1870, f. 172-174).

carpintería, importación y restauración de imágenes⁵⁵, establecimiento de flores artificiales⁵⁶, etc. En otros se usaban expresiones generales que apuntaban, precisamente, a la pluralidad de rubros objeto de la comercialización: “puesto de abasto”, “casa de abasto”, “pulpería”, “tienda”, “almacén de ramos generales”, “almacén al menudeo”, “negocios mercantiles”, etc. En otros, por fin, sólo la declaración general de ser comerciantes permitió contarlos entre ellos.

No faltaban casos en que las actividades comerciales se superponían siendo muy dificultoso encasillarlas en alguna de las categorías que acabamos de enunciar. Un botón para muestra es el detalle que, de sus negocios mercantiles, hizo José Antonio White. En la ciudad contaba con la participación en dos sociedades White y Hughes, por una parte, y White y Mendiburo, por la otra. En el pueblo de Dolores con un negocio de almacén en sociedad con Esteban Azeitero y el citado Mendiburo. Otro de igual género con su hermano Fermín Guillermo y otro con el mismo Mendiburo. En el primero había habilitado a Fernando Ascariaga con almacén, panadería y cancha de pelota. En el segundo a Pedro Jado en almacén y pulpería. La relación comercial con Mendiburo se extendía a la habilitación de don Hipólito Martínez con seiscientas y tantas vacas hacia la costa del Salado. La enumeración continuaba con diversos negocios de campo en el Partido de la Vecina⁵⁷.

También había quienes se dedicaban a la prestación de servicios complementarios para el bastimento de la ciudad. Carreteros y carretilleros que contaban entre los bienes que conformaban su patrimonio, los elementos necesarios para realizar el abasto de diferentes mercancías (agua, carbón, leña, carne) . Carretas, carretillas, toneles y bueyes eran detallados, a su turno, indicando su número y las condiciones generales en que se encontraban para la prestación del servicio⁵⁸.

Otros se ocupaban de la realización de tareas tendientes a mejorar la calidad del agua que consumía la población. El moreno José Miguel de la Patria⁵⁹, por ejemplo, declaraba entre sus bienes distintos créditos derivados de la facción de pozos en algunas casas de la ciudad.

La mayor o menor envergadura de la actividad era, a veces, calificada por los propios testadores. Mientras Félix Cobuccio declaraba tener en propiedad un boliche de panadería⁶⁰, José Cuartino indicaba ser parte en una sociedad de buques⁶¹ y Antonio Sasso en otra de atahonas⁶², por ejemplo. No faltaron quienes se declararon propietarios de fábricas sin indicar el rubro de la explotación.

⁵⁵ Se trata de Pedro García y Torruela quien, además de la sociedad que dice tener con José Clusellas en un taller de carpintería, declara una segunda sociedad “en la casa introductora de imágenes y adornos de Iglesia” “en donde hay también un taller para retocar imágenes y construir objetos de culto religioso” (AGN, 14, 1870, f. 56 v.-58).

⁵⁶ Ver testamento de don Juan Briandean (Ibidem nota 29).

⁵⁷ Ver el detalle completo en su testamento protocolizado en AGN, 1, 1850, f. 792-795.

⁵⁸ Manuel Liberale, por ejemplo, sólo contaba entre sus bienes “un carro aguatero con su caballo maestro correspondiente” (AGN, 4, 1850, f. 116-117 v.). Una mejor organización se notaba en el testamento de Pascual Chauri quien declaraba entre sus bienes propios “cuatro carretillas del servicio de abasto de carnes, en que estoy a medias –decía– con don Justo Cardozo” (AGN, 5, 1830-1833, f. 17-17 v.). Román Gómez, por su parte, explicitaba pertenecerle cinco carros de los cuales son útiles para el trabajo tres y los dos restantes inútiles, once caballos, dos perrillos y todos los aperos de los carros (AGN, 2, 1870, f. 303 v.-304 v.), por ejemplo.

⁵⁹ AGN, 2, 1850, f. 159 v.-160 v.

⁶⁰ AGN, 11, 1870, f. 255 v.-257.

⁶¹ AGN, 21, 1870, f. 365-366 v.

⁶² AGN, 7, 1850, f. 37-38.

El ejercicio de algún oficio mecánico aparecía implícitamente reconocido cuando el testador decía contar entre sus bienes propios los “útiles de su oficio”⁶³, sin indicar cuáles eran.

Un tratamiento separado merecen las actividades agrícola-ganaderas. El testador podía ser estanciero, chacarero o quintero. Las estancias, chácaras y quintas podían ser explotadas por sus dueños⁶⁴ o arrendadas a terceros para su explotación.

De la misma manera podían ser propietarios de las haciendas caballares, vacunas, porcinas y bovinas que poblaban las tierras pero ser arrendatarios de éstas. Los contratos podían celebrarse con el Estado⁶⁵ o con los particulares⁶⁶.

También del detalle de las cartas testamentarias se desprende la magnitud de cada explotación agrícola-ganadera. No sólo por la extensión de las tierras sino también por la cantidad de cabezas que conformaban cada manada, vacada, piara o rebaño. Mientras Francisco Ramallo declaraba tener “como doscientas cincuenta cabezas de ganado, quinientas ovejas, cinco manadas de yeguas y una de caballos, todo lo que se halla en una estanzuela que pobló en el Partido de la Matanza en terreno de su padre don Miguel Ramallo”⁶⁷; Pascual Castro indicaba que los dos rodeos de su propiedad sumaban entre mil cuatrocientas y mil quinientas cabezas, una manada de yeguas y caballos de aproximadamente cien animales y un rebaño de ovejas compuesto por alrededor de cuatro mil cabezas⁶⁸.

En el caso de Gregorio Colman la idea de la pequeñez del establecimiento derivó de los términos utilizados al declarar sus bienes: “una estancita con su rancho correspondiente en el Partido de mi vecindario [la Guardia de Navarro] con toda clase de hacienditas”⁶⁹.

También entre quienes se dedicaban a las labores agropecuarias notamos el desempeño de actividades diversas conectadas con y dependientes de la explotación principal. A la explotación de los campos y a la cría de ganados solían sumar la propiedad de tropas de carretas destinadas al abasto ciudadano y/o el montaje de negocios de almacén⁷⁰.

⁶³ Testamento de don Juan Bautista Besura (AGN, 1, 1829-1830, f. 501 v.-502).

⁶⁴ José María Miró exponía ser propietario de “una estancia en el Partido de La Lobería con sus poblaciones y corrales correspondientes, compuesta su extensión de dos leguas y una octava en propiedad conteniendo dos mil quinientas cabezas de ganado vacuno como seis mil ovejas, como doscientas yeguas y cincuenta caballos” (AGN, 4, 1870-1871, f. 33-35).

⁶⁵ Domingo José Santana declaraba entre sus bienes “una chacra situada en la costa del Salado Partido de Navarro, poblada en terrenos enfitéuticos, en la cual tengo un corto rodeo de ganado, unos pocos bueyes y caballos, tres carretas y los demás útiles correspondientes a la chacra” (AGN, 6, 1830, f. 186-187 v.).

⁶⁶ Vicente Busson y Aleccina F. Encoss declaraban entre sus bienes gananciales “dos mil ovejas mestizas finas existentes en la República Oriental del Uruguay, lugar denominado ‘la agraciada’ Departamento de Soriano, estancia de los señores González Moreno” (AGN, 4, 1870-1871, f. 71 v.-73 v.).

⁶⁷ AGN, 2, 1830, f. 11-12.

⁶⁸ AGN, 7, 1830, f. 186-188.

⁶⁹ AGN, 4, 1830, f. 364-365.

⁷⁰ Federico Lloyd, sumaba a la propiedad del retazo de campo en el Partido de La Magdalena, “una casa de negocio en los ramos de tienda y almacén, establecida en el mismo campo, con sus correspondientes poblaciones: dos majadas de ovejas en el mismo campo y otro lindero y por último algunos caballos y animales vacunos. Todo lo cual como llevo dicho, lo adquirí en sociedad con el señor Harrison, y en la que continuamos a partir de utilidades por iguales partes, por haber contribuido en la misma proporción de capitales” (AGN, 6, 1870, f. 197-198 v.).

A las profesiones señaladas debemos añadir la de rentista de inmuebles urbanos o la de prestamistas de dinero a particulares. Todo esto sin olvidar a aquéllos que declaraban como parte principal de su patrimonio el dinero depositado en los bancos o su participación, con acciones, en alguna compañía.

1.6. El nivel de alfabetización

La noticia que sobre él obtuvimos quedó circunscripta, generalmente, a la capacidad que los testadores tenían para firmar. Sabido es que ésta no implicaba, necesariamente, la de saber leer y escribir. Sólo excepcionalmente los testadores se preocuparon por reconocer, de manera expresa, su calidad de alfabetos.

A los efectos cuantitativos eliminamos los testamentos por poder. Dividimos los testadores entre los que firmaron y los que no lo hicieron distinguiendo entre estos últimos los que no lo hicieron por no saber de los que no lo hicieron por no poder. En cuatro oportunidades carecemos de información al respecto por tratarse de "memorias testamentarias" otorgadas *in voce*. Un único caso de pérdida de la "memoria testamentaria" hizo que ésta, inicialmente escrita, fuese, en su existencia y contenido, probada por testigos guardándose silencio, en el interrogatorio propuesto, en cuanto a la capacidad de la testadora para escribir por sí su última voluntad o para, simplemente, firmarla.

Los testadores explicitaban, generalmente, las razones que les impedían firmar. Al no saber agregaban las relacionadas con la incapacidad sobreviniente por el agravamiento de la enfermedad que padecían. El mismo se reconocía con estos o parecidos términos: "por no permitírsele hacer, lo grave de su enfermedad"⁷¹; "porque dijo estaba impedido por su enfermedad"⁷²; "por ser totalmente frigio"⁷³; "por su falta de vista"⁷⁴; "aunque sabía firmar no puede hacerlo hace tiempo a causa del estado de su salud y achaques"⁷⁵; "expresó que se lo impedía el estado enfermo de su mano derecha"⁷⁶; "dijo no poder hacer uso de su brazo derecho a causa de su enfermedad"⁷⁷; "no firmó por impedimento físico"⁷⁸; etc.

Mientras unas veces acentuaban la idea de la postración derivada del achaque que padecían⁷⁹ en otras se trataba simplemente de los disgustos y fastidios derivados de una dolencia. Finalizado el dictado de su "memoria testamentaria" manifestó Leandro Muñoz que "estando algo incomodado por sus

⁷¹ Testamento de doña María Bonifacia de la Trinidad Pieres (AGN, 1, 1829-1830, f. 537-538).

⁷² Testamento de don Manuel Quesada (Ídem, f. 620).

⁷³ Testamento de don Florencio José Espíndola (AGN, 3, 1850-1851, f. 107-109).

⁷⁴ Testamento de don Juan Nepomuceno Ferrero (AGN, 6, 1850, f. 220-222).

⁷⁵ Testamento de doña Evarista Rafaela Guerra (AGN, 8, 1850, f. 182 v.-184).

⁷⁶ Testamento mutuo de Oñaederra don José, doña Carmen, doña Martina y doña Flora (AGN, 9, 1870, f. 460-462).

⁷⁷ Testamento de don Salvador Bidegain (Ibidem nota 49).

⁷⁸ Testamento de doña Francisca Aguilar (AGN, 11, 1870, f. 186-187).

⁷⁹ "Y no pudiendo firmar por miedo de postración a causa del terrible flagelo del cólera de que estoy atacado hago autorizar esta memoria por el comisario de policía don Salvador Roldán y los testigos presenciales" (AGN, 15, 1870, f. 190 v.).

dolencias firmase por él" don Miguel Quirno⁸⁰. La avanzada edad fue, en el caso de Rufina Mariño, el motivo determinante de su abstención⁸¹.

Registramos algún caso en que el testador hábil para firmar el borrador de su última voluntad, careció de capacidad para firmar en el registro notarial al pasarse aquél en limpio⁸².

El impedimento podía ir más allá de lo meramente físico como ocurrió con Pascual Castro quien exponía no recordar en absoluto las letras con que debía suscribir su testamento⁸³.

CUADRO N° 6

NIVEL DE ALFABETIZACION*

Nivel de Alfabetización	1830		1850		1870		Total	
	Varón	Mujer	Varón	Mujer	Varón	Mujer	Varón	Mujer
Firmaron	37	16	57	29	145	78	239	123
No firmaron								
. Por no saber	19	37	34	65	48	64	101	166
. Por no poder	8	8	24	10	17	10	49	28
"In voce"			2		2		4	
M. extraviada						1		1
Total	64	61	117	104	212	153	393	318

* Excluimos los testamentos por poder

El número de varones que suscribieron sus testamentos (239, que representan el 60,81 % del total de testadores varones de la muestra, y el 33,61 % sobre el total de testadores varones y mujeres) fue, como podemos apreciar, superior al de mujeres (123, que representan el 38,68 % del total de testadoras de la muestra, y el 17,30 % sobre el total de varones y mujeres).

Entre los que no firmaron (344) destacan los analfabetos -varones (101) y mujeres (166)- sobre los que no lo hicieron por no poder (varones 49 y mujeres 28).

En las mujeres el nivel de alfabetización fue creciente. En 1830 sólo el 26,23 % sabía firmar. Este porcentaje aumentó levemente en 1850 (27,88 %) para elevarse al 50,98 % en el último año de la muestra.

⁸⁰ Juana Araujo pidiendo se reduzca a escritura pública la memoria simple testamentaria otorgada por su esposo don Leandro Muñoz (AGN, 7, 1830, protocolizada a continuación de la foja 66).

⁸¹ AGN, 27, 1870, f. 6v.-7v.

⁸² Se trata de José Gutiérrez quien firmó el borrador "previniendo que si no pudiese hacerlo en el registro cuando esté en limpio el borrador por el estado en que se hallare lo haga a su ruego uno de los testigos", lo que efectivamente ocurrió (AGN, 8, 1850, f. 147 v.-148 v.).

⁸³ Ibidem nota 68.

El porcentaje en los varones, en cambio, sufre una oscilación diferente. Mientras en 1830, el 57,81 % de ellos firmaban, 1850 registra una baja considerable 48,72 % que recupera en 1870 al 68,40 %.

2. El testamento de las minorías

2.1. Los negros, pardos y morenos

Un 5,66 % (39 documentos) de las piezas testamentarias protocolizadas en los años tomados como testigos fueron otorgados por personas pertenecientes a la raza negra. Aquéllas asumieron la forma de testamentos nuncupativos o abiertos, dos de los cuales fueron recíprocos⁸⁴ y uno mancomunado⁸⁵. De donde el número de testadores africanos ascendió a 42 (21 mujeres y 21 varones). Ellos representaron un 5,79 % sobre el total de los testadores que conforman nuestra muestra.

Mientras en 1830 los testadores africanos fueron 5, en 1850 su número ascendió a 22 para decrecer abruptamente en 1870 a 12 otorgantes.

En su casi totalidad, se trataba de negros, pardos y morenos libres, originarios del Continente Africano. Una única excepción en torno al estado de su libertad la encontramos en el testamento del moreno Manuel Solveira quien, "con previa licencia" de su amo don Baltasar Solveira, "el que en prueba de su consentimiento" firmó el testamento, lo otorgó en la escribanía de Manuel Cabral⁸⁶.

Mientras Dolores Figueroa⁸⁷, Dominga Aguirre Castañón⁸⁸, Mercedes Guerra⁸⁹ y Juan de Dios Pereyra⁹⁰ nos informan ser hijos legítimos de las personas que, expresamente, mencionan, la casi totalidad dicen ser hijos de padres desconocidos. A veces los otorgantes enlazaban lo concerniente a su propia filiación con el lugar de su procedencia: natural de Africa, decía María Roseti, "de donde fui traída a esta Ciudad en mi infancia sin haber conocido mis padres"⁹¹; "ignorando mi procedencia por no haber conocido a mis padres", indicaba Mateo García⁹²; africano de naturaleza "de donde vine harán como 73 años" "ignorando por consiguiente los nombres de mis padres", exponía Antonio Leines (alias Chipeco Alin)⁹³ o la relacionaban con el hecho de su cautiverio⁹⁴.

⁸⁴ Testamento recíproco de don Cipriano Guisongó de Rosas y María Leiva. Cipriano era hijo de Huabenda Buta y Nahuemdo Buta, africanos y finados y María "de padres no conocidos" (AGN, 12, 1870, f. 78-78 v.) y Testamento recíproco de José Lucas y María Sara González, naturales de Africa, hijos de padres no conocidos (AGN, 18, 1870, f. 2-3 v.).

⁸⁵ Testamento mancomunado [morenos libres José Garochea y Teresa Lastra] (AGN, 5, 1850, f. 403 v.-404 v.).

⁸⁶ AGN, 2, 1830, f. 150-151.

⁸⁷ Hija legítima de Manuel Figueroa y de Josefa Anselma Escarate (AGN, 2, 1830, f. 75 v.-76).

⁸⁸ Hija legítima de Bartolo Aguirre (finado) y de Agueda Castañón (vive): AGN, 3, 1830, f. 191 v.-192.

⁸⁹ Hija legítima de los morenos libres Victoriano de Sena y Rosa Guerra finados (AGN, 5, 1850, f. 67-68 v.).

⁹⁰ Hijo legítimo del moreno Luis Pereira y la morena Juana Rodríguez finados (AGN, 14, 1870, f. 91-91 v.).

⁹¹ AGN, 1, 1850, f. 562-564.

⁹² AGN, 3, 1850-1851, f. 101 v.-104 v.

⁹³ AGN, 30, 1870, f. 148-149.

⁹⁴ "cuyos padres no recuerdo por haber sido cautiva muy pequeña" (Testamento de María Tejedor: AGN, , 1850-1851, f. 13 v.-15); "hijo de padres a quienes no conocí por la tierna edad en que me trajeron (Testamento de Francisco Collaso: AGN, 8, 1850, f. 5 v.-6 v.) y Juan Santos Robenson declaraba no recordar los nombres de sus padres "pues apenas los conoció habiendo sido arrebatado muy niño para ser esclavo" (AGN, 21, 1870, f. 336 v.-338 v.).

En porcentaje bastante importante (68,42 %) carecían de descendencia legítima y natural, lo que tornaba interesante la institución de herederos. En estos casos, la elección solía recaer en el cónyuge⁹⁵, en el alma⁹⁶, en los pobres⁹⁷ y en los terceros expresamente indicados⁹⁸, por ejemplo.

La designación del cónyuge supérstite podía hacerse lisa y llanamente⁹⁹ o sólo como usufructuario de los bienes. Producida la muerte de aquél, éstos pasaban a la persona o personas indicadas por el otorgante¹⁰⁰. También los cónyuges compartieron su condición de herederos en la forma y condiciones estipuladas por los testadores¹⁰¹.

Los terceros solían estar unidos al otorgante por vínculos de servicio¹⁰², afecto¹⁰³, amistad, o crianza¹⁰⁴, por ejemplo.

Si tenían sólo descendientes naturales reconocidos los instituían como herederos¹⁰⁵ y si aquéllos concurrían con la descendencia legítima les atribuían, acorde con el Derecho vigente, la cuota de libre disposición¹⁰⁶. La protección de la viuda pobre estuvo, también, presente a través de la adjudicación, por parte del testador, de la cuarta parte de sus bienes a favor de aquélla¹⁰⁷.

⁹⁵ Testamento del moreno Joaquín Giraldes (AGN, 3, 1850-1851, f. 199- 200). Testamento de Rosa del Valle (AGN, 27, 1870, f. 111 v.-112).

⁹⁶ Testamento de Pedro Pardo (AGN, 2, 1850, f. 154 v.-156). Testamento de la morena libre Mariana Castro (AGN, 2, 1850, f. 507-508 v.). Testamento de Clara Seguro (AGN, 7, 1850-1851, f. 23 v.-24 v.).

⁹⁷ Testamento de María Roseti (Ibídem nota 91).

⁹⁸ Francisco Collaso designaba a sus albaceas (Ibídem nota 94); Juan de Dios Pereyra a Vicenta Puirredón y a Rosario Ferreyra (Ibídem nota 90); María Bedia al moreno libre Manuel Casanova (AGN, 2, 1850, f. 21-22), por ejemplo.

⁹⁹ Testamento del moreno Joaquín Giraldes (Ibídem nota 95).

¹⁰⁰ El moreno libre Antonio Rodríguez instituía a su mujer Rosa Morena "en sólo el domino útil, para que después de sus días pase a mi ahijada Paula Fortunata Olivier" (AGN, 6, 1850, f. 137 v.-139). La parida libre Juana María Nieto designaba a su marido "para que durante sus días disfrute de ellos, y se mantenga con el usufructo, y para después de los días del dicho mi marido nombro de herederos a nuestros ahijados Nicolasa Nieto y Nieves Escobar de condición libres, y su hermano Antonio esclavo de San Francisco" (AGN, 6, 1830, f. 96-97 v.).

¹⁰¹ La morena libre Luisa López instituía como herederos por terceras partes a su marido Manuel Quirno y a María Magdalena Salguero y Rosa Herrera todos morenos libres (AGN, 5, 1850, f. 368 v.-370).

¹⁰² Juana Josefa Nadal instituía como heredero a Emilio Maton "en remuneración de los auxilios y atención que por largos años me ha prestado" (AGN, 7, 1870, f. 159- 159 v.).

¹⁰³ Mercedes Guerra instituía en igualdad de partes a los morenos libres Juana Silva y a Francisco Yeber "no sólo como un recuerdo de gratitud y afecto que les profeso, sino, lo que es más, como compensación o satisfacción a los muchos e importantes servicios que le merezco desde muchos años, y de los que me prometo me rinda todavía hasta que aquella acontezca segura, como estoy, de que me encomendarán a Dios" (Ibídem nota 89).

¹⁰⁴ Ramón Rodríguez nombraba a Teodoro y Camila Rodríguez, en razón del singular cariño que les profesaba y de considerarlos como hijos, deseando, también, "recompensarles los cuidados y servicios, que constantemente, y hoy en mi avanzada edad me prodigan y dispensan y espero me prestarán durante mi vida" (AGN, 2, 1870, f. 193 v.-194).

¹⁰⁵ Ver, por ejemplo, testamento de Dolores Figueroa (Ibídem nota 87).

¹⁰⁶ El moreno libre Juan Santos Robenson legaba el remanente del quinto a su hija natural Juana López e instituía como heredero a su hijo legítimo Silverio (Ibídem nota 94).

¹⁰⁷ El moreno libre Antonio Bedoya declaraba que "en virtud de que no ha habido gananciales de su actual matrimonio [era casado en segundas nupcias con Isabel Almeyda] y de que su esposa no tiene bienes algunos es su voluntad legar como en efecto lega" la cuarta parte de sus bienes (AGN, 9, 1870, f. 286-286 v.). Lo propio hizo el ya citado Juan Santos Robenson adjudicando a su mujer la cuarta "que la ley acuerda para su sustento en atención a los asiduos cuidados que siempre le ha prestado principalmente hoy que se encuentra enfermo" (Ibídem nota 94).

El remanente del quinto o parte de él no sólo se aplicaba a la finalidad antedicha sino que, siguiendo el criterio tradicional, solía utilizarse en pro del alma propia o ajena¹⁰⁸ o cumplir una finalidad remuneratoria¹⁰⁹.

Estaban casados con personas de su misma procedencia¹¹⁰ o con aborígenes¹¹¹ o con individuos pertenecientes a los estratos inferiores de la sociedad porteña. Si los cónyuges eran esclavos, los otorgantes solían destinar una porción de sus bienes para liberarlos¹¹².

Sus patrimonios eran, generalmente, exiguos y, tratándose de inmuebles, se componían de terrenos de poca extensión sobre los cuales construían casitas o ranchos de poca monta que les servían de morada. A ellos sumaban los cortos bienes muebles y la ropa de su uso y decencia. La excepción la constituyó María Roseti quien, a pesar de instituir legados por un monto superior a los quince mil pesos, tenía todavía un remanente para favorecer a los pobres en beneficio de los cuales hacía la institución de herederos¹¹³. Se trataba, en todo caso, de personas analfabetas.

2.2. Los no católicos

Representados por 22 testadores –21 protestantes y 1 judío¹¹⁴– constituyen el 3,03 % sobre el total de los testadores que conforman nuestra muestra (726). Los otorgamientos asumieron la forma de testamentos nuncupativos, uno de los cuales fue recíproco¹¹⁵.

Salvo el caso de Juan José Méndez¹¹⁶ y de Ernesto Antonio Moller¹¹⁷, el primero natural de la ciudad de Corrientes y el segundo originario de Río de Janeiro, los demás testadores protestantes eran naturales de Alemania (4 varones), Escocia (4: 3 varones y una mujer), Francia (3: 2 varones y una mujer), Inglaterra (7: 6 varones y una mujer) y Prusia (1 varón).

¹⁰⁸ La morena libre Luisa López ordenaba que el remanente del quinto de sus bienes “sea invertido por mis albaceas en sufragios por el bien y salvación de mi alma, la del finado mi primer esposo, padres y demás deudos” (Ibidem nota 101). Manuel Obligado ordenaba aplicar el quinto de sus bienes en “un novenario de misas en beneficio de mi alma y la de mi esposa” (AGN, 2, 1850, f. 316 v.-317 v.).

¹⁰⁹ Mientras Miguel Barrios lo adjudicaba a José María Barrios a quien, decía, “he considerado como a mi hijo” (AGN, 2, 1850, f. 168 v.- 169 v.), Luis Rocha lo destinaba a su mujer “en gratitud a la fidelidad y amor que me profesa” “y de lo mucho que la hago padecer con sus enfermedades” (AGN, 5, 1850, f. 397-398).

¹¹⁰ Catalina Fernández, por ejemplo, estaba casada con el moreno Pedro Bavo (AGN, 2, 1850, f. 221 v.-222 v.); Joaquina Reinoso con el moreno Domingo Viera (Ídem, f. 315v.-316 v.); Manuela Viana con el moreno Esteban Villoldo (Ídem, f. 454-455); Joaquín Giraldes con la morena María González (Ibidem nota 99); etc.

¹¹¹ Juana María Nieto, por ejemplo, declaraba haber estado casada en primeras nupcias con el indio Pedro José Antonio, natural de Misiones y en segundas con el indio Miguel Martínez (Ibidem nota 100).

¹¹² Fue el caso de Dominga Aguirre Castañón quien dividía el remanente de sus bienes, deducida la cuota de libre disposición, en dos partes, “la una –decía– para mi marido a fin de que salga de la esclavitud en que se halla, y la otra será para mi hijo natural llamado Juan al presente de catorce años, que se halla aprendiendo el oficio de herrero en poder de don Juan Onday” (Ibidem nota 88).

¹¹³ Ibidem nota 97.

¹¹⁴ Se trataba de Enrique N. Hart (AGN, 13, 1870, t. 2, f. 763 v.)-

¹¹⁵ Testamento recíproco: Santiago Mortz y Luisa Jellner (Ibidem nota 53).

¹¹⁶ AGN, 1, t. 2, 1870, f. 629-629 v.

¹¹⁷ Ídem, f. 796-797 v.

Exceptuando a don David Fleming quien declaraba estar casado con una hija del país¹¹⁸, el resto de los casados lo eran con mujeres europeas generalmente de su misma nacionalidad.

Característico de este conjunto fue la condición de comerciante declarada por un alto porcentaje de sus integrantes. Los mismos se definían como miembros de sociedades comerciales¹¹⁹ o como titulares de casas de comercio sin especificar el rubro, establecidas en esta Plaza y/o en la de Montevideo¹²⁰ o como dueños de negocios cuya actividad se explicitaba (negocio de mueblería¹²¹, taller de broncearía¹²², etc.).

No faltaron quienes se dedicaron a las actividades agropecuarias¹²³ o al ejercicio profesional de la medicina¹²⁴.

Desde la perspectiva de su alfabetización, se trataba de una minoría ilustrada conocedora del arte de leer y escribir. Todos, excepto Federico Lorenzo¹²⁵, quien no lo hizo “por impedírselo la enfermedad de su mano”, firmaron sus postrimeras voluntades.

III. Los herederos y los legatarios

José María Alvarez, conformándose con la ley I, título III, Partida 6^{a.}, expresaba que heredero era aquel que después de la muerte de alguno le sucedía en todos sus bienes, derechos y acciones, disponiendo de todo a su arbitrio¹²⁶. La misma ley se encargaba de señalar el doble pro emergente de la institución: para el testador “porque dexa lo suyo a ome que quiere bien, e partese su anima deste mundo mas folgada por ende”; para el heredero “porque se le acrecen mas los sus bienes deste mundo por ello”.

Los herederos se dividían en testamentarios o *ab intestato*. Los primeros tenían su origen en la voluntad del hombre. Los segundos en la disposición de la ley. Nos ocuparemos aquí de los *ex testamento* tanto universales como particulares.

¹¹⁸ Declaraba estar casado con doña Pascuala González (Ibídem nota 42).

¹¹⁹ Guillermo Sphens declaraba entre sus bienes “la parte o haber que me corresponde como socio en la sociedad de maquinaria, fundición en fierro y bronce, construcción de buques, calderas, etc, que se halla establecida en este país en el Paseo Julio número 117” (AGN, 1, t. 1, 1870, f. 316 v.-317 v.). Germán Schlieper indicaba como parte de sus bienes “los que resulten corresponderme del balance que debe darse en la casa de los señores Bember y Heimendahl y compañía, de este comercio, de los que era socio según los libros de la misma” (AGN, 3, t. 2, 1870, f. 367-368). Henry Samuel decía tener “un negocio en sociedad con don León J. Isaac y don J. H. Homer, bajo la razón de L. J. Isaac y Compañía en la que tengo el interés de 33 % sobre ganancias y pérdidas” (AGN, 5, 1870, f. 80-81); etc.

¹²⁰ Ver testamento de don Ernesto Antonio Moller (Ibídem nota 117).

¹²¹ Ver testamento de don Juan Thompson Martindale (AGN, 8, 1870, f. 50 v.-51 v.).

¹²² Ibídem nota 115.

¹²³ Ver testamentos de don Tomás Guilmour Royal (AGN, 2, 1870, f. 101-103) y de don Federico Lloyd (Ibídem nota 70).

¹²⁴ Ver testamento de don Alberto Carlos Baron de Finch (Ibídem nota 34).

¹²⁵ AGN, 13, 1870, t. 2, f. 763 v.

1. Los herederos testamentarios universales

Sucedían en el todo o en una parte de los bienes y también en las cargas. Conforme a la ley XXI, título III, Partida 6ª, podían ser forzosos, necesarios o voluntarios.

1.1. Los herederos forzosos

Eran los descendientes legítimos del testador. Recibían este nombre porque sus ascendientes debían instituirlos no mediando causa legítima para desheredarlos. Esta debía tenerse en cuenta al tiempo de la muerte del testador. Se los llamaba, también, legítimos porque nacían conforme a las disposiciones del Derecho civil y de la Iglesia. Para ser instituidos no era necesario que estuviesen bajo la potestad del instituyente. A los hijos –recuerda Alvarez– “pertenecen los bienes de sus padres por Derecho natural y positivo, y en ellos tienen casi dominio”¹²⁷.

Si bien era al tiempo de declarar su estado civil cuando el testador denunciaba el carácter legítimo o ilegítimo de la descendencia, el mismo podía repetirse en la cláusula de institución de heredero donde se los reiteraba como legítimos o forzosos, acentuándose la universalidad de la institución y la porción que a cada uno, en caso de ser varios, le correspondía.

La institución podía ser desigual. Esto ocurría cuando el otorgante beneficiaba a uno o varios hijos con el tercio o con el quinto o sumando ambas porciones hereditarias.

Entre los herederos forzosos se comprendían, también, a los póstumos, es decir, a los nacidos después de la muerte de su padre. La madre debía darlos a luz a los diez meses como máximo posteriores a la muerte de su marido, viviendo éste en su compañía¹²⁸.

Los ascendientes legítimos del testador eran, también, herederos forzosos. La ausencia de descendientes legítimos o de otros que tuvieren derecho hereditario (el hijo natural legitimado y el adrogado) tornaba obligatoria la institución de aquéllos. Sucedían al descendiente en sus bienes adventicios, castrenses y cuasicastrenses.

Los documentos de aplicación testimonian el nombramiento de ambos progenitores o, en su caso, del padre o de la madre superviviente, reconociéndolos, precisamente, en su carácter de herederos legítimos. En estos supuestos la cuota de libre disposición ascendía al tercio de los bienes del testador. Los otorgantes, de ser casados, solían beneficiar con ella a sus cónyuges. Preveían, también, la supervivencia de hijos legítimos y se preocupaban por aclarar que, acorde con las leyes vigentes, cesaría, a partir de aquí, el derecho de sus padres a la herencia¹²⁹.

¹²⁶ *Instituciones* ...cit., p. 256.

¹²⁷ Ob. Cit. p. 283.

¹²⁸ Se ocupa brevemente del tema ABELARDO LEVAGGI, “El régimen civil del menor en la Historia del Derecho Argentino”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 23, Buenos Aires, 1972, pp. 289-290 y 299-300.

¹²⁹ Una completa previsión al respecto hacía Germán Scheiner, casado y sin descendencia, quien instituía como heredero a su padre Manuel Scheiner, “entendiéndose que tanto esta institución de heredero como el legado de la cláusula quinta [por la que dejaba el tercio a su mujer] son para el caso que no dejase sucesión; pues si lo contrario de

En la praxis, la institución de herederos forzosos fue prevaeciente (56,88 % sobre el total). Los descendientes legítimos fueron designados en 366 oportunidades representativas del 50, 41 % sobre el total de las instituciones. Los ascendientes legítimos, en cambio, lo fueron sólo en 43 ocasiones (5,92 % sobre el total). En el cómputo no tuvimos en cuenta ni el sexo, ni la cantidad de hijos que cada testador denunciaba. Tampoco tomamos en consideración si a los hijos se sumaban nietos o biznietos en representación de sus ascendientes premuertos. Con un propósito simplificador, a la hora de la exposición numérica de los resultados, utilizamos la expresión ascendientes y descendientes legítimos.

La ausencia del descendiente legítimo, por prolongado período de tiempo, ignorándose su paradero e incluso su propia existencia, no fue obstáculo que impidiera su designación como heredero. Victoria Suárez declaraba tener un hijo legítimo nombrado Francisco. Advertía que hacía “muchos años que se ausentó de esta Ciudad y por consiguiente” ignoraba si vivía. No obstante lo instituía por su heredero. De haber muerto, preveía la existencia de nietos y, de no haberlos, designaba como única beneficiaria a su alma¹³⁰.

La ingratitud del descendiente legítimo tampoco fue motivo para que doña María Belén Minos procediera a su desheredación. Luego de declarar su existencia y su edad de veinte aproximados años, manifestaba que hacía muchos años que la había abandonado, apartándose de su lado y cuidado, a pesar de sus esfuerzos para inducirlo al cumplimiento de sus deberes, “hasta que cansada ya de tantos pasos que he dado –concluía– he tenido a bien dejarlo; recordando con mi mayor sensibilidad y dolor que hasta hoy no le he merecido ni merezco un medio real, y ni siquiera la atención de verme ni preguntado por mí como corresponde a un hijo”¹³¹.

En algunos casos a la institución de los descendientes legítimos seguía el sincero deseo de los padres de que aquéllos gozaran de los bienes objeto del testamento, así como, también, los ruegos y encargos en torno al mantenimiento de la unión fraternal y la conveniente concordia, dirimiendo las cuestiones que pudieran suscitarse fuera del debate judicial¹³². En tal sentido Juan Manuel Arce recomendaba a sus hijos “muy especialmente conserven la buena armonía que por ningún motivo debe alterarse entre hermanos, y si por desgracia se suscitase entre ellos alguna duda o divergencia, busquen la

esto sucediese, serán mis herederos mis hijos como así corresponde por derecho, quedando entonces reducido el legado a favor de mi esposa a sólo el remanente del quinto: Que si no hubiese dejado sucesión y hubiese muerto mi Señor Padre antes que yo, será mi heredera universal la nominada mi esposa doña Beatriz Scheiner con la obligación de entregar la citada parte de mis bienes a mi hermano político don Nathan Wolf Arnstein en Pest, en el Reino de Hungría, o a sus hijos, en remuneración de haber tenido muchos años en su compañía a mi Señor Padre, prodigándole sus cuidados” (AGN, 1, 1850, f. 351-352).

¹³⁰ AGN, 6, 1850, f. 352 v.- 354 v. Una declaración similar encontramos en la memoria testamentaria de José Maxuach y Saborida. Viudo de Mercedes Palomino, contaba entre sus descendientes legítimos a su hijo Livio José Vicente el que, decía, “está ausente hace muchos años y jamás he tenido noticias de su paradero y existencia ignorando al presente si es vivo o muerto”. No obstante lo instituía entre sus herederos (AGN, 1, 1850, f. 231).

¹³¹ AGN, 8, 1850, f. 29 v.-31.

¹³² Testamento de don Juan Sáenz Peña (AGN, 3, 1830, f.116 v.-117 v.).

solución o arreglo en el consejo de personas de reconocida probidad, a fin de evitar pleitos que sólo les acarrearían el desquicio y una ruina segura”¹³³.

La advertencia contra el peligro de los pleitos animaba, asimismo, a Roque Baudrix, a exponer a sus hijos la necesidad de respetar la justa división de los bienes que dejaba establecida en pro de ellos. Proponía que “antes de ocurrir a los tribunales y lanzarse a un pleito que casi siempre exacerba los ánimos mejor dispuestos, atropellando hasta las consideraciones de parentesco, que son el nervio más fuerte que liga la familia” sometieran “la solución de las dificultades o diferencias, a la decisión o arbitraje de personas de inteligencia y rectitud”. Para ese caso, se permitía recomendarles a los doctores José Roque Pérez y Elías Saravia, “personas –decía– cuya respetabilidad y competencia ha tenido ocasión práctica de conocer en el transcurso de su vida”¹³⁴.

El respeto y la sumisión a la madre, el encargo de no pedir su parte mientras viviera alguno de sus padres¹³⁵, así como la súplica de encomendar a Dios el alma del otorgante¹³⁶ y rogar por la salvación de las suyas también estuvieron presentes¹³⁷. No faltó quién sumó al encargo de oraciones una advertencia a la heredera instituída para que, al tiempo de que ésta dispusiera de sus bienes, hiciera “las preferencias legales a que son acreedoras Carmen y Natividad Ruiz Santana teniendo asimismo presente la conducta reprehensible de sus hijos varones que ha obligado al otorgante a privarles que pisen su casa”¹³⁸.

La enfermedad moral de la hija legítima instituída, inducía a Fernando Iglesias a solicitar de sus albaceas se hicieran cargo de los bienes, suministrándole lo necesario para su subsistencia, evitando que aquélla fuera defraudada, pues, aunque era casada, exponía el testador, “su marido no cuida ni de su esposa, ni de sus intereses, y antes bien los dilapida por lo que suplico la atiendan y reparen en la forma que llevo expuesta y corran con los alquileres de las fincas y demás intereses”¹³⁹.

La necesidad de proteger el patrimonio de la heredera enferma instituída, llevó a José Pablo Morta a designarle como curadores a Adolfo y Augusto Carlos Bourdeaux, “para que puedan en ese carácter administrar libremente los intereses de mi hija ejerciendo las protectoras funciones de padre, pues la recomiendo a su cuidado y cariño esperando de su amistad la contemplen y atiendan como reclama su estado”¹⁴⁰.

¹³³ AGN, 20, 1870, f. 99 v.-101 v.

¹³⁴ AGN, 20, 1870, f. 178-181 v.

¹³⁵ Pedro Tacio y Tomasa Montán instituían como herederos a sus cinco hijos legítimos, “previniéndose –decían– que es nuestra voluntad que si acaeciere el fallecimiento de uno de nosotros con anterioridad al otro, el cónyuge sobreviviente no podrá ser molestado por los herederos mayores o menores para la respectiva partición de bienes” (AGN, 26, 1870, f. 144-145 v.). Una recomendación similar encontramos en el testamento de don Pedro José Domínguez (Ibidem nota 33).

¹³⁶ Ana María Benítez designaba como heredera a su hija María Fructuosa “a quien –indicaba– le suplico me encomiende a Dios” (AGN, 3, 1830, f. 319-320).

¹³⁷ José Clabellino, autor de una numerosa descendencia, encargaba, muy encarecidamente, a sus doce hijos, al tiempo de instituirlos, “la paz, unión y religión cristiana, que se amen mutuamente que ésta es la verdadera caridad y que presten un cuidado, respeto y sumisión muy particular a su madre, encomendando a Dios mi alma y rogando por la salvación de las suyas” (AGN, 1, 1850, f. 795).

¹³⁸ Testamento de don José Martínez (Ibidem nota 40).

¹³⁹ AGN, 3, 1830, f. 262 v.-263 v.

¹⁴⁰ AGN, 1, t. 1, 1870, f. 33-34 v.

El deseo de amparar los bienes aparecía, también, en supuestos de soltería de la heredera forzosa a quien, para percibir la herencia, se pretendía condicionar con la contracción de enlace “con una persona honrada para evitar de esa manera sean malbaratados los que le corresponden”¹⁴¹.

Por ley del 20 de mayo de 1857, para la provincia de Buenos Aires, se estableció que “faltando herederos forzosos, la mujer legítima heredará al marido, y éste a aquélla, con exclusión de todo colateral”, siempre que no mediase separación judicial¹⁴². De ahí que, en la presentación cuantitativa de los resultados, los cónyuges aparezcan en 1830 y 1850 como herederos voluntarios compartiendo, a veces, la herencia con otros parientes consanguíneos –mujer y sobrinos¹⁴³– o espirituales –mujer y comadre– o con personas ligadas al testador por vínculos extraparentales y que, en 1870, se los incluya entre los forzosos.

CUADRO N° 7

LOS HEREDEROS FORZOSOS

Forzosos	1830	1850	1870	Total
Descs. Legs.	64	98	204	366
Ascend. Legs.	8	10	25	43
Maridos			9	9
Mujeres			21	21
Total	72	112	259	439

1.2. Los herederos necesarios

Eran los siervos del testador. Una vez instituidos estaban obligados a admitir la herencia y a pagar de los bienes de su señor, y aun de los suyos propios, adquiridos antes o después de la muerte del instituyente, las mandas y legados dejados por éste. La institución originaba el acceso a la libertad¹⁴⁴. Debían carecer de impedimento legal para ser designados, tanto al tiempo del otorgamiento como al de la muerte del testador¹⁴⁵. En los años analizados no encontramos ningún caso.

¹⁴¹ Testamento de don Santiago Sampietro (AGN,10, 1870, f. 425 v.-427 v.).

¹⁴² ADOLFO CASABLANCA, RAFAEL CASTELLANO SÁENZ CAVIA, JULIO RAÚL LASCANO y RAMONA LIDIA MEZA GIMÉNEZ, “La Ley del 20 de Mayo de 1857 del Estado de Buenos Aires sobre la sucesión ab intestato del cónyuge”, *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene* 22, Buenos Aires, 1971, pp. 11-27.

¹⁴³ Lorenzo Maglione instituía a su mujer y a su “sobrino Santiago Gallino por iguales partes, con la condición, de que mi esposa, -decía- ha de llevar su parte libre de todos los gastos, los cuales han de descontarse todos y cualesquiera que sean de la parte que le quepa al referido mi sobrino” (AGN, 7, 1850-1851, f. 9-10).

¹⁴⁴ Ley XXI, título III, Partida Sexta.

1.3. Los herederos voluntarios

Llamados, también, extraños recibían estos nombres porque el testador carecía, en el fuero externo, de la obligación de instituirlos. ¿Cuál era el sentimiento que campeaba entre los otorgantes al tiempo de designarlos? ¿Qué razones les impulsaban? ¿Qué ocurría en el fuero interno de cada uno de los instituyentes? Mientras algunos guardaban silencio, otros eran pródigos en consideraciones que mostraban distintas actitudes interiores: “remuneración y gratitud” por servicios prestados¹⁴⁶; “el mucho afecto” derivado de la convivencia ininterrumpida¹⁴⁷; etc.

1.3.1. Los parientes

Del análisis de las piezas testamentarias surge la presencia de parientes consanguíneos (hermanos, sobrinos, primos), afines (cuñado, yerno, sobrinos políticos) y espirituales (ahijados, comadre). Podemos también destacar, el vínculo derivado de la crianza (7 hijos y una madre de crianza) y la escasa presencia de adoptados (3) ignorándose, en estos casos, la clase de adopción practicada o si se trataba, simplemente, de una situación de hecho, calificada como tal. Generalmente se designaban consanguíneos del mismo grado (uno o varios). Con carácter de excepción aquéllos aparecían unidos a consanguíneos de distinto grado (hermano y sobrino), a extraños (hermano y extraño), al cónyuge (sobrino y marido) o al alma del testador (hermanos y alma). Lo propio podía acontecer con los afines (cuñado y extraño) y con los espirituales (ahijados y extraños).

La designación de los parientes solía estar acompañada de condiciones, súplicas y encargos vinculados con el cuidado del alma del testador. Unas veces éste quedaba supeditado al arbitrio del heredero, “dejando a su conciencia ante Dios Nuestro Señor, para que después de mi muerte haga aplicar por el bien de mi alma los sufragios que crea deber hacer”, decía Domingo Guillasa, luego de instituir a su hermana doña Margarita¹⁴⁸; otras se indicaba, expresamente, la clase de sufragio, quedando el arbitrio restringido a la determinación de la cantidad que debía reservarse para cumplimentarlo y del tiempo durante el cual debía aplicarse. María Bentura Fuentes, luego de nombrar a sus tres hermanas María, Francisca y Vicenta, indicaba la condición “de reservar una cantidad, a solo el juicio de ellas, para que manden hacer cabo de año, por algunos años, que entre ellas acuerden, o sea una memoria de misas rezadas, lo más sencillo posible, sin pompa ni vanidad en comendadas al descanso de mi alma”¹⁴⁹; otras,

¹⁴⁵ Ley XXII del mismo título y Partida.

¹⁴⁶ Ángela Martínez designaba a su hermana Manuela, soltera y mayor de edad, “en consideración al afecto y cuidados que con toda solicitud me ha dispensado en todo tiempo, y principalmente en mi enfermedad” (AGN, 5, 1870, f. 176-177 v.).

¹⁴⁷ Rafaela Evarista Guerra instituía a su hermana Ramona “en conformidad del mucho afecto que nos profesamos viviendo juntas sin habernos separado por un momento desde que nacimos” (Ibidem nota 75).

¹⁴⁸ AGN, 8, 1850, f. 113-114.

¹⁴⁹ AGN, 7, 1850-1851, f. 10-11 v.

en fin, dependía, exclusivamente del arbitrio del instituido a quien sólo se le suplicaba la encomendación del alma¹⁵⁰.

CUADRO N° 8

HIJOS ADOPTIVOS, DE CRIANZA Y PARIENTES*

Voluntarios	1830	1850	1870	Total
H. Adoptivos	1	2	0	3
Hijo Crianza	1	3	3	7
Madre Crianza			1	1
Hermanos	8	9	30	47
Hno/Sobrino	0	1	3	4
Hno/Ext.	0	1	3	4
Sobrinos	4	7	16	27
Sob/Marido	0	1	0	1
Primos	0	0	2	2
Cuñado/Mujer	0	1	0	1
Cuñado/Extrañ	0	1	0	1
Yerno	0	1	0	1
Sob. Político	1	2	1	4
Ahijados	1	0	1	2
Ahijado/Extrañ	0	0	1	1
Comadre	0	1	0	1
Total	16	30	61	107

*Sólo se toma en cuenta la cantidad de las instituciones, no el número de instituidos ni su sexo. Tampoco se cuantifican las sustituciones hereditarias.

1.3.2. El alma como heredera

Párrafo aparte merece la institución del alma propia como heredera. Generalmente aparecía como única beneficiaria directa, invirtiéndose el remanente en sufragios para ella (29 casos que representan el 3,99 % sobre el total de las instituciones)¹⁵¹.

¹⁵⁰ Testamento de doña Pascuala Bazán (AGN, 3, 1830, f. 323 v.-325).

¹⁵¹ María Ignacia Noriega, por ejemplo, proponía a su albacea la venta de la casa de su propiedad para con su producido, pagados los gastos de su funeral y entierro, "mandar decir una misa cada mes" (AGN, 2, 1850, f. 146 v.-

Otras veces compartía el beneficio de la institución con almas ajenas (12 casos representativos del 1,65 % sobre el total)¹⁵²; otras, en fin, con personas físicas constituidas en beneficiarias de las limosnas previstas por el testador (4 casos: 0,55 %). Para “que todo se invierta en sufragios, teniendo en consideración mis dichos albaceas, que si quedase algo, se reparta a proporción” “en mis tres ahijados pobres que tengo nombrados”, indicaba Pedro Ruiz¹⁵³; “previniendo a dichos mis albaceas que todo ello lo inviertan en misas y limosnas debiendo preferir en éstas siempre a mis sobrinas y criadas” “y de los varones a alguno que al tiempo de la distribución se hubiese imposibilitado habitualmente para trabajar”¹⁵⁴; por ejemplo.

El beneficio espiritual del alma era indirecto cuando los instituidos eran los pobres¹⁵⁵, la Santa Casa de Ejercicios¹⁵⁶, los monasterios y hospitales de la ciudad¹⁵⁷ y hasta el mismísimo Corazón de Jesús¹⁵⁸. Un total de 10 casos que representan el 1,38 % sobre el total.

Los testadores, en la cláusula de institución, solían, refundir la designación en las mandas y legados hechos en el testamento¹⁵⁹; remitir a comunicatos hechos¹⁶⁰ o por hacerse¹⁶¹; indicar

148); María de la Cruz destinaba el remanente de todos sus bienes, derechos, acciones y futuras sucesiones “para misas y sufragios por el descanso de mi alma, a quien –decía– instituyo por mi única y universal heredera” (AGN, 22, 1870, f. 115-116 v.).

¹⁵² Felisa de Ecla, por ejemplo, instituía a su alma y la de sus difuntos padres. Preveía, con su remanente, la fundación de una pía memoria de misas asensuada sobre finca cuantiosa, libre de todo gravamen (AGN, 5, 1830-1833, f. 18-19); Francisca Antonia Reduello solicitaba a sus albaceas emplear el remanente “en sufragios por mi alma, las de mis esposos [era viuda por dos veces], padres, hijo y demás deudos” “mediante a no tener herederos forzosos ascendientes ni descendientes” (AGN, 1, 1850, f. 476-478 v.); María Encarnación Sánchez y Velarde ordenaba a sus albaceas la inversión del remanente “en sufragios por el bien de mi alma, las de mis padres y hermanos finados llamados Clemencia, Bonifacia y Mariano” (AGN, 19, 1870, f. 308 v.-310); etc.

¹⁵³ *Ibidem* nota 50.

¹⁵⁴ Testamento de doña Francisca Pérez (AGN, 4, 1830, f. 33 v.-34 v.).

¹⁵⁵ Joaquín Azevedo Maya instituía “a las pobres mujeres enfermas del Hospital de la Caridad de esta Ciudad”. Esto significaba la entrega al Administrador del remanente de sus bienes –veinte mil y más pesos– quien debía imponerlos “sobre fincas seguras” repartiéndose los réditos entre las pobres “dando una suma a cada una de ellas al tiempo que salga para su casa, para que pueda ocurrir a sus primeras necesidades y la disfrute a su beneplácito” (*Ibidem* nota 38).

¹⁵⁶ Vicenta Pérez dejaba el resto de sus bienes “para la Santa Casa de Ejercicios, para que se reparta en la comunidad en las personas más pobres y desvalidas de la dicha Casa, y lo que sobrare a beneficio de ella, según lo disponga su Rectora, y su albacea; y que en compensación la encomienden su alma a Dios Nuestro Señor” (AGN, 4, 1850, f. 533-535 v.).

¹⁵⁷ Concepción Dávila disponía que el resto de sus bienes fueran “vendidos, repartidos y distribuidos por iguales partes a las monjas de pobres capuchinas, las catalinas y hospitales de hombres y mujeres” (*Ibidem* nota 27).

¹⁵⁸ Magdalena Melián de Leguizamón, destinaba mil trescientos pesos plata efectiva para que Domingo Caviedes costeara, con sus réditos, “la fiesta del Corazón de Jesús en la Iglesia de San Juan con misa cantada y parencia del sacramento por todo el día y sermón”. Preveía la designación de patronos sustitutos para el caso del fallecimiento del primero debiendo entregarse “la ropa, manteles, pulpiteras, y demás útiles correspondientes al aseo del altar y fiesta del Corazón de Jesús” a la Madre Abadesa del Monasterio de Capuchinas de Buenos Aires, “si quiere hacerse cargo de guardarlos y de no los guardará, como mejor le parezca el Patrono”. En la cláusula de institución de heredero disponía que el remanente de sus bienes “se tenga por perteneciente al Corazón de Jesús y su fiesta, para que con ello se aumente el principal de esta pía memoria al mismo que nombro por mi heredero, mediante a no tener ninguno forzoso” (AGN, 4, 1830, f. 162 v.-163 v.).

¹⁵⁹ Ver, por ejemplo, el testamento de don Andrés Puriños Díaz (AGN, 5, 1830,-1833, f. 116 v.-119).

¹⁶⁰ Ver, por ejemplo, el testamento de don Fernando Martínez (AGN, 6, 1830, f. 142 v.-143 v.).

¹⁶¹ Pedro Manuel de la Barcena instituía a su alma para que sus albaceas –decía– “procedan oportunamente a su distribución, bajo las instrucciones que verbalmente haré, relevándolos de dar cuenta ni razón alguna” (AGN, 3, 1850-1851, f. 276 v.-277 v.).

expresamente el número de sufragios y el lugar de su celebración¹⁶²; dejarlos librados al arbitrio del ejecutor¹⁶³ o del Prelado Eclesiástico¹⁶⁴; por ejemplo.

Con clara reminiscencia tradicional, la remisión a comunicatos o instrucciones verbales iba, generalmente, acompañada con la idea de la exclusión de la intervención de la autoridad judicial o de cualesquiera otra persona¹⁶⁵.

La actitud de los testadores fue acorde con el fenómeno laicizador que, en 1858, puso sobre el tapete la cuestión de la validez de las cláusulas que instituían al alma como heredera, registrándose, en 1870, una franca disminución en tales elecciones. En efecto, mientras en 1830 y en 1850, la cantidad de electores de las almas se mantuvo en leve ascenso con 15 y 17 designaciones respectivamente, en 1870 apenas ascendió a 9 nombramientos.

CUADRO N° 9

EL ALMA COMO HEREDERA

Modalidades	1830	1850	1870	Total
Alma Propia	10	13	6	29
A Propia/Ajena	5	4	3	12
Alma/Hermano	1	0	0	1
Alma/Extraño	0	0	2	2
Alma/Pobres	0	1	1	2
Pobres	2	1	3	6
Casa Ejercicios	0	1	1	2
Mon./Hospital	0	1	0	1
Czón Jesús	1	0	0	1
Total	19	21	16	56

¹⁶² Dos misas cada tres meses en la Parroquia de la Concepción en el altar de la Virgen del Carmen en beneficio de su alma y de la de su marido, indicaba la morena libre Mariana Castro (Ibidem nota 96).

¹⁶³ Pablo Magans designaba su alma y la de sus padres encargando a sus albaceas "que a su conciencia dejo el deber de encomendarlas por medio de los sufragios que se les manden decir, fiando en que esta recomendación y deber no será olvidado" (AGN, 8, 1850, f. 28-29 v.).

¹⁶⁴ Dominga Andrade indicaba aplicar por su intención a favor de su alma, las de sus padres, parientes y bienhechores "acordando con el Prelado Eclesiástico a quien pido esta caridad sobre el modo, tiempo y estipendio" (AGN, 1, t. 2, 1870, f. 900-901).

1.3.3. Los cónyuges como herederos voluntarios

En los años que conforman la muestra la institución creció entre 1830 y 1850, manteniéndose numéricamente en 1870. Sin embargo la voluntariedad de los maridos con relación a sus mujeres fue sustancialmente superior.

Las motivaciones, en cambio, cuando se incluían, eran bastantes similares: la participación de la cónyuge en la adquisición de los bienes del testador¹⁶⁶; la necesidad de testimoniar aprecio y compensar virtudes¹⁶⁷, etc.

Los ruegos y recomendaciones estuvieron, también, presentes: "rogándole tanto a ella como a mis hijos políticos que no olviden encomendar mi alma al Ser Supremo cuantas veces puedan hacerlo"¹⁶⁸; "con la especial prevención de que le dejo un pliego firmado de mi mano en el que le comunico algunas instrucciones cuyo cumplimiento libro desde ahora a su voluntad, no dudando como no dudo que las cumplirá exacta y puntualmente sin embargo que a este respecto no le impongo obligación alguna"¹⁶⁹; "previniéndole reparta entre mis sobrinos pobres cien pesos"¹⁷⁰; "haciendo recuerdos cuando le parezca por el bien de mi alma, y las de mis padres"¹⁷¹. Al pedido de encomendación del alma a Dios, sumaban, a veces, el deseo de liberar al cónyuge instituido de la obligación de rendir cuentas¹⁷².

La institución de los cónyuges como herederos usufructuarios no fue patrimonio ni de aquellos que otorgaban su testamento de manera recíproca¹⁷³, ni de los negros, pardos y morenos sin descendencia legítima¹⁷⁴. Varones y mujeres blancos al otorgar sus testamentos de manera individual apelaron, también, a esta forma de designación. Así se expresaba, por ejemplo, Juan Antonio Vico al instituir como heredera a su mujer Bernabela Gayoso: "quien podrá gozar sus productos y rentas libremente, pero sin que por ningún motivo ni razón pueda enajenarlos, a fin de que se conserven íntegros en su totalidad para que cuando llegase a fallecer, pasen a poder de don Diego Vico, a quien le nombro por sustituto de la misma, pues en este caso quedarán consolidados ambos dominios de posesión y propiedad de que podrá usar libremente por enajenación, testamento o del modo que más hallare convenir a sus intereses"¹⁷⁵.

¹⁶⁵ Ver, por ejemplo, testamento de doña Prudencia Barragán (AGN, 13, 1870, t. 2, f. 598 v.-599 v.).

¹⁶⁶ Alejandro Pasos instituía a su mujer María de los Santos Baigorri "para satisfacer –decía– en algún tanto la deuda que ha contraído, por los buenos oficios que ha prestado durante el matrimonio, y los trabajos por los que ha pasado, para conseguir la adquirencia de algunos bienes, que existen" (AGN, 2, 1830, f. 1-2 v.).

¹⁶⁷ Testamento de don Juan Antonio González (AGN, 5, 1850, f. 79-80 v.); testamento de don Bernardo Ramírez (AGN, 5, 1850, f. 344 v.-346 v.); testamento de doña Estefanía Sotuyo (AGN, 8, 1850, f. 53 v.-55).

¹⁶⁸ Testamento de don Miguel Ballatete (AGN, 8, 1850, f. 3 v.-4 v.).

¹⁶⁹ Testamento de don Pedro de Angelis (AGN, 1, 1850, f. 369 v.-370 v.).

¹⁷⁰ Testamento de doña Florencia Sayas (AGN, 3, 1830, f. 242 v.-243 v.).

¹⁷¹ Testamento de don Lorenzo Eugenio Rodríguez (AGN, 8, 1850, f. 192 v.-194).

¹⁷² José María Cabrer y Rodríguez, luego de instituir a su mujer, añadía: "para que los herede con la bendición de Dios a quien espero me encomiende, sin que tenga que dar cuenta ni razón alguna a pariente mó, ni otra persona, respecto a hallarme sin herederos forzosos" (Ibidem nota 33).

¹⁷³ Ver lo dicho al tratar el tema en la presente investigación.

¹⁷⁴ Ver lo dicho al tratar el tema en la presente investigación.

¹⁷⁵ AGN, 4, 1850, f. 238-240.

CUADRO N ° 10

LOS CÓNYUGES COMO HEREDEROS VOLUNTARIOS

Modalidades	1830	1850	Total
Maridos	5	9	14
Marido/Extraña	0	1	1
Mujeres	9	19	28
Mujer/Comadre	1	0	1
Mujer/Sobrina	1	1	2
Mujer/Extraño	1	1	2
Total	17	31	48

1.3.4. Los extraños

Finalmente, aludiremos a los terceros instituidos, carentes de vínculo parental con los instituyentes. Se trataba, naturalmente, de personas fuertemente ligadas entre sí en razón de prestación constante de relevantes servicios¹⁷⁶, prolija asistencia en las enfermedades padecidas¹⁷⁷, participación en sociedades comerciales¹⁷⁸, remuneración del cariño tributado¹⁷⁹ o de la amistad merecida¹⁸⁰ o de la franca hospitalidad y generosa protección dispensada¹⁸¹ u otros motivos similares.

En algunas cláusulas es dable destacar una verdadera amalgama de motivaciones. Margarita Michilena, por ejemplo, justificaba la institución de su albacea Manuela Texada en estos términos: "en remuneración de los constantes servicios que me ha prestado en la prolija asistencia con que me ha

¹⁷⁶ El presbítero Manuel Villegas instituía como heredera a María Inés Naranjo y Urrutia, "en gratitud y recompensa de sus relevantes servicios, que me ha prestado en muchos años, en sana salud, y en las graves enfermedades que he tenido" (Ibídem nota 16).

¹⁷⁷ Las apoderadas del presbítero Ramón Eugenio Olavarrieta explicitaban en estos términos su decisión de nombrarlas herederas: "en remuneración a importantes servicios que con constancia y la mejor voluntad le prestamos en el largo período de treinta y tantos años que sin interrupción sufrió en sus enfermedades habituales, pues que a pesar de este dilatado tiempo jamás desmayamos de asistirle siendo las únicas personas que en sus dolencias le consolaban" (Ibídem nota 20).

¹⁷⁸ Pedro Llanes y Castilla instituía a su socio y albacea Benito Quintana (AGN, 3, 1830, f. 249-250).

¹⁷⁹ Memoria testamentaria de doña Francisca Ortega (AGN, 4, 1870-1871, f. 30v.-31).

¹⁸⁰ Testamento de don Casto Billondo (AGN, 9, 1870, f. 260-262).

asistido en todas las enfermedades que he tenido, y en los cuidados y por los trabajos que me ha hecho en el transcurso de veinte años o más que hace me dispensa sus cuidados auxiliándome en lo necesario para mi subsistencia con su trabajo personal”¹⁸². La institución tenía en estos casos un fuerte tinte remuneratorio, a punto de ser conceptuada por algunos como una justa retribución o compensación¹⁸³. Se trata de un conjunto de 48 instituciones representativas del 6,61 % sobre el total de la muestra.

CUADRO Nº 11

TERCEROS SIN VINCULO PARENTAL

Sexo	1830	1850	1870	Total
Varones	2	11	9	22
Mujeres	4	12	10	26
Total	6	23	19	48

2. La institución de los hijos ilegítimos

Los hijos de “dañado ayuntamiento” se dividían en naturales y espurios. Los primeros eran aquellos cuyos padres, al tiempo de su concepción o de su nacimiento, podían casarse sin dispensa alguna. Para que se estimasen por tales se requería el reconocimiento paterno. Fue lo que hizo Paulino Pacheco, soltero y mayor de edad, con relación a su hijo Florentino, al tiempo de otorgar su testamento: “el que tengo a mi lado –decía– y al cual reconozco, por tal mi hijo natural, como habido en persona hábil”¹⁸⁴. Martín de Alzaga, igualmente soltero y mayor de edad, señalaba, también, su habilidad matrimonial al tiempo de la concepción de sus tres hijos naturales –Angela, María y Gabino– “habidos en doña María Camino, también soltera, y a los cuales –concluía– reconozco por mis hijos naturales”¹⁸⁵. Lo propio hacía José Correa con relación a su hija Bernabela, cuya madre –aclaraba– era Celedonia Zapata, “con quien vivo hace muchos años en relación ilícita, pero que dentro de poco pienso contraer matrimonio con ella”¹⁸⁶ –concluía– y Nicolás Brizuela quien reconocía como tal a Juan José “habido en mujer soltera y hábil para contraer matrimonio”¹⁸⁷; por ejemplo.

La falta de descendencia legítima, autorizaba al padre a instituirlos como herederos. Fue el caso de Florencio Moreyra, viudo y sin sucesión, que luego de declarar la existencia de una hija natural “llamada

¹⁸¹ Testamento de don Ignacio Manzoni (AGN, 13, 1870, t. 2, f. 531 v.-532 v.).

¹⁸² AGN, 2, 1850, f. 280 v.-281.

¹⁸³ Ver, por ejemplo, testamento de don Luis Contreras (AGN, 5, 1850, f. 628-629).

¹⁸⁴ AGN, 2, 1850, f. 308-309.

¹⁸⁵ AGN, 12, 1870, f. 69-70.

¹⁸⁶ AGN, 4, 1850, f. 129 v.-131.

¹⁸⁷ AGN, 5, 1850, f. 47 v.-49 v.

Juana Josefa conocida hasta ahora por ahijada”, la instituía por su universal heredera¹⁸⁸; o de Manuel García, casado y sin descendencia, quien designaba a su hijo natural, llamado Gervasio, “habido en estado de soltero”¹⁸⁹; por ejemplo.

La ausencia de mención testamentaria obligaba a los herederos del testador a darles lo necesario para sus alimentos.

De existir descendencia legítima, sólo podían haber el quinto de los bienes paternos. Así lo hacía Pedro González, viudo con descendencia, con relación a su hijo Francisco, menor de edad, habido durante su viudedad en mujer soltera, con el remanente de su porción disponible, “de modo que – explicaba– con estas mejoras pueda conocer el aprecio que hago de él, y como remuneración a sus buenos servicios y fidelidad con que se han mantenido en mi poder obedeciéndome como su padre”¹⁹⁰; o de Miguel Carrión, casado con sucesión¹⁹¹; o de Gregorio Colman, viudo y con dos hijos legítimos, quien, asimismo, declaraba haber tenido tres hijos naturales “habidos en mujer apta para casarnos” a quienes destinaba el remanente del quinto “por vía de alimentos”¹⁹²; entre otros.

Con relación a la madre, careciendo de descendencia legítima, los hijos naturales la heredaba *ex testamento* o *ab intestato*.

Siendo los hijos naturales menores de edad, los testadores se preocupaban, también, de designar la persona o personas encargadas de la guarda de ellos en sus personas y en sus patrimonios. El ya citado Martín de Alzaga nombraba por tutora y curadora a la misma madre “con la calidad –decía– que de los bienes de éstos, no pueda disponer en manera alguna para que los reciban íntegros, luego que salgan de la menor edad, o tomen estado, sin perjuicio de poder la madre disponer de sus productos en beneficio de los mismos, todo de acuerdo con el albacea que nombraré a quien, igualmente, encargo proporcione a los menores, con acuerdo de la madre, una decente educación”¹⁹³.

Los hijos espurios se dividían en adulterinos –nacidos de hombre casado y mujer soltera o de ambos casados–, sacrílegos –nacidos de fraile y monja profesos por cópula entre ambos o por cada uno con otra persona y los de los clérigos ordenados *in sacris*–, incestuosos –nacidos de parientes dentro del cuarto grado canónico, sabiendo ambos el impedimento– y mancillados nacidos de mujer prostituida a todo hombre. Todos, excepto los sacrílegos, tenían derecho, con testamento o sin él, al quinto de los bienes de su padre o de su madre, en caso que éstos tuvieran descendencia legítima.

¹⁸⁸ *Ibidem* nota 80.

¹⁸⁹ AGN, 3, 1830, f. 62 v.-63 v.

¹⁹⁰ AGN, 7, 1830, f. 156-157 v.

¹⁹¹ Testamento a virtud de poder doña Catalina Domínguez por su esposo don Miguel Carrión. Tenía una hija legítima llamada Selmira y otra natural nombrada Carmen a quien dejaba el remanente del quinto de sus bienes (AGN, 7, 1830, f. 36-37).

¹⁹² *Ibidem* nota 69.

¹⁹³ El albacea designado era don Francisco de las Carreras (*Ibidem* nota 185).

El reconocimiento, por vía testamentaria, de los hijos espurios fue verdaderamente excepcional. Lo encontramos en el testamento de Gervasio López, de estado soltero, quien declaraba tener cinco hijos “habidos –decía– en la unión que tuve con una señora casada que aun vive su marido”¹⁹⁴.

3. Los legatarios

En la legislación de Partidas, “legatario” era el que sucedía al causante a título singular. Todos cuantos eran capaces de heredar¹⁹⁵ podían serlo.

Al igual que en el período hispano-indiano instituciones tales como conventos¹⁹⁶, iglesias¹⁹⁷, hermandades¹⁹⁸, cofradías¹⁹⁹, hospitales²⁰⁰, la Santa Casa de Ejercicios²⁰¹ y personas ligadas al testador por vínculos parentales consanguíneos²⁰², afines²⁰³, espirituales²⁰⁴, de adopción o de crianza²⁰⁵, por el lazo del

¹⁹⁴ AGN, 3, 1850-1851, f. 138 v.-140 v.

¹⁹⁵ Leyes II a V, título III, Partida Sexta.

¹⁹⁶ Andrés Puriños Díaz legaba dos mil pesos moneda corriente al Convento de Santa Clara de esta Ciudad (Ibidem nota 159); Cipriana Miró dejaba la suma de cuatro mil pesos moneda corriente de limosna, “la misma –decía– que se entregará al Síndico Procurador del Convento de Monjas Capuchinas de esta Ciudad para ayuda en la función de Santa Rita” (AGN, 3, 1850, f. 117-119).

¹⁹⁷ José Antonio Silva mandaba entregar mil pesos moneda corriente al Párroco de la Iglesia de San José de Flores, “para que los distribuya con anuencia de mis albaceas en mejorar dicho templo y aplicar las misas que estimaren convenientes por el bien de mi alma, la de mi finada esposa, y la de mi paisano Bernardo, que en paz descanse” (AGN, 1, 1829-1830, f. 700-701); Pascuala Benita Ocampo legaba a “la Parroquia de Nuestra Señora del Socorro, la imagen de Santa Rita con todos los adornos que actualmente tiene para que sea colocada en el altar del Señor de los Milagros” (AGN, 2, 1850, f. 129-130); Guillermo Burton legaba a la Iglesia de la Colonia cincuenta patacones “para el culto de ella” (Ibidem nota 51); Juana Palencia destinaba, por vía de limosna, cien pesos moneda corriente para la Iglesia del Partido de Quilmes (AGN, 2, 1850, f. 230 v.-233).

¹⁹⁸ Pascuala Larrazábal preveía la entrega de trescientos pesos moneda corriente para la Hermandad de Ánimas de San José en la Parroquia de San Pedro Telmo y doscientos de la misma moneda para la de los Menores del Rosario (AGN, 2, 1850, f. 317 v.-319 v.).

¹⁹⁹ Doscientos pesos para la Cofradía de Animas de la Parroquia de San Nicolás y doscientos pesos para la Cofradía de Nuestra Señora del Rosario ordenaba María Ignacia Noriega (Ibidem nota 151).

²⁰⁰ Mercedes Castellano legaba al Hospital General de Hombres y al Hospital General de Mujeres cien pesos metálicos a cada uno (AGN, 2, 1850, f. 33 v.-35).

²⁰¹ Si después de concluidas todas mis mandas y legados quedase algún resto –decía Juana Francisca Ribadán– es de mi agrado que “se entregue a la Casa de Ejercicios por vía de limosna y para la manutención de tan santo y piadoso establecimiento suplicando me encomienden a Dios en sus oraciones” (AGN, 3, 1830, f. 22-23 v.); Joaquín Azevedo Maya destinaba mil pesos a la Casa de Ejercicios “que se entregarán –decía– a la persona encargada de su dirección” (Ibidem nota 38).

²⁰² Josefa Artigas dejaba a su hija Dionisia su esclava Luisa “para que la acompañe mientras sea soltera” (AGN, 1, 1829-1830, f. 363-364); Luisa Tadea Barragán aplicaba el remanente del quinto a favor de sus nietos por partes iguales (AGN, 4, 1830, f. 319-320); Juana Lois destinaba el tercio de sus bienes en beneficio de su hermana Lucía “en recompensa –decía– de los buenos y particulares servicios que me ha hecho” (AGN, 3, 1830, f. 225-225 v.); Francisca Pérez ordenaba el remanente del quinto para sus sobrinos Juan y Encarnación Pose (Ibidem nota 154); María Luisa Machado legaba ciento cincuenta pesos para su prima Hipólita Figueroa (AGN, 6, 1830, f. 239 v.-240 v.); Antonio Ponce mandaba a su tía Florencia Díaz la cantidad de doscientos pesos moneda corriente (AGN, 4, 1850, f. 233-235); etc.

²⁰³ Gerónimo Mons aplicaba doscientos pesos en beneficio de su hermana política Isabel Báñez (AGN, 3, 1830, f. 13-14).

²⁰⁴ Ventura Bracamonte legaba a su ahijada Jacoba un San Antonio con su mesa y una olla (AGN, 3, 1830, f. 65-65); José Fortes González beneficiaba a su comadre Manuela Reynoso con dos mil pesos, “que le dono –explicaba– en remuneración a la buena asistencia que me tiene hecha en mis enfermedades” y a sus ahijados Dominga y León Acuña con quinientos pesos a cada uno (Ibidem nota 35); Vicenta Pérez destinaba a su compadre Benito

matrimonio²⁰⁶, por relación de servicio²⁰⁷ o de asistencia²⁰⁸ o por el simple ejercicio de la caridad²⁰⁹ fueron beneficiados con distintas clases de legados. Las devociones, aunque excepcionalmente, también estuvieron presentes²¹⁰.

El destino del legado hecho a las instituciones indicadas podía ser fijado por el otorgante – reparación de templos, restauración o construcción de retablos, manutención de los pobres enfermos y otros similares– o dejado al arbitrio del responsable de la iglesia, convento, hospital o casa a los que se beneficiaba.

También el alma fue tenida en cuenta por los testadores. Estos legaban cantidades de dinero, determinadas²¹¹ o no, en beneficio de la suya y/o de la de los terceros indicados²¹² o de las almas del Purgatorio. El monto se invertía en las celebraciones particularmente indicadas. Cantidades y calidades de misas, lugar de celebración, altares y estipendios eran, en mayor o menor medida, previstos por los testadores. Las fundaciones capellánicas²¹³ y pías memorias de misas²¹⁴ cumplían, por cierto, la misma

Bustamante “la acción de la marca de la estancia que me corresponde, en gratitud a sus relevantes servicios y favores que me ha prestado y me presta hasta el presente” (Ibidem nota 156); por ejemplo

²⁰⁵ María de los Angeles Almada adjudicaba el remanente del quinto de sus bienes “a un niño que he criado huérfano llamado Juan González” (AGN, 3, 1830, f. 227-228); Gerónima Gutiérrez destinaba cuatro mil pesos en beneficio de Basilia Serrano, “a quien he educado –decía– y dispenso cuidados, como si fuera mi hija”. Recomendaba a su albacea la inversión de los mismos en la compra de un terreno en la Guardia de Luján en el cual haría construir “una habitación de material con techo de paja, una cocinita de lo mismo y un pozo de balde”. A todo sumaba la entrega de las ropas de su uso, de los muebles indicados y de su batería de cocina manifestando, de esta manera, el cariño que la profesaba (AGN, 5, 1850, f. 44-45 v.); etc.

²⁰⁶ Fernanda Ximénez, sumaba el tercio y el remanente del quinto de sus bienes en beneficio de su marido Nicolás Puche, “en remuneración al extremoso cariño que me tiene, que sacrificó conmigo todo su capital, y cuanto más adquirió después de que nos casamos, sin que él aprovechase en sí cosa alguna, quedándome el sentimiento de no poder dejarle mejor fortuna” (AGN, 4, 1830, f. 340-340 v.); Juan González legaba a su mujer Ventura Navarro “veinte ovejas y cuatro vacas lecheras en atención al cuidado que me ha dispensado, y esmero con que me ha asistido y asiste en mi actual dolencia” (AGN, 6, 1830, f. 177-178 v.).

²⁰⁷ Rita Casero asignaba a Estanislada de los Remedios mil doscientos pesos moneda corriente, “en gratitud de los servicios personales que me ha hecho” (AGN, 1, 1829-1830, f. 565-566 v.); Tomasa González otorgaba la libertad al moreno Juan, “en gratitud a los muchos años que me ha acompañado y sus buenos y leales servicios” (AGN, 1, 1829-1830, f. 585-586).

²⁰⁸ Pascuala Benita Ocampo dejaba librada al arbitrio de sus albaceas la compensación que entendía debía entregarse a la persona que la asistiera en su última enfermedad (Ibidem nota 197).

²⁰⁹ Francisco Antonio Silva mandaba “se saquen doscientos pesos moneda corriente y se repartan proporcionalmente a los pobres de solemnidad, prefiriendo a las familias pobres, huérfanos y viudas” (AGN, 1, 1829-1830, f. 700-701); Juana María Díaz Caballero ordenaba separar dos mil pesos de sus bienes “los que se darán –decía– a una pobre que quiera ser religiosa del Monasterio de Madres Catalinas de esta Ciudad, siendo preferida la que la Priora y el Capellán de dicho Monasterio determine por el conocimiento que tengan de la pretendiente” (AGN, 3, 1830, f. 309 v.-311); etc.

²¹⁰ Entre los legados píos instituidos por María Ignacia Noriega se encontraban doscientos pesos para el Santísimo Sacramento de San Nicolás y doscientos pesos para San Nicolás de Bari (Ibidem nota 151).

²¹¹ María Basilia Reyes Fontete legaba trescientos pesos moneda corriente “para que se inviertan en misas que se aplicarán por el bien y sufragio de mi alma” (AGN, 3, 1850-1851, f. 88-90).

²¹² Ilustrativa resulta la cláusula contenida en el testamento de doña Tadea López: “Item ordeno y mando que después de mi fallecimiento mis albaceas mandarán decir dos novenarios de misas aplicadas por mi alma = Otro novenario por el alma de mi hermano Lázaro López y otro novenario de misas aplicadas por las almas de mis finados padres” (AGN, 4, 1850, f. 14-15 v.).

²¹³ Concepción Dávila fundaba sobre las casas de la calle Defensa 194-196 una capellanía eclesiástica para que sus albaceas –indicaba– “de acuerdo con el Señor Provisor la provean, elijan y nombren al capellán [...] cuya persona será de las más necesitadas [...] con la precisa obligación de que [...] dirá cuatro misas rezadas, [...] todas las semanas, también los días viernes y domingos [...] (Ibidem nota 27).

finalidad. Todo esto se dejaba, a veces, librado al arbitrio del ejecutor testamentario. Junto a la celebración de misas, pero de manera excepcional, aparecían la celebración de otras funciones religiosas, como la prevista anualmente por Mercedes Ferrín a celebrarse en la Iglesia de San Juan en el Altar de San Antonio, por ejemplo²¹⁵.

De los ejemplos transcritos observamos que, acorde con la legislación de Partidas, la designación de los legatarios se hacía de manera cierta para evitar la nulidad del legado y constreñir al heredero a la obligación de satisfacerlo.

IV. Los albaceas

Eran quienes tenían a su cargo la ejecución de las disposiciones testamentarias. Se trataba de una tarea sumamente trabajosa, generadora de responsabilidades patrimoniales y espirituales. Estas últimas aparecían, en las cartas testamentarias del período en estudio, bastante recortadas, con relación a la etapa anterior cuando, con frecuencia, se cargaba el alma de los albaceas ante la simple hipótesis de su incumplimiento. La secularización impedía, ahora, la participación de los tribunales eclesiásticos en la ejecución de las mandas de contenido piadoso, desapareciendo, por ende, todo tipo de penalidad espiritual en caso de inobservancia. La rapidez en la ejecución, cuando era recomendada, apuntaba más a la correcta organización del patrimonio familiar que a la salvación del alma del difunto.

La realidad bonaerense mostró, en esta época, la preferencia de los testadores por la elección de un ejecutor (351 veces). Le sigue la de dos: 257 veces y la de tres: 100 veces. Poco frecuente fue el nombramiento de cuatro (8 veces) y de cinco (4 veces) albaceas. El número de seis fue excepcional registrándose sólo en dos supuestos. Parecería que los testadores no se hallaban, mayormente, inquietos ante la posible excusación, muerte o impedimento de los designados, motivaciones que, en la etapa hispano-indiana, inducían a los teólogos y a los prácticos a aconsejar la pluralidad, la que fue observada en un importante porcentaje de casos. Analizando individualmente cada año reparamos, no obstante, que la diversidad fue la regla en 1830, aumentándose, progresivamente la singularidad en 1850 y 1870. Sin embargo no faltó quién, luego de designar tres albaceas, les rogaba “por amor de Dios” la aceptación del cargo²¹⁶; o quien, ante el supuesto del fallecimiento o de la imposibilidad de los electos en primer lugar, nombraba dos albaceas más²¹⁷.

La costumbre de seleccionar mujeres fue mayor con relación al período colonial. En el conjunto, ellas representaron un 35,39 % (435 sobre 1229 elecciones). Tomando individualmente cada uno de los

²¹⁴ Teodora Barsola, por ejemplo, preveía la fundación de una pía memoria de misas, “con la pensión –decía– que cada día primero de mes se diga una misa rezada, cuyos sufragios servirán para el bien y salvación de mi alma, la del finado mi esposo, señores padres y demás deudos; con prevención que todos los años en el día de la conmemoración de Nuestra Madre y Señora de los Dolores se le debe decir a la imagen de este nombre que existe en mi poder, una misa cantada con sermón y toda solemnidad” (AGN, 5, 1850, f. 495-496 v.).

²¹⁵ AGN, 8, 1850, f. 20-22 v.

²¹⁶ Testamento de don Tomás Antonio Valle (AGN, 3, 1830, f. 58-59 v.).

²¹⁷ Testamento de doña Dominga Cuello (AGN, 5, 1830-1833, f. 48 v.-50 v.).

años testigos notamos que mientras en 1830 representaban un 31,70 %; en 1850 la participación femenina aumentó al 36,32 %, porcentaje que se mantuvo prácticamente igual en el último año de la muestra (36,47 %). Los testadores preveían, a veces, las dificultades con las que el sexo débil podía tropezarse en el ejercicio de función tan complicada encargando a la elegida que, ante cualquiera duda, para expedirse con acierto, consultara con la persona indicada en el testamento²¹⁸.

No faltó quien, a pesar de elegir a su mujer como primera albacea, indicara al nombrado en segundo lugar la realización y práctica de las gestiones indispensables para cumplir el testamento, en consideración –aclaraba– a que ellas “demandan una atención y contracción incompatibles con las que son peculiares a la señora para el gobierno económico de la casa y familia que tiene a su cargo”²¹⁹.

La prevención de las complicaciones no era, sin embargo, objetivo exclusivo de quienes seleccionaran mujeres para ejercer la función en primer término o como únicas ejecutoras. Juan Antonio Rosende, por ejemplo, advertía a sus albaceas –sus hijos Juan Pío y María Salomé– que, para proceder, consultaran, en todo caso, “primero al señor doctor don Mariano Medrano Cura de la Piedad, a quien suplico los auxilie con sus buenos consejos para el acierto de este encargo”²²⁰. Una recomendación similar encontramos en la última voluntad de Pedro José Domínguez quien encargaba a sus ejecutores –mujer e hijo– “que siempre que les sea preciso tomar una resolución lo hagan con el consejo de mi amigo el doctor Esteves Saguí, persona de mi confianza, de cuya honradez, buena fe y honorabilidad tengo pruebas”²²¹.

Analizando la relación existente entre los testadores y los ejecutores designados, los parientes consanguíneos –ascendientes, descendientes y colaterales– representaron un 32,22 % (396 elecciones): 4 padres, 8 madres, 244 hijos, 6 nietos, 101 hermanos, 28 sobrinos y 5 primos. Con un propósito simplificador omitimos distinguir el sexo entre los seleccionados.

Mientras el parentesco por afinidad estuvo representado por 66 elecciones (5,37 % sobre 1229): 5 suegros, 15 cuñados, 34 yernos, 8 sobrinos políticos, 2 con cuñados, 1 nieto político y 1 entenada; 14 nombramientos (1,14 %) recayeron en parientes espirituales (8 compadres, 4 comadres y 2 ahijados). El vínculo adoptivo (3 casos: 0,24 %) y de crianza (2 supuestos: 0,16 %), en cambio, fue mínimamente seleccionado. Un porcentaje igualmente pobre fue el de los hijos naturales: 9 casos: 0,73 %.

²¹⁸ Fue el caso, por ejemplo de don Juan Sáenz Peña quien, luego de designar, en primer lugar, a su hija Juana, proponía, en caso de duda, consultar al doctor don Mariano Zavaleta, “por ser persona –decía– de toda mi satisfacción y confianza” (Ibidem nota 132) o de doña Petrona Pérez quien encargaba a su hija Francisca asesorarse con don Manuel Pinto (AGN, 3, 1830, f. 126 v.-127).

²¹⁹ Se trataba de doña Sebastiana Cabrera, mujer de don Toribio Lima, madre de cinco hijos, a quien éste nombraba por su guardadora. Según surge del testamento, la administración del patrimonio podía resultar difícil a la viuda por su heterogénea composición (estancias, casas, terrenos, compañías pendientes de liquidación, contratos respecto de sus criados). A esto se sumaba la institución de algunos legados piosos, de no fácil ejecución como el concerniente a la fundación de una capellanía “bien lega o eclesiástica” de dos mil pesos, dejando todo lo concerniente a la fundación, lugar, iglesia, patronos, pensiones, capellanes, etc. al arbitrio de sus albaceas (AGN, 6, 1830, f. 309 v.-311 v.).

²²⁰ Testamento de don Juan Antonio Rosende (AGN, 6, 1830, f. 65-66 v.).

²²¹ Ibidem nota 33.

Al igual que en el periodo colonial, los cónyuges cumplieron un papel destacado: 222 (18,06 %) divididos en 54 maridos y 168 mujeres. La elección, en algún caso, tuvo por objeto acordar la primacía de la cónyuge. Juan Nepomuceno Ferrero designaba, mancomunadamente, a su mujer y a sus cuatro hijos “con la condición y encargo –decía– que en los acuerdos que tengan para el arreglo y administración de mi testamentaría, el dictamen de mi esposa con el de uno solo de mis cuatro hijos, se seguirá religiosamente, y se pondrá en ejecución”²²².

En 517 (42, 07 %) ocasiones no fue posible establecer vínculo parental alguno. Algunas veces, del contexto surgía la relación existente entre el testador y el ejecutor designado. Unas veces se apoyaba en la confianza que lo había inducido a elegirlo, también, como apoderado, otras en la amistad, otras en el vínculo comercial, otras, en fin, en lazos espirituales que motivaban la elección de sacerdotes seculares como albaceas. En la mayor parte de los casos (465 sobre 517: 89,94 %) la relación entre ellos no podía establecerse de manera fehaciente.

Eran designados de mancomún o por su orden. Luego de su nombramiento, los testadores solían añadir prevenciones vinculadas con su actuación: la intervención conjunta en la operación de inventario y división de bienes y pagos que se verificasen²²³; la concesión de amplias facultades para la venta de lo conceptualizado necesario, en almoneda o fuera de ella, para, con su producto, pagar lo adeudado²²⁴; la remisión del dinero, resultante de la venta de los bienes que conformaban el caudal mortuorio, al lugar donde los herederos residían²²⁵; la separación de las cantidades y objetos indicados para ser entregadas a las personas nombradas por el testador²²⁶; etc.

A veces, al igual que en el periodo anterior, con el propósito de evitar gastos judiciales, se aconsejaba la práctica extrajudicial de inventarios, justiprecios y almonedas.

Los pedidos tenían, generalmente, contenido patrimonial. Sin embargo, no faltaron casos en que, a la vieja usanza, lo espiritual se hizo presente ora encargándoles ejecutar sufragios en beneficio propio²²⁷ o de terceros²²⁸; ora asignándoles sumas de dinero a repartir entre los pobres el día de sus funerales²²⁹. Todo esto sin perjuicio de las facultades que ejercían en torno de la organización de los funerales y exequias o de la mayor participación que les podía caber si el testador designaba como heredera o legataria a su alma.

²²² *Ibidem* nota 74 .

²²³ Testamento de don Manuel de Luque (AGN, 1, 1829-1830, f. 351 v.-353).

²²⁴ Testamento de don Alejandro Pasos (*Ibidem* nota 166).

²²⁵ Testamento de don Jacobo de Hartog (AGN, 4, 1830, f. 386-387 v.).

²²⁶ Testamento de doña María Josefa Argerich (AGN, 5, 1830-1833, f. 56 v.-59).

²²⁷ “Recomendándole especialmente –indicaba Clara Carranza– al que desempeñe este cargo, cuide con mucho empeño todo lo relativo a sufragios en bien de mi alma” (AGN, 8, 1870, f. 136 v.-137 v.).

²²⁸ “Encargándoles –decía Paulina Estrada– manden hacer un funeral en bien de mi hijo don Antonio Bailón Carrizo” (AGN, 2, 1850, f. 350 v.-351 v.).

²²⁹ Testamento de doña Gerónima Guzmán (*Ibidem* nota 24).

Como un resabio de antaño, la disposición de los bienes podía, en la voluntad del testador, quedar sujeta al contenido de comunicatos reservados, "los cuales –decía Pedro Pardo– manda que se cumplan y ejecuten a la letra sin tener por ello que dar cuenta a persona alguna"²³⁰.

El plazo legal para la ejecución del testamento era de un año. En las fórmulas notariales pervivía la costumbre de ampliarlo según la necesidad del albacea. No obstante, algunos testadores les encargaban especialmente que procedieran con la "posible brevedad" a la liquidación y conclusión de la testamentaria²³¹.

V. CONCLUSIONES FINALES

- Como en el pasado indiano, el número de testadores varones superó al de mujeres. La presencia femenina se vió, empero, acrecentada con relación al siglo XVIII.
- En el siglo XIX, cuando la espiritualidad había quedado casi circunscripta a las fórmulas notariales, descendiendo el número de otorgantes que usaban de sus postrimeras voluntades para descargar su conciencia o para cargarla con buenas obras, aumentó el número de los que testaron en sanidad. La buena salud se registró en un porcentaje mayor de mujeres. En algunos protocolos correspondientes al año 1870 este aspecto dejó de ser consignado.
- La heterogeneidad de la población bonaerense, con relación al lugar donde los testadores eran naturales, fue creciente. Aquélla se manifestó, en principio, entre los varones y, de manera progresiva, se extendió, luego, a las mujeres. Los españoles, franceses e italianos constituyeron las nacionalidades más representadas. Los primeros, más numerosos en el conjunto, muestran una presencia oscilante. Los segundos, en cambio, se notaron en persistente aumento.
- La mayor o menor complejidad de las cartas testamentarias dependía del estado civil de los otorgantes, de la existencia o no de descendencia legítima, de la concurrencia de los hijos legítimos con los naturales reconocidos y de éstos con los ascendientes legítimos del testador.
- En el conjunto de los testadores notamos la ausencia total de los frailes y la muy limitada presencia de clérigos seculares y de novicias. Éstas mantenían el mismo estilo de testar que en el período anterior.
- Del conjunto de los testadores de los que fue posible conocer la actividad que desempeñaban, los comerciantes llevaron la voz cantante.
- El nivel de alfabetización mejoró con relación al siglo XVIII. No obstante, la cantidad de testadores analfabetos fue considerable. A pesar de ello, notamos en las mujeres un aumento en el nivel de alfabetización.
- Dos aspectos más confluyeron para señalar la heterogeneidad de los testadores: la raza y la religión. Ambos originaron la presencia de dos interesantes minorías: los africanos y los no católicos

²³⁰ *Ibidem* nota 96.

²³¹ Testamento de doña Carlota Aldao (AGN, 1, 1850, f. 21-22).

(protestantes y judíos). Los primeros mostraron una presencia fluctuante. Los segundos, en cambio, una presencia en aumento.

- La institución de herederos forzosos fue la prevaleciente. No encontramos en la muestra herederos necesarios. Los voluntarios presentan un interesante ramillete de posibilidades: institución de parientes –consanguíneos, afines espirituales, de crianza y adoptivos–; institución directa del alma –propia y ajena– e indirecta a través del beneficio a personas físicas y morales e institución de varones y mujeres no vinculados parentalmente con los otorgantes. Todo esto sin perjuicio de la particular situación de la descendencia ilegítima.
- La institución de los cónyuges revistió carácter voluntario en los dos primeros años de la muestra, en tanto que en 1870 pasaron a ser herederos forzosos, en ausencia de descendientes y ascendientes legítimos del testador por expresa disposición legal vigente en la provincia de Buenos Aires desde 1858.
- Al igual que en el período anterior, la calidad de legatario recayó sobre instituciones y personas ligadas a los testadores por diferentes vínculos. El alma, propia y ajena, no estuvo, por cierto, ausente.
- El destino del legado era fijado por el testador o dejado al arbitrio del beneficiario.
- La designación de los albaceas no fue, generalmente, acompañada de mayores aclaraciones. Del contenido de las cartas testamentarias decimonónicas, podemos inferir la pervivencia plena de la legislación y de la praxis vigentes en el período anterior en materia de ejecución testamentaria.

EL CONCEPTO “ESTADO” EN LA CIENCIA POLÍTICA MODERNA.

Por Leticia Vita

RESUMEN

El presente trabajo busca rastrear la utilización del concepto de Estado en la ciencia política moderna, en especial, la norteamericana de mediados de siglo XX. Asimismo, se analizarán algunos de los debates que en los años ´80 se dieron en torno al resurgimiento del término.

PALABRAS CLAVE

ESTADO – CIENCIA POLÍTICA – CONDUCTISMO

THE CONCEPT OF "STATE" IN THE MODERN POLITIC SCIENCE.

By Leticia Vita

SUMMARY

The present work seeks to trace the utilization of the concept of State in the political modern science, especially, the North American's of the 20th century. Likewise, there will be analysed some of the discussions that in the years ' 80 were given around the reappearance of the term.

KEYWORDS

STATE – POLITIC SCIENCE - BEHAVIORAL STUDIES

EL CONCEPTO “ESTADO” EN LA CIENCIA POLÍTICA MODERNA*

Por Leticia Vita**

1. INTRODUCCIÓN

Se suele decir que el concepto de Estado, en los términos en que lo utilizamos actualmente, fue primeramente empleado por Nicolás Maquiavelo en *El Príncipe*. Sin embargo, sería posible hallar algunos usos del mismo con anterioridad a este autor. Ya en el siglo XIV encontramos el término latino *status*, junto con algunos similares en las lenguas vernáculas como *estat*, *stato* y *state* usado con generalidad para referirse a una variedad de contextos políticos. Todas estas expresiones eran utilizadas sobre todo para aludir al estado o posición de los propios gobernantes frente a los gobernados. Así, ya hacia fines del siglo XIV, el término *status* también se empleaba regularmente para hacer referencia al estado o condición de un reino o república. (Skinner, 2003)

Los estudios sobre el derecho romano hicieron que el término adquiriera una mayor difusión. En el siglo XIV en Francia e Inglaterra se discutía sobre el “estado del reino” o *estat du roilme* y aún antes, en el siglo XIII, era posible encontrarlo para referirse a magistrados, cuyo interés era el *status civitatum*, el estado o condición de la ciudad como entidad política independiente. Sin embargo, estos primeros usos de *status* fueron modificándose paulatinamente hasta adquirir de manera definitiva su significado moderno. Esta transformación podría ser rastreada en la literatura de “espejos para príncipes”, siendo la palabra *stato* usada para denotar la posición política de los gobernantes y para referirse al modo en que éstos debían comportarse si deseaban *mantenere lo stato* (Skinner, 2003) Así llegamos a Maquiavelo, que en *El Príncipe* (1513) se refiere a también a lo que los gobernantes debían hacer para mantener su posición política, pero asimismo se lo utilizaría por aquellos tiempos para hacer referencia a formas particulares de gobierno. Puntualmente, el proceso por el cual se empezó a considerar al Estado como un agente independiente y como la sede de la soberanía habría que rastrearlo en dos tendencias de la teoría constitucionalista de los siglos XV y XVI. Una de ellas sería la teoría contractualista defensora de la monarquía y la otra sería la tradición del republicanismo italiano. (Skinner, 2003) Ambas tradiciones dejan de hablar de gobernantes preocupados por “mantener su estado” y comienzan a usar *status* o *stato* como el nombre de ese aparato de gobierno que nuestros gobernantes tienen la obligación de mantener y preservar. Sería finalmente en el siglo XVII cuando teóricos legitimadores de las formas absolutistas –Bodin, Hobbes- distingan los poderes del Estado, no solo de los poderes de los gobernantes sino también de los de la comunidad.

* Este trabajo fue realizado en vinculación a los temas debatidos en el marco del seminario de doctorado “Teoría Política” dictado en la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA por el Prof. Dr. Arturo Fernández.

** Lic. en Ciencia Política (UBA), Abogada (UBA) – Docente auxiliar de Teoría del Estado –Becaria de doctorado CONICET – Miembro adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” desde el año 2007 – Integrante del Proyecto UBACYT DO17, “*El anarquismo, la genealogía del Estado y la de-construcción del discurso constitucionalista*”, dirigido por el Prof. Anibal D’Auria.

Ahora bien, la ciencia política moderna, reconocida como disciplina autónoma a mediados del siglo XX, ha tenido una relación cambiante con el término Estado. El pensamiento entroncado en la corriente conductista ha preferido reformular su metodología y sus términos desligándose de todo posible viso de irracionalidad y vaguedad. Es así que la noción de Estado sería reemplazada por la de "sistema político" o la de "gobierno", y quedaría rezagada por varios años de la ciencia política a no ser por las llamadas corrientes estatistas o neoestatistas de corte marxista, que en los años '70 reinstalarían el uso de este término en la disciplina.

Algunos de estos debates y ciertos de sus alcances serán el eje central del presente trabajo. La excusa es utilizar el tratamiento que ha recibido el concepto de Estado, a fin de dar cuenta de las características de ciertos debates en la ciencia política y de las grandes dificultades que se plantean en la construcción de un único corpus de conocimiento en la disciplina. Para esto, primero se tratarán algunas de las principales cuestiones que se plantearon en torno al abandono de la noción de Estado por parte, principalmente, de las teorías sistémicas de la política de los años '50 y '60. En segundo lugar, se plantearán algunas de las tesis centrales de Gabriel Almond en una obra de 1988 de referencia ineludible de la disciplina. Gabriel Almond publicaba, en el número 21 de la revista *Political Science*, bajo el título *Separated Tables*, su diagnóstico de la situación de la Ciencia Política de su tiempo y la caracterizaba por su gran fragmentación epistemológica. Fragmentación que el tratamiento de la cuestión del Estado ilustra claramente. Es así que en último lugar se presentarán algunas aristas del debate que se diera entre al mismo Almond y un grupo de politólogos también en el año 1988 en relación al llamado "retorno del Estado".

2. EL ABANDONO DEL ESTADO

La base metodológica de la ciencia política antes del siglo XX se cimentaba en torno a conceptos como justicia, derecho, sociedad, soberanía o Estado. Antes que un perfil investigativo y propositivo apuntaba a la interpretación y el conocimiento histórico. Durante la segunda mitad del siglo XIX la idea de Estado sustentaba la mayor parte de los estudios políticos. Se buscaba analizar sus elementos constitutivos y se consideraba al concepto desde dos puntos de vista: como elemento subjetivo-ideológico, en la búsqueda de un mejor gobierno y desde una perspectiva institucional, considerando al Estado desde parámetros evolucionistas, históricos y comparados. En otras palabras la ciencia política del siglo XIX se preguntaba moral o jurídicamente por la naturaleza, el origen y la evolución del Estado, a partir de una mirada hermenéutica y de descripciones comparadas de las distintas formas de gobierno. (*Estudio introductorio*, Almond, 1999)

Siguiendo la distinción que Norberto Bobbio (Bobbio, Matteucci y Pasquino, 1981) lleva a cabo entre ciencia política en sentido amplio y estricto, podemos afirmar que el rechazo a la utilización de la noción de Estado ha venido de la mano del segundo grupo de estudios. Es decir, de aquellos estudios sobre lo político con altas pretensiones de científicidad. Estos análisis habían intentado diferenciarse de aquellos que se vinculaban especialmente con el estudio de las instituciones y en especial con la del Estado, como actor dominante de lo institucional (Prélot, 1964). La "ciencia empírica de la política" o

"ciencia de la política" intentó desde sus inicios separarse de la matriz tradicional del derecho, la filosofía política y la historia y así:

"habiéndose distanciado en esta forma de las disciplinas que habían constituido la fuente de una parte tan grande de la ciencia política tradicional o clásica, los conductistas trataron de encontrar inspiración y ayuda en otras disciplinas más cercanas a sus intereses y a sus necesidades". (Bobbio, Matteucci y Pasquino, 1981, 287)

Los estudios conductistas de la política serían los que iniciarían así este quiebre en la orientación y metodología de los análisis políticos. Se orientaron a las disciplinas "duras", tomando como modelo a la rigurosa ciencia de la física y recibieron influencias de la psicología conductista de la época. Fuertemente enraizados en la tradición de investigación norteamericana estos estudios encontrarían su apogeo en los años '50 y '60. Por esos tiempos las teorías sistémicas de David Easton y Gabriel Almond constituirían uno de los mayores esfuerzos por brindar a la ciencia política conductista una teoría general en que pudiera dar cuenta de los múltiples hallazgos empíricos que la disciplina estaba produciendo. (Pinto, 1995) de hecho Easton publicaría en 1953 *The Political System*, obra referente de la disciplina en la que realiza su primer intento de diseñar una teoría general de la política.

El éxito del concepto "sistema político" en la ciencia política norteamericana fue indudable. Su uso en lugar del de Estado, obedeció a una necesidad manifiesta de separarse de las reminiscencias jurídicas y filosóficas que aparejaba este último. Los estudios de Easton resaltan la conveniencia de interpretar la vida política como una serie compleja de procesos mediante los cuales *ciertos tipos de insumos se convierten en el tipo de productos que podemos denominar políticas autoritativas, decisiones y acciones ejecutivas* (Easton, 1969a) Para él, el sistema político podría ser definido como:

"... aquellas interacciones por medio de las cuales se asignan autoritativamente valores en una sociedad; esto es lo que lo distingue de otros sistemas de su medio. Dicho ambiente mismo puede dividirse en dos partes: la intrasocietal y la extrasocietal." (Easton, 1969a, 221)

Esto lo lleva a definir a la política como la asignación autoritativa de valores, que es resultado de una interacción sistémica, marginando conceptos como Estado, institución o ley. (Pinto, 1995) En 1965 publica *Esquema para el análisis político*, en donde desarrolla un esquema para el estudio sistémico de la política y en el que declara explícitamente su objetivo de generar una teoría general para la disciplina:

"La elección del análisis sistémico como enfoque principal de la teoría política refleja solo una entre muchas estrategias significativas posibles para conseguir una teoría política general. Pero se trata de una estrategia que nos permite aprovechar una revolución conceptual ya muy avanzada, no solo en varias disciplinas conexas sino también en las ciencias naturales y biológicas." (Easton, 1969b, 17)

El enfoque de Easton, pretendía aproximar para el conjunto de las ciencias sociales "la edad de la teoría", asociada, por supuesto, a la adopción de los métodos de la ciencia empírica. A diferencia de las grandes teorías políticas tradicionales, la nueva teoría pretendía ser analítica, no sustantiva, y explicativa más que ética, menos particular y de mayores alcances. (Easton, 1969b)

La defensa de la noción de sistema político perdura en Easton aún en trabajos más recientes. En un artículo de 1981 llamado *The Political System besieged by the State*, Easton se refiere al futuro de la idea de "sistema político" y justamente parte de señalar el resurgimiento del concepto "Estado" en los estudios políticos. Resurgimiento porque antes de los años '50, como se ha señalado, el Estado era uno de los conceptos orientadores dominantes en la ciencia política occidental, no sólo en el pensamiento marxista sino en la ciencia convencional también. La idea misma de sistema político se desarrollaría luego con la intención de evitar las "irracionalidades ambiguas" del término Estado. (Easton, 1981) De hecho, el concepto se seguía utilizando para hablar de la arena internacional, pero no para referirse a los asuntos de política interna. El llamado "resurgimiento del Estado" de los '70, aparece no sólo en las corrientes de pensamiento de izquierda, fundamentalmente marxistas, sino también en el pensamiento de derecha.

Sin embargo, Easton sostiene que específicamente en el pensamiento marxista, si examinamos cuidadosamente los escritos de autores tan diversos como Miliband y Poulantzas, podremos encontrar que más allá de su vocabulario "estatista", ambos autores no han podido resistir a la tentación de moverse en dirección a los análisis sistémicos. (Easton, 1981) Aún más, sostiene Easton que no hay nada sacrosanto en el término Estado para un marxista ortodoxo ya que la perspectiva central del marxismo depende menos en la noción de Estado que en la de modo de producción, clase, lucha y contradicción. Para Easton una cosa es clara: puede que el Estado haya sitiado, asediado al sistema político en los años '80, pero esto no significa que en las siguientes décadas pueda desplazar al sistema político como concepto central del análisis y la investigación política. Esta posibilidad representa para Easton la amenaza de retornar a un concepto tan confuso del que pensamos que podíamos escapar.¹ (Easton, 1981)

Por su parte Gabriel Almond -quien fuera elegido presidente de la Asociación Americana de Ciencia Política en 1966- fue también un gran difusor del término sistema político en reemplazo del de Estado. Almond ha resaltado la importancia de la noción de sistema político como orientadora de los estudios políticos en varias oportunidades. En un artículo publicado en la *American Political Science Review* en 1966 llamado *Political Theory and Political Science*, sostiene que la introducción de la noción de sistema político representa un genuino e importante paso hacia la dirección de la ciencia. De hecho, afirma que en aquellos tiempos un nuevo paradigma se está desarrollando en la ciencia política y que la principal ventaja del concepto es que diferencia analíticamente el objeto de estudio de su ambiente dirigiendo la atención a la interacción del sistema con otros sistemas en su ambiente y a sus propiedades de adaptación.

¹ Easton confía en que la presión histórica hacia un análisis más riguroso junto con los imperativos actuales en la investigación lleven a aquellos que fantasean con la idea del estado a replantearse este intento: "We can only hope that the historic pressures toward more rigorous analysis, together with the current imperatives of applied research, will force those who are today flirting with the idea of the state to pause long enough to question its theoretical

3. MESAS SEPARADAS DE LA CIENCIA POLÍTICA

Gabriel Almond, publica en el año 1988 el artículo "Mesas separadas: escuelas y corrientes en las ciencias políticas", que luego sería incluido en su libro *Una disciplina segmentada. Escuelas y corrientes en las ciencias políticas* (1999). Allí postula que en los años ochenta no hay una mesa central en la que las diferentes vertientes de la ciencia política en el mundo puedan confluír, sino que el debate se da entre diferentes corrientes. Ya en el momento final de su carrera lamenta que prevalezca en la disciplina lo que el llama *una incómoda fragmentación*. Este hecho ha provocado para el norteamericano un molestar de tipo anímico ente los profesionales que perciben que, si bien la ciencia política ha prosperado materialmente, no es una profesión feliz. (Almond, 1999)

La ciencia política moderna estaría dividida para Almond en cuatro mesas separadas: la izquierda blanda, la izquierda dura, la derecha blanda y la derecha dura. Y el problema principal se encontraría en los extremos de estas mesas:

"Las mesas exteriores de este enorme refectorio disciplinario están muy bien iluminadas y visibles, en tanto que el gran centro permanece en la penumbra. Es lamentable que el humor y la reputación de la disciplina de las ciencias políticas estén tan influidos por estas posturas extremas. Esto se debe en parte a que los extremos suelen ser sumamente audibles y visibles –la izquierda blanda emite un ruido de fondo permanente y flagelante, y la derecha dura produce los refinados modelos matemáticos y estadísticos que aparecen en las páginas de nuestras revistas especializadas." (Almond, 1999, 42)

Podríamos decir que el debate en torno al concepto de Estado es sumamente ilustrativo del poco acuerdo teórico existente entre estas "mesas separadas de la política". Siguiendo la clasificación de Almond en estas cuatro vertientes teóricas, podríamos afirmar que justamente sus extremos -la derecha dura y la izquierda dura- son aquellos que menos han acordado en torno a la noción de Estado. Asimismo, y para nada menos importante, cada una de estas ramas intenta mantener y divulgar su propia versión de la historia de la Ciencia Política.

La llamada "derecha dura" estaría mayormente preocupada por adoptar una metodología rigurosa y tendería a considerar las formas de análisis histórico como productos menores de la disciplina. Estaría compuesta fundamentalmente por los estudios económicos de la política como los de la Teoría de la Elección pública, que claramente privilegia nociones como la de mercado a la de Estado en el centro de sus análisis políticos. Del lado de la "izquierda dura" se encontrarían para Almond las posturas que utilizan una metodología científica para probar proposiciones derivadas de la teoría socialista y de la dependencia, y que en líneas generales carecen de "profesionalismo". (Almond, 1999)

adequacy and its operational potential for continued empirical and theoretical research of the highest quality." (Easton, 1981, 322)

Para Almond, la aspiración a la conformación de cierto corpus común de conocimientos y metodología se ve plasmada en que la historia de la ciencia política no apunta hacia ninguna de las mesas extremas, sino que siempre ha apuntado hacia la porción central del comedor, *en donde sus ocupantes son partidarios de metodologías mixtas y aspiran a la objetividad*. Señala Almond que la mayoría de los politólogos – eclécticos metodológicamente- se sentirían incómodos sentados en las mesas lejanas del centro. Asimismo, entiende que por un lado la renuncia al profesionalismo por parte de las corrientes de izquierda dura y la autoadjudicación de profesionalismo que lleva a cabo la Teoría de la Elección Pública, son absurdos que la mayoría de los politólogos no están dispuestos a soportar. Especialmente aquellos que intentan volver a las metodologías tradicionales de la ciencia política como son el análisis filosófico, legal e histórico y la descripción institucional.

La fragmentación de la disciplina no tiene en Almond una connotación positiva. Es claro que considera que si un área de conocimiento pretende desarrollarse como ciencia, uno de sus principales objetivos sería el de tratar de lograr un cuerpo común de conocimientos y metodologías que le den rigurosidad. Los extremos de la ciencia política solo han logrado alejarla de aquellas disciplinas que sí han conseguido acordar sobre sus supuestos epistemológicos.

4. EL DEBATE SOBRE “EL RETORNO AL ESTADO”

En este recorrido por los cambios y debates en la ciencia política en torno a la noción de Estado, es interesante analizar otra polémica. Esta se planteó a fines de los años ochenta, en torno a la percepción que diversos politólogos tenían acerca de la pérdida de la centralidad del concepto de Estado en la década del cincuenta y la posterior reaparición del mismo en los setenta. El punto de partida de este debate lo da Almond, en su artículo de 1988 “*The Return to the State*”, (Almond, 1999) en el que analiza el previo desplazamiento del concepto y su “reaparición” posterior, de la mano de las teorías marxistas o neomarxistas. Como se mencionó anteriormente, la desaparición de este término se dio en beneficio de otros como el de gobierno o de sistema político:

Conforme el concepto de Estado fue cayendo en desuso en la corriente general de las ciencias políticas, vinieron a sustituirlo términos tales como gobierno y, más adelante, sistema político. La tendencia a abandonar y sustituir el concepto de Estado se atribuyó a la enorme movilización política que aconteció en el mundo occidental durante los siglos XIX y XX, así como a la consiguiente proliferación de nuevas instituciones políticas –partidos políticos, grupos de presión, medios masivos de comunicación, etc. (Almond, 1999, 263)

La idea de sistema político, paso a describir tanto a las instituciones legalmente constituidas y con poder legítimo de coerción –que anteriormente daba cuenta la noción de Estado- como a las nuevas instituciones extra y paralegales como los partidos políticos, los grupos de interés, los medios masivos de comunicación, junto con instituciones sociales como la familia, la escuela y la iglesia, (en la medida en que éstas incidieran en los procesos políticos). Una de las principales críticas a los enfoques estatistas, por parte de los pluralistas, ha sido la de haber desatendido variables extraestatales como los partidos políticos,

los grupos de interés y los medios masivos de comunicación. Esto para Almond reflejaría que su modelo de explicación política resulta inferior a los que ellos critican. (Almond, 1999)

Como se mencionó, no toda la ciencia política –al menos la ciencia política en sentido amplio– dejó de lado al concepto de Estado. Puntualmente, para los marxistas y neomarxistas, el Estado continuó siendo un concepto central, el instrumento mediante el cual la clase capitalista controlaba el orden social. Para los marxistas, el asimilar al Estado con el sistema político consistía en un mero artilugio para eludir la realidad de la lucha de clases. (Almond, 1999) La preocupación central de Almond con respecto a la vuelta al Estado consiste en que la pretensión del movimiento neoestatista es volver a *conceptos amplios y relativamente indefinidos* como los de Estado y sociedad. (Almond, 1999, p.287) Estas perspectivas estarían ignorando los avances metodológicos que la ciencia política de mediados del siglo XX llevó a cabo de la mano de la revolución conductista. El norteamericano es muy rotundo en su crítica:

Los neoestatistas escriben acerca de "Estados fuertes y débiles" y "sociedades fuertes y débiles"; sin embargo, no está muy claro lo que entienden por fuerza y debilidad. Tales concepciones engloban tantas dimensiones que ellos no pueden esperar que se tome en serio ese enfoque de investigación. De hecho resulta irónico que el movimiento estatista que constituye su concepto central no esté claramente especificado, o que cuando se especifica, se asemeje mucho a las definiciones que se dan de gobierno, sistema político y otros términos que abarcan la totalidad de los fenómenos políticos descriptos e la bibliografía general de las ciencias políticas. (Almond, 1999, 287)

No obstante, Almond entiende que la corriente estatista, pese a fracasar en su polémica contra el pluralismo y no convencer en sus formulaciones positivas, es merecedora de algún tipo de reconocimiento. Específicamente de un reconocimiento en el plano heurístico. Para Almond:

Es un hecho en la historia del saber que el "remover las cosas", incluso en una iniciativa intelectual *sin mérito sustantivo*, a menudo resulta provechoso. Las disciplinas académicas se caracterizan por recorrer una y otra vez caminos trillados, volverse repetitivas o empantanarse en modificaciones intrascendentes o enmiendas improcedentes. Una *rabieta académica* puede servir para sacudir la apatía y alertar la mente a nuevas posibilidades. (Almond, 1999, 292) ²

Asimismo, el estatismo tuvo el logro de atraer la atención hacia la historia de las instituciones, y en particular, a la de la administración. Sin embargo es evidente que en su artículo de 1988 predominan las críticas y no los reconocimientos. Para Almond, el estatismo:

...incitó a una generación de jóvenes analistas a que desecharan gran parte de su legado académico mediante poco más o menos que una despedida paradigmática. Además, se les instó a que adoptaran una ambigua fraseología en vez de una tradición de rigor operacional arduamente adquirida. (Almond, 1999, 293)

Ese mismo año, un grupo de politólogos respondería críticamente a los dichos del norteamericano. Nordlinger, Lowi y Fabbrini, publican en *The American Political Science Review*, *The Return to the State: Critiques* (1988). En este artículo cada uno da su visión acerca de los "excesos" de Almond en su diagnóstico de la situación. El punto central es el de rebatir esta primera "desaparición" del Estado aduciendo que en realidad el Estado nunca se desvaneció sino que solamente estaba oculto. (Lowi, 1988)

Nordlinger basa su crítica a Almond respondiendo a la supuesta centralidad de la literatura estatista exclusivamente en el Estado y su abandono de la sociedad civil como categoría de análisis. Sostiene que el estatismo sí es capaz de proveer una "vuelta" a la sociedad. De hecho, una perspectiva estatista no necesitaría sugerir que el Estado generalmente tiene un mayor impacto sobre la sociedad que la sociedad sobre el Estado. Pero sin, de ninguna manera, minimizar la importancia de los actores sociales y variables, el Estado puede ventajosamente tener una prioridad analítica. Por encima y debajo del impacto del Estado sobre la sociedad, el "mainstream" de la disciplina esta casi exclusivamente preocupado con los aspectos de la sociedad que directa o indirectamente, o tangencialmente afectan al Estado, sus estructuras, su funcionamiento y sus políticas. (Nordlinger, 1988)

La crítica de estos autores, también incluye una puesta en duda de los avances – en cantidad de datos y rigurosidad metodológica- que la ciencia política dice haber tenido desde 1940 en adelante. Es innegable que los empiristas de la política han aportado a la disciplina múltiples datos de utilidad, sin embargo esta gran generación de politólogos fue una generación sin teoría y según Lowi, Almond comete el error de no verlo. También recibirá cuestionamientos el propio concepto de sistema político, para Lowi, ni Easton ni nadie, se tomó el trabajo de "mirar dentro de la pequeña caja negra" en la que inputs, outputs y feedbacks operaban.

La abstracción extrema del término junto con su generalidad también son un problema: el sistema político lo era todo, por lo que no era nada. (Lowi, 1988) Lowi concluye que el Estado –como el poder- es un término propio de la disciplina que demanda una mirada propia de la misma y que solo adquiere sentido en su contexto. No puede ser estudiado directamente ni tampoco es tan necesario en los análisis empíricos de la política diaria. Los neoestadistas estarían efectivamente trayendo el Estado al debate nuevamente, sin embargo sus razones no serían las correctas. El punto no sería hacer del Estado una variable, sino el de convertir a la ciencia política, a través de un nivel nuevo y más elevado de discurso, en una disciplina merecedora de la democracia constitucional: científica, teórica, histórica y crítica.

Fabbrini, por su parte, sostiene que Almond, con elegancia y autoridad examina la lógica que ha y sigue proveyendo las bases de la crítica estatista al *mainstream* de la ciencia política. El ataque de Almond tendría tres objetivos:

1. Demostrar que una interpretación en términos sociedad-céntricos del pluralismo y el estructural funcionalismo de posguerra es infundada.

² La bastardilla es propia.

2. Que también es infundada la pretensión de la literatura estatista de haber formulado un nuevo paradigma más apropiado que los que critica.
3. Que el beneficio que podría devenir a la investigación política de este "retorno al Estado" ha sido mucho menor que el costo que ha producido a la comunidad científica.

Almond, según Fabbrini, habría alcanzado con éxito el primero de sus objetivos y parcialmente el segundo de ellos. Con relación al primero, habría demostrado que la crítica estatista puede ser parcialmente justificada solo cuando se la aplica al pluralismo clásico, que efectivamente subestimaba el grado de autonomía disponible para el Estado en el proceso de producción de políticas públicas. Pero por otra parte, el tratamiento que hace Almond del marxismo no es para nada exhaustivo, la complejidad del debate sobre la naturaleza capitalista del Estado o la relativa autonomía del mismo descarta una lectura excesivamente simplista. Y Almond cometería ese error.

Con respecto al segundo objetivo, Fabbrini sostiene que Almond esta probablemente en lo cierto al criticar la vaguedad de ciertos conceptos como "Estado", "Sociedad", "Estado débil", "Estado fuerte", que han sido introducidos por las escuelas de orientación estatista. Sin embargo, no parece querer llevar a cabo ninguna conclusión sobre las razones de esta vuelta a utilizar ciertos conceptos que parecían haber sido definitivamente suplantados en el desarrollo científico de la ciencia política. De esta manera estaría dejando de lado las "verdaderas razones" de la reaparición del paradigma estatista. Este ciertamente, no se debería al esfuerzo de la literatura de corte marxista o neomarxista por reintroducir estas nociones, sino que tendría sus orígenes en un cambio en las relaciones entre lo público y lo privado, a partir del desarrollo del *Welfare state*. Es decir, que se encontraría en factores ajenos al desarrollo exclusivamente teórico y tendría que ver con cambios en las relaciones entre Estado y Sociedad en las décadas del '60 y del '70.

Finalmente, con relación al tercer objetivo de Almond –sobre los efectos negativos de la literatura estatista para la metodología de la disciplina- Fabbrini tiene serias dudas de que Almond pueda demostrar esto de manera acabada. La pregunta sería si un "retorno al estado" encarna un retorno al estudio de las formas legales del poder político –una vuelta a la elaboración de conceptos abstractos- o representa una mayor preferencia entre los politólogos hacia el estudio de los arreglos institucionales y su importancia por la evolución del sistema político. Fabbrini cree que se trataría del segundo caso: la importancia que lo institucional ha cobrado en los últimos años explica la centralidad que ha vuelto a tener el Estado y no así algún intento por cambiar la metodología de la ciencia política.

Aún mas, sostiene que es probable también, que estemos más que ante un debate en torno a dos formas opuestas de encarar la metodología, frente a una controversia que tiene mas asidero en la oposición de dos teorías de la democracia: una empírica (Anglo-americana) y otra racionalista. (Europeo Continental)

5. CONCLUSIONES

Muchas cuestiones podrían plantearse a partir de lo presentado anteriormente. Sobretudo asuntos vinculados a la propia naturaleza de la disciplina como ciencia. Es en este punto que podemos afirmar que los debates en torno a cuestiones como metodología pueden encerrar muchas más cosas que reglas de método, ya que por medio de ellos se juega muchas veces el carácter "científico" de una disciplina. Y la ciencia política desde sus orígenes ha lidiado, como la mayor parte de las ciencias sociales, con comparaciones con las ciencias "duras" y "eficaces".

Que la ciencia política se defina actualmente por su carácter fragmentado ¿qué significa?, ¿es algo positivo o negativo?, ¿la aleja de los desarrollos científicos "serios"? Para algunas corrientes, especialmente las más rigurosas metodológicamente hablando, es claro que constituye uno de los factores del "atraso" de la ciencia política en relación con otras disciplinas. La poca capacidad de previsión y prevención de fenómenos sociales, sería prueba de ello. Para otros, mucho más laxos en el procedimiento de sus investigaciones, esto no sería una prueba de atraso sino de la alta complejidad y particularidad de los fenómenos sociales.

En este marco, el concepto de Estado es solo un ejemplo de las muchas cuestiones que en la disciplina de la ciencia política aún no están zanjadas. Pero además, implica ciertas elecciones de carácter más ideológico en torno a la prioridad de algunos elementos. En otras palabras, preferir en la articulación entre Estado y Sociedad a uno de los dos extremos significa priorizar también una manera de ver los fenómenos sociales y por ende lo político. Pensar que lo social se puede explicar casi exclusivamente desde la noción y la actuación del Estado es perder de vista varios fenómenos de peso. Asimismo, hacer prevalecer a la sociedad civil como eje de estudio, esconde ciertos fenómenos que sólo se pueden explicar desde la lógica estatista.

No es curioso que justamente aquellas teorías más próximas a estudios críticos del Estado y la sociedad capitalista –como el marxismo– prioricen en sus estudios aquella noción que pretenden destruir y, en algunos pocos casos, mejorar. Paralelamente, ciertas visiones de lo político mucho más conservadoras en cuanto al cambio social y a la crítica de la sociedad tal como esta organizada, manejan una mirada de lo político que parte siempre de la sociedad civil y prácticamente "olvida" al Estado. O aún más, lo reemplazan por una noción como la de sistema político, que si bien tiene la ventaja de abarcar fenómenos que el Estado no, tiene el problema de no problematizar lo que pasa y se decide dentro suyo.

¿Cuál es entonces la "mesa" superior de la política? Parece difícil decidir que alguna de estas ramas tenga más aciertos en el desarrollo de la disciplina. Los aportes brindados por el pluralismo y por las corrientes estatistas son indudables. Si embargo, pareciera que la búsqueda de la disciplina por lograr acuerdos en el "centro del comedor" aún tiene muchas cuestiones que trabajar en el futuro. Aquella corriente que lo logre, seguramente se presentará como la dominante en la disciplina de los próximos años.

6. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALMOND, G. (1966). "Political Theory and Political Science". En *The American Political Science Review*, 1966, 60, 4, 869-879. Recuperado el 7 de mayo de 2008, de <http://www.jstor.org/stable/1953762>
- ALMOND, G. (1999) *Una disciplina segmentada*. México, Fondo de Cultura Económica, 1999
- BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G. (1981). *Diccionario de política*. México D.F., Siglo XXI, 1998
- EASTON, D. (1969a) *Enfoques sobre teoría política*. Buenos Aires: Amorrortu, 1969
- EASTON, D. (1969b) *Esquema para el análisis político*. Buenos Aires, Amorrortu, 1979
- EASTON, D. (1981) "The political System besieged by the State". En *Political Theory*, 1981, 9, 3, 303-325. Recuperado el 2 de mayo de 2008, de <http://www.jstor.org/stable/191091>
- NORDLINGER, E. & LOWI, T. & FABBRINI, S. (1988) "The return to the State: Critiques". En *The American Political Science Review*, 82, 3, 875-901. Recuperado el 7 de mayo de 2008, de <http://www.jstor.org/stable/1962496>
- PINTO, J. (1995) *Introducción a la Ciencia Política*. Buenos Aires, EUDEBA, 1999
- PRÉLOT, M. (1964). *La ciencia política*. Buenos Aires, EUDEBA, 1964



MISCELÁNEAS

APUNTES A LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN TÍPICOS, ATÍPICOS Y MIXTOS

Por Bruno Leonardo Cámara Carrá

RESUMEN

El artículo presente trata de la estructura lógica de la clasificación de los contratos en típicos, atípicos y mixtos, con base en la legislación civil argentina. Empieza su desarrollo con el aporte de varias definiciones de naturaleza lógica y ontológica para después aplicarlas a un análisis científico acerca de las categorías arriba nombradas. También se hace un breve resumen histórico de ésta clasificación para demostrar a través de ello cómo y cuando ella se alejó de sus orígenes más antiguas en el Derecho Romano. Para terminar, serán realizadas otras tantas consideraciones de carácter sistémico para igualmente demostrar que los denominados "contratos mixtos" parecen ser más un equívoco de evaluación de la doctrina actual.

PALABRAS CLAVE

CONTRATOS - CLASIFICACIÓN - MIXTOS - ESTADO ACTUAL - ANALISIS LÓGICO.

NOTES TO THE CLASSIFICATION OF THE CONTRACTS IN TYPICAL, ATYPICAL AND MIXED

By **Bruno Leonardo Cámara Carrá**

SUMMARY

The present study is concerning about the logic structure of the classification of contracts on typical, atypical and mixed, choosing as reference the Argentinean Private Law. Starts bringing several definitions from the logical and ontological subject to, later, apply them to make a scientific analyze of the nominated categories. Also, it is done a quick historical development of that classification, on way to demonstrate how and when it went away from its early origins at the Roman Law. Finally, it is done a several considerations of systematic matter in order to prove that the so-called contracts mixed are nothing but a real misjudge of the modern doctrine.

KEYWORDS

CONTRACTS – CLASSIFICATION – MIXES – ACTUAL STAGE – LOGICAL ANALYSIS.

APUNTES A LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN TÍPICOS, ATÍPICOS Y MIXTOS

Por Bruno Leonardo Câmara Carrá*

1. Introducción. El problema de las clasificaciones en Derecho

La actividad de clasificación es elemental en cualquier ciencia. En la biología, es famosa la clasificación de la vida hecha por Lineo siglos atrás. En la química, los elementos están agrupados bajo una tabla, denominada periódica.

En todos los casos se busca adoptar un criterio cualquiera que ayude al científico a comprender y a explicar la parcela de la realidad que es objeto de su estudio. Para eso, deberá partir de ciertos padrones teóricos que son tomados justamente para permitir un agrupamiento de hechos, cosas o datos bajo ellos. Estas son las denominadas *categorías*.

Los teóricos del derecho, los juristas, también están acostumbrados a hacer clasificaciones. Entretanto, como en la ciencia del Derecho no hay cómo proceder a la verificación experimental de los enunciados normativos, sólo queda el rigor de la lógica como instrumental para conferir un mínimo de seguridad a sus taxonomías.

No obstante, tal circunstancia en nada sensibiliza a los juristas, quienes insisten en aprovechar la imposibilidad (o por lo menos la diminuta posibilidad) de contrastación empírica de sus fórmulas no para frenar sus ímpetus artísticos, sino contrariamente para, casi sin pudor, presentar una panacea de clasificaciones para todos los gustos, paladares y sensaciones.

Roberto José Vernengo, tomando como verdadera la crítica de Leibniz, por la cual la labor teórica de los juristas consiste en elaborar complicadas e inútiles clasificaciones, descarga una severa censura a las clasificaciones comúnmente hechas en Derecho que no tienen, en general, rigor lógico y, por eso mismo, resultan vagas y sin valor científico:

“Para una clasificación puramente lógica, las modalidades normativas utilizadas – prohibiciones, deberes y facultades – constituyen una partición suficiente, pero cuál sea la lógica modal deóntica a la que se recurre puede ocasionar divergencias en la taxonomía: así se encuentran en la literatura

* Doctorando por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Maestría en Derecho por la Universidad Federal del Ceará - Juiz Federal (Titular da 16ª. Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará).

dogmática referencias a derechos-deberes, como sucede con algunos de los derechos humanos consagrados por documentos internacionales y muchas constituciones.”¹.

La violación de varias reglas de la Ontología y de la Lógica produce, casi siempre, la introducción de tipos taxonómicos extravagantes como los que se suele denominar de *ecléticos*, *mixtos* o de *tercius genus*. Es decir, son agrupados en un mismo concepto términos entre sí contrarios.

Eso se hace con olvido de la regla que la Lógica clásica denomina como el principio del tercer excluido (*tertium exclusum ou tertium no datur*), que enuncia que entre dos proposiciones que juntas forman una contradicción no hay una tercera posibilidad (*inter duo contradictoria non este médium*). Es decir, la tercera está excluida. Así *o A es B o A no es B* (o bien *P* es verdadera, o bien su negación $\neg P$ lo es).

Esa regla se supone en conjunto con los principios de la contradicción y de la identidad, que en resumen establecen las bases de la Lógica tradicional, y genera como consecuencia ontológica el hecho de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, como explican los filósofos desde Aristóteles.

Es decir, si un enunciado significa algo no puede significar, al mismo tiempo, lo contrario de lo que indica, pero también ya no admite la creación de una fórmula *mixta*, que se agregue a ambas, ya que ellas se excluirían mutuamente.

De esta forma, por ejemplo, no es aceptable hablar de individuos blancos, negros y todavía blancos-negros. Sería posible hablar de amarillos, rubios, o mismo verdes, como en la ficción, pero nunca de una categoría que contuviera dos colores que por definición se excluyesen.

Si las proposiciones son evidentes por sí mismas y si ambas son entre sí contradictorias, no es posible la creación de un *tercer genus* que reúna a ambas en una única categoría, ya que las estructuras conceptuales generadas por ella recíprocamente se anularían.

Pero adviértase que el término *contradictorio* no es empleado como sinónimo de *contrario*, debiéndose realizar la distinción entre ambos términos. Dos *contrarios* pueden formar una secuencia de enunciados con validez lógica, así como una cierta categoría puede contener en su formulación dos *contrarios lógicos*, pero no su concepto ya que ahí llegaríamos a una situación de *contradicción*².

Así, entre dos juicios contrarios puede darse un término medio. En cambio, entre dos juicios contradictorios ello no sería posible.

¹ VERNENGO, Roberto José. Descripciones y Clasificaciones en Derecho. *Dianoia / Anuario de Filosofía*. México, Vol. XXXIX, 1993. p. 244.

² “Dos posiciones son contradictorias entre sí cuando una equivale a la negación de la otra, de tal modo que no pueden ser las dos verdaderas ni las dos falsas: “llueve” y “no llueve”; “hace frío” y “no hace frío”. En cambio, dos proposiciones son contrarias cuando son incompatibles (es decir, no pueden ser ambas verdaderas) pero dejan entre ellas un espacio para otras posibilidades. Así, contraria de la “pared es blanca” sería “la pared es negra”; pero contradictoria es “la pared no es blanca” [...] Dos proposiciones contrarias pueden ser ambas falsas, pero entre dos proposiciones contradictorias (es decir, entre una proposición y su negación lisa y llana) alguna tiene que ser verdadera. La pared es blanca o bien no lo es (por ser negra, gris, verde o de cualquier otro color).” (ECHAVÉ, Delia Teresa; GUIBOURG, Ricardo A.; URQUIJO, María Eugenia. *Lógica, Proposición y Norma*. Buenos Aires, Astrea, 2002. pp. 86-87).

El desastroso efecto de la admisión como verdadero de un enunciado contradictorio **nos** es develado por la fórmula comúnmente atribuida a Duns Scotus o al Pseudos-Scotus de que de una contradicción cabe inferirse cualquier cosa.

En un sistema de permisiones, prohibiciones u obligaciones como es el Derecho, eso representaría el convertir en siempre permitidos, o siempre prohibidos, o bien en siempre obligatorios todos los enunciados normativos, lo que significaría la propia insubsistencia práctica, además de teórica, del sistema.

Otras veces, los juristas toman un dato particular por universal y viceversa, lo que produce una inversión de contenido que destroza la estructura interna de la taxonomía.

Me refiero en ese último caso al empleo casi irresponsable de las categorías esencia (*universal*) y existencia (*particular*) que los juristas insisten en no respetar al hacer sus clasificaciones.

Cuando se clasifica algo se está, en primer lugar, haciendo un juicio acerca de ese algo. Es decir, se está proponiendo un predicado a un sujeto. Tales predicados atribuyen propiedades al sujeto. Entonces clasificar es, en resumen, decir que un sujeto se encuentra bajo tales o cuales propiedades o características.

Pónganse a consideración, las dos ya mencionadas propiedades: alto y bajo. Si se predica que Juan es alto, se está afirmando que el hombre Juan integra la clase de los altos. Vale decir, Juan es alto y no bajo (su opuesto categórico).

Cuando las propiedades son predicadas respecto de todos los seres contenidos en el universo considerado (universo del discurso), aparecen los juicios universales. En las palabras de Roberto José Vernengo: "Un juicio como 'todos los hombres son mortales' es un enunciado universal porque atribuye la propiedad designada por el predicado, la de ser mortal, a todos los entes que son hombres"³.

Tales enunciados son denominados, desde el punto de vista ontológico, como esenciales, porque las propiedades referidas son atinentes a todos. Basta que uno de los seres contenidos en el universo no posea tal característica, para que el enunciado ya no sea universal, o sea, de esencia.

De ahí que la definición hecha por Baruch Spinoza de que la esencia es el dato que siéndolo dicho de una cosa, hace necesariamente que ella lo sea y que, por otro lado, siéndolo suprimido haga necesariamente que ella ya no sea⁴

Asimismo, la propiedad no es particular, en la medida en que se refiere apenas a una parte del universo del discurso. Cuando se habla de la afirmación de que Juan es alto, la propiedad "alto" no es común a todos los hombres, sino que apenas a Juan que es un hombre.

³ VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*. 2 ed. Buenos Aires, Desalma, 1988. p. 80. El autor, a continuación, propone un análisis distinto del esquema tradicional, generalmente, representado en términos de "Todo S es P". De hecho, el Dr. Vernengo, exprime la afirmación ahora en términos condicionales con esa fórmula: "para todo x , si x es hombre, entonces x es mortal. El cambio, entre tanto, no altera el hecho de que la afirmación debe englobar a todos dentro del universo, o entonces quedarse volcada, porque: "en la afirmación universal, lo característico es que se lo predica, condicionalmente, de todo ente que sea miembro del universo del discurso".

⁴ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5 ed. São Paulo, Malheiros, 2002. p 48

Por lo tanto, ya no sirven los enunciados particulares para predicar algo con respecto al todo, sino que apenas a uno o algunos del grupo, pero jamás del grupo en si mismo. Son accidentales, es decir, ellas se relacionan con la forma con que presentan una parte del conjunto⁵ y sólo eso.

Como no predicán algo acerca de todos sus integrantes, ya no sirven para enunciar acerca del todo. Entre tanto, es común que en muchas clasificaciones se tome la parte accidental como universal, produciendo un desvío conceptual que sólo contribuye para el desarrollo de las tan criticadas taxonomías jurídicas.

Realizadas tales aclaraciones, ahora es posible adentrarse en el tema propuesto, es decir, demostrar que lo que la doctrina tradicionalmente denomina *contratos mixtos*, (cuando refiere a los contratos típicos y atípicos), no es otra cosa que un caso de tercer excluido que engloba en su definición términos contradictorios entre si. Además, suele olvidarse que configuran casos de aparición accidental entre los contratos atípicos. Entre tanto, de ser tratados como especies puramente accidentales, son erigidos en una categoría autónoma, como si hubiera un grupo propio (es decir, un universo) que pudiera ser comprendido independientemente de los contratos atípicos.

2. Los Contratos y su Clasificación como Típicos (Nominados) y Atípicos (Innominados).

Uno de los institutos importantes para el Derecho, quizás el de importancia práctica más relevante para aquella rama denominada Derecho privado, es el contrato.

Conforme el artículo 1.137 del Código Civil de Vélez, "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".

Es natural que, como otros institutos jurídicos, los juristas no se cansen de hacer taxonomías con respecto a los contratos. De hecho, lo hacen desde el Derecho Romano, **el** cual no solamente conocía a este instituto sino que lo manejó a niveles muy avanzados. Como se sabe, muchos de los aportes concebidos por los romanos son todavía empleados por nosotros, siglos después.

Enseñan Georges Ripert y Jean Boulanger que clasificar un contrato constituye la operación (intelectual) bajo la cual se incluye ese contrato en una categoría jurídica preestablecida, hecho de mucha relevancia, inclusive al punto de permitir su control por la Corte de Casación en demandas judiciales, porque "llegado el caso, permite determinar las reglas aplicables a ese contrato en ausencia de una voluntad expresa de las partes y también las reglas imperativas que imponen a las partes ciertas obligaciones o les prohíben ciertas cláusulas."⁶

⁵ Roberto Vernengo, sustituyendo aquí también los conceptos tradicionales, enseña que el problema entre enunciados esenciales y existenciales es apenas de cantidad. En los enunciados universales, la proposición irá referirse a el todo, lo que es expresado por la fórmula: $(x)CHxMx$, mientras que la proposición particular se destina a por lo menos uno del universo, pero nunca a todo universo y se representa por la fórmula: $(Ex)KHxGx$. Cf: VERNENGO, Roberto José *Curso de Teoría General del Derecho*. 2 ed. Buenos Aires, Desalma, 1988. p. 81.

⁶ RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. según el tratado de planiol* Trad. de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires, La Ley, 1988. t. IV (Las Obligaciones). v. I p. 70.

El Código Civil argentino reproduce algunas de las categorías más clásicas en la doctrina y en las legislaciones de genealogía romana⁷. Así, además de otras, el Código reconoce y prescribe de contratos nominados e innominados (artículo 1.143).

Acerca de estos últimos, hoy en día, la **totalidad de la doctrina** trae a colación que la taxonomía nominado e innominado debe ser substituida por otra (o por lo menos comprendida como) que, no divergiendo de la conceptualización tradicional, adjunte un significado más riguroso a la clasificación: a) contratos típicos (nominados) y atípicos (innominados). Francisco Messineo explicita la sutil distinción con las siguientes palabras:

“Se los llama también atípicos, precisamente porque se separan de las figuras de los contratos nominados, que están dotados de una causa típica que caracteriza la respectiva disciplina; en los contratos innominados, la causa es precisamente atípica, porque es nueva y diversa, respecto de cada una de las que son propias de los contratos nominados”⁸.

La distinción entre contratos nominados (típicos) e innominados (atípicos) nace en el Derecho Romano, si bien los autores apuntan que el sentido de la clasificación para ellos era diversa de la que solemos emplearse en la actualidad.

Es sabido que el Derecho Romano sólo permitía *actio* a las convenciones destinadas a producir obligaciones que hubiesen sido mencionadas y nombradas por la Ley Civil. Las especies contractuales eran cerradas (según las *Institutas* de Gaio eran cuatro: *verbis, litteris, re y consensu*).

De esta forma, saber si un contrato estaba reglamentado por la Ley (es decir, si era nominado), resultaba de imprescindible importancia para los romanos, porque, destituido de *actio*, el acto perdía totalmente su fuerza obligante.

Sin embargo, como explica José María Gastaldi, la evolución del Derecho Romano reconoció también acción común a una categoría especial de convenciones, no sancionadas por el Derecho Civil, por influencia de los jurisconsultos, por el Derecho pretoriano, o por las constituciones imperiales. De esta forma “los contratos innominados aparecen como un complemento y una generalización de los contratos reales”; pero el objeto de la obligación podría divergir, a veces esencialmente, de la causa”⁹.

Como la propia eficacia jurídica del acto dependía de la clasificación del contrato como nominado e innominado, ya que las razones para la validez de aquellos eran diversas de las de éstos, la taxonomía en cuestión era de gran importancia en el Derecho Romano.

⁷ Inclusive aportando definiciones terminológicas, en lo que se distingue de varios otros códigos que no aportan cualquier explicación conceptual. Tal es el caso de su vecino Código Civil brasileño, el cual, a pesar de emplear los términos *contrato oneroso* (art. 447), *contrato bilateral* (476) etc. no otorga un concepto acerca de los mismos.

⁸ MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial: derecho de las obligaciones parte general. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. TOMO IV. p. 450.

⁹ GASTALDI, José María en ESCALADA, Federico N. Videla *et alli*. *Contratos I*. cátedra de derecho civil del doctor Federico N. Videla Escalada. Buenos Aires, Victor Zavalia, 1971. p. 170.

Se suele atribuir a Ulpiano, ya en una fase posterior del desarrollo del Derecho Romano, por la primera vez el empleo de la expresión *contratos innominados* (D., 2, 14, 1 y 7).

Para él, existirían dos tipos bien diseñados de contratos. En una primera clase estarían los que poseían nombre propio según el Derecho (*proprium nomen contractus*), no importando que lo fuese por Derecho Civil estricto o por Derecho Pretoriano (así tanto los contratos de **compra venta**, alquiler y sociedad, que poseían orígenes en el *ius civile*, como los contratos de depósito y comodato nacidos del *ius gentium* eran considerados como nominados). En otra clase estaban las convenciones o operaciones que Ulpiano denominaba de nuevas (*nova negotia*) y que, así, no tenían forma jurídica distinta (*nomens iuris*).

Sin poseer un nombre propio, es decir, sin contar con una acción nominada para "darle vida" independientemente de otras circunstancias, el contratante solo podría exigir el cumplimiento del contrato *si causa subest*, significando esto que debería, en primer lugar, ejecutar su parte del pacto para sólo entonces poder exigir la del otro.

Mismo para quienes sostienen que en sus fases posteriores el Derecho Romano ya aceptaba como obligatorias a todas las formas de convenciones, no se debía olvidar que los contratos dichos innominados carecían de una profunda desventaja frente a los nominados, a la vez que estos no necesitaban de *causa* para que fueran ejecutados en caso de incumplimiento por uno de los contratantes¹⁰.

Sin embargo, siglos después, con la introducción de los *principios de la autonomía de la voluntad y de libertad contractual*, la división perdió en definitiva su anterior importancia¹¹.

Apuntan los mismos Ripert y Boulanger que como consecuencia del principio de la libertad contractual siguió que la clasificación no tendría más la relevancia preconizada por los romanos, sirviendo ahora tan sólo para indicar que un contrato "no entraba en una de las categorías previstas por el Código Civil"¹².

De hecho, el efecto directo del goce de esta libertad es la facultad echada a las manos de los contratantes para insertar el contenido que les parezca más adecuado, incluso hasta al punto de alejarse de todas las reglas del Derecho Civil vigente, salvo las que se referían a las buenas costumbres, al orden público, o las que, ahora, establecen ciertos límites a la autonomía de la voluntad dentro de la llamada economía dirigida. Es decir, las normas que una u otra clasificación en Derecho Privado suele denominar como *ius cogens*.

¹⁰ "Les Romains, au debut de l'époque classique, ont commencé par admettre quatre contrats consensuels. Ils ont également admis un certain nombre de pactes, de sorte que le consensualisme s'étendait considérablement dans la pratique, mais demeurait toujours limité en son principe à quelques cas spécifiés, sanctionnés chacun par une action particulière. Avec la notion de contract innominé, on en arrive à admettre que toute convention puisse devenir *obligatoire*. Mais, à cela, preside une condition d'une importance essentielle: il faut que l'une des parties ait déjà exécuté. On n'a donc pas affaire à un consensualisme pur. Il se trouve introduit en lui, en quelque sorte, un élément réel, ou tout au moins onéreux, qui le qualifie dès sa formation" (LEVY, Jean-Philippe y CASTALDO, André. *Histoire du Droit Civil*. Paris, Dalloz, 2002. p. 766.

¹¹ La obsolescencia de la clasificación de los contratos según su previsión en el derecho legislativo (*stricti iuris*) era enseñada por Pothier cincuenta años antes del surgimiento del Código Napoleón, que, en realidad, adoptó este criterio. Cf. POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Trad. de Guillermo Cabanellas de Torres. 2 ed. Buenos Aires, Heliasta, 2007. p. 17.

¹² RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean. *Ob. cit.* p. 69.

Sin embargo, ello implicará que los contratos, sean los disciplinados por la ley o bien los creados libremente por los sujetos, posean igual fundamento de validez jurídica: la voluntad libremente ejercida. De menor relevancia sería ahora el hecho de que el tipo contractual esté o no previsto en la ley, ya que lo decisivo otorgarle fuerza obligatoria es apenas la autonomía de la voluntad¹³.

Es con base en esta nueva postura teórica que el Código Civil de los franceses, el Código Napoleón, finalmente encierra todas las discusiones doctrinarias aún existentes acerca de los contratos innominados como categoría merecedora de un tratamiento jurídico diferenciado (es decir, a menor) que los contratos nominados, presuponiendo como consecuencia de su artículo 1.107 que todos los contratos estarían bajo las reglas generales ("son soumis à des règles générales") acerca de éste gran instituto.

Mismo con el advenimiento de la conocida *crisis del contrato*, mejor dicho, *la crisis del concepto de contrato*¹⁴, no se ha podido superar este paradigma o marco que es tanto normativo como teórico. Hubo, sin duda, una sensible disminución de los sitios en que la autonomía de la voluntad puede transitar, como lo demuestran los nuevos arquetipos normativos oriundos de las relaciones laborales y del derecho del consumidor¹⁵. Con todo esto, todavía no es correcto postularle un sustituto cuando se habla del fundamento jurídico (es decir, de la razón de ser) de los contratos, que sigue siendo la libertad y la autonomía de la voluntad¹⁶.

De ahí, entre tanto, no se debe concluir que la clasificación que distingue a los contratos entre típicos (nominados) y atípicos (innominados) es destituida de su significación en la actualidad.

Como se ha visto, en primer lugar, el propio Código de Vélez Sarsfield, como tantos otros, aún trabajan con tal criterio de clasificación, en resumen, porque éste es capaz de producir efectos jurídicos relevantes. Esta es, por ende, la segunda razón y, desde ya, la más relevante.

Como se ha subrayado, lo decisivo en una clasificación contractual es que se pueda saber cuáles normas le serán aplicadas en caso de un posible vacío normativo ocasionado por la ausencia de

¹³ Acerca de la fuerza obligatoria del contrato como consecuencia de la libertad de contratar, observa, inclusive con amparo filosófico, Alberto Spota que: "A la libertad sigue la antítesis, la sujeción, la fuerza obligatoria del contrato: quienes han ejercido la libertad se someten a la no-libertad, a la obligación (autoobligarse): estamos frente al art. 1197. O sea, que nos hallamos ante aquella regla de derecho que permite considerar al contrato como una *lex* en pequeño o, en lenguaje kelseniano, como norma individual obligatoria. (SPOTA, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil: contratos*. introducción. ámbito de aplicación. clasificaciones. Formación (consentimiento contractual). Buenos Aires, Desalma, 1984. v I. p. 25.

¹⁴ Es ya clásica la obra de Grant Gilmore, una de las primeras y más famosas a expresar la incapacidad del concepto tradicional de contrato frente a los actuales dictámenes de armonía y convivencia sociales. Jugando con los conceptos de *civil liability* y *tort liability* en el derecho del *common law*, hizo una nueva concepción contractual que lo aproximaba de los *torts*, con que lograría al ampliar los innumerables daños a ser indemnizados en razón de él, pero no apenas por su no cumplimiento. Cf. GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2. ed. Columbus, Ohio State University Press, 1995. p. 96).

¹⁵ "Así, en realidad, lo que a veces se denomina 'crisis del contrato' no es nada más que una crisis de la autonomía de la voluntad; la titulada decadencia del contrato, es la de la libertad contractual, es decir, el derecho de los contratantes de determinar lo que se entiende por relación contractual." (ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABAÑA, Roberto M. *La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. p. 143).

¹⁶ "Lo innegable es que el derecho de los contratos tiende a humanizarse, a socializarse, sea en lo que atañe a los contratos más modestos y frecuentes, sea en la esfera de la industria y el comercio, donde nos enfrentamos con

manifestación de las partes. Dividiendo los contratos entre típicos y atípicos se puede, con alguna seguridad saber que:

Para los primeros serían, de modo suplementar, acrecidas al pacto las reglas ya de inmediato previstas en la Ley Civil. Así, no será lícito para el intérprete, por ejemplo, aplicar las normas del contrato de compraventa a una locación de obra o servicio (hipótesis, a propósito, considerada por el fallo analizado en el presente trabajo)¹⁷.

Para los segundos, la interpretación es más amplia y libre, ya que no existirá un criterio pre-establecido de vinculación entre el hiato verificado en el acuerdo y la norma legal de integración. Aquí, no hay, de antemano, un criterio legislativo que obligue al intérprete a elegir un grupo de normas para disciplinar el silencio de las partes, de modo que se puede, en principio, echar mano a todas ellas (¡o mismo de ninguna!), lo que aumenta de modo considerable el "arbitrio judicial"¹⁸.

De un modo orgánico Ricardo Luis Lorenzetti aclara que es posible identificar que los tipos legales cumplen varias funciones no obstante su debacle como estructuras que gozaban de mayor legitimidad jurídica frente a los nuevos modelos contractuales surgidos en medio a un ensanchamiento sin precedentes del mercado.

Los tipos tendrían las siguientes funciones: a) *función facilitadora*, por la cual representan una "experiencia social consolidada", sirviendo así para aclarar de modo supletorio situaciones parecidas; b) *función delimitativa* por la cual si impide a los particulares un apartamiento injustificado de la matriz normativa en ciertos sectores específicos¹⁹; c) *función de programación*, según la cual es posible percibir a través del tipo legal "las clases de finalidades que el Derecho considera susceptibles de protección", permitiendo a todos tener en cuenta cuales son los valores más queridos por la ley cuando fueren redactar sus propios contratos.

Por lo expuesto, nada se puede decir contra la clasificación de los contratos entre típicos y atípicos. A pesar de no gozar de una mayor relevancia que la que tenía en el pasado, a ella no se puede

poderosas coaliciones. Pero su fuerza obligatoria no declina: aun puede hablarse de *soberanía* del contrato, entendida ésta en el sentido del logro de un equilibrio entre la idea individual y la social" (SPOTA, Alberto. *Ob. cit.* p. 32).

¹⁷ No obstante, no estará impedido el recurso a la analogía cuando la base de hecho del contrato guardar alguna similitud con otro contrato. "No cabe decir que las reglas establecidas para el tipo determinado tengan que aplicarse en absoluto y sin excepción a todos los contratos de ese tipo, aunque no se ajusten en modo alguno al contrato en cuestión. Así, por ejemplo, al considerar como contrato de arrendamiento de uso (infra 126,I, 1) no puede aplicársele el derecho de prenda del arrendador, pues esto sería contrario al fin del contrato, que es guardar en lugar seguro los valores, pero con el propósito de poder disponer de ellos en cualquier momento." (ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor et WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil. derecho de obligaciones*. Traducción de Blas Péres Gonzáles y José Alguer. Barcelona, Bosch, 1944. t. II. v. 2. p. 3).

¹⁸ "La importancia de la distinción reside hoy en que si el acuerdo celebrado entre las partes configura una de las variedades previstas en la ley, le es aplicable el conjunto de normas que lo regulan; en tanto que no hay normas supletorias para los contratos innominados. En definitiva, esta diferencia se traduce en el mayor alcance del arbitrio judicial cuando se trata de contratos atípicos" (BORDA, Guillermo A. *(et alii)*. *Tratado de Derecho Civil. obligaciones*. 9. ed. Buenos Aires, La Ley, 2008. t. II p. 148)

¹⁹ "Así sucede en el Derecho del consumo, en el que, dada la debilidad que el legislador presume en el consumidor, se establece el carácter abusivo de cláusulas que 'desnaturalizan' las obligaciones (art. 37, ley 24.240). (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. parte general. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 229).

acusar de no tener un sentido, toda vez que supone dos categorías con distintas configuraciones conceptuales y que producen, cada cual, efectos jurídicos propios.

Los problemas pasarán a existir cuando, posteriormente, en esta clasificación ingrese una nueva categoría, que, como hemos visto, no existía en su conformación original: la de los contratos *mixtos*. Estos no se presentan con cualquier valor teórico o práctico, como se intentará demostrar a continuación.

3. Las Dificultades Lógicas y Ontológicas de la Clasificación de los Contratos en Típicos, Atípicos y Mixtos.

Si bien no existiera, en su concepción tradicional, la pretendida división tripartita de los contratos entre *típicos*, *atípicos* y *mixtos*, la doctrina agregó este *tercium genus* en un determinado momento, aunque nunca se logró a coincidir acerca de su significado y posición.

La propia ley argentina no hace referencia a una división tripartita, sino que refiere a una doble clasificación, como lo devela el artículo 1.143 del Código Civil. Esto, de pronto, ya echaría dudas acerca de la validez de las clasificaciones doctrinarias que incluyen una tercera categoría en relación al Derecho positivo argentino.

Olvidándose ese aspecto puramente normativo, corresponde echar un vistazo a las distintas clasificaciones de los contratos mixtos sostenidas por la doctrina jurídica argentina y extranjera.

Un grupo de autores divisa la existencia de tres categorías visiblemente distintas: a) contratos típicos; b) contratos mixtos e c) contratos atípicos.

Es el caso de Messineo, para quien los contratos mixtos corresponderían, no sólo a los que agregaban algunos elementos extraños a los tipos legales (hipótesis tradicionalmente agregada a la idea de atipicidad contractual), sino que también comprenderían aquellos compuestos en su todo por figuras conocidas por la ley, que eran agrupadas de forma distinta a la originalmente concebida por el legislador, generando, en consecuencia, una nueva especie contractual²⁰.

Hay, entre tanto, quienes incluyen los contratos mixtos como una sub-rama de los contratos atípicos. Es decir, tendríamos: a) contratos típicos y b) contratos atípicos, siendo esa última rama subdividida en b') contratos atípicos puros y b'') contratos atípicos mixtos (también denominados complejos).

Esta es la clasificación más sencilla de los contratos mixtos. La misma parte de la constatación de que los contratos atípicos son aquellos que o bien no poseen cualquier parentesco con los tipos contractuales disciplinados por la ley o bien que tienen una existencia simbiótica, al poseer algunas partes que están regladas y otras que no²¹.

²⁰ MESSINEO, Francesco *Ob. Cit.* p. 451.

²¹ "Hay dos categorías principales de contratos atípicos: puros, que son aquellos 'que carecen de todo ordenamiento legal y no coinciden en ninguno de sus aspectos con los contratos regulados', y mixtos o complejos, que 'son composición de prestaciones típicas de otros contratos o de elementos nuevos con conocidos, dispuestos en combinaciones diferentes de las que pueden apreciarse en los contratos nominados, y tomados de más de uno de

La mencionada clasificación es la que goza de mayor divulgación en los manuales jurídicos y, en la Argentina, es respaldada por juristas como Alberto Spota, Guillermo Borda y Héctor Masnatta, por ejemplo.

Un tercer grupo de doctrinadores parte de la clasificación de arriba (en el sentido de que los contratos mixtos están ubicados dentro del fenómeno de la atipicidad) pero suelen hacerla más compleja y extensa, identificando variadas especies de manifestación de la atipicidad. Es el caso, por ejemplo, de la clasificación sugerida por Ennecerus.

Para este pensador, los contratos mixtos deberían ser sub-divididos entre: a) *contratos combinados (o gemelos)*, "cuando uno de los contrayentes se obliga a varias prestaciones principales, mientras que el otro contratante promete una contraprestación unitaria" (así, por ejemplo, me obligo con una sola prestación a pagar el hospedaje y la comida); b) *contratos mixtos en sentido estricto*, que funciona más como una distorsión de un tipo legal precedente con la incorporación de elementos nuevos no previstos en ley; c) *contratos de doble tipo*, cuando "el total contenido del contrato encaja en dos tipos distintos de contrato [...], les siendo aplicables tanto las reglas de un contrato como las de otro y de manera inmediata, no sólo por analogía"²².

La clasificación en cuestión agrega además las *uniones de contratos (externas o con dependencia)* y los *contratos típicos con prestaciones subordinadas*, que se refieren a junciones o agrupamientos de prestaciones contractuales, pero tales uniones no generan cualquier nueva figura contractual, como ocurre, por ejemplo, en los contratos dichos combinados.

Tales uniones sugieren la incorporación, en un mismo instrumento contractual, de varios tipos o prestaciones contractuales.

Es también compleja la clasificación realizada por Mario Piantoni para quien los contratos serían: a) estrictamente puros y simples, cuyas prestaciones no coinciden; b) atípicos unidos entre sí; c) atípicos conectados entre sí por una simple unión externa, objetiva, en un mismo instrumento; d) mixtos; e) con múltiples prestaciones combinadas; f) con múltiples prestaciones a cargo de una de las partes, cada una de ellas principales²³.

En la Argentina, se puede decir además que a la clasificación propuesta por Ennecerus han adherido, de un modo general, Atilio Aníbal Alterini, Mosset Iturraspe y Ricardo Lorenzetti.

Alterini considera que los contratos atípicos son puros (cuando no coincide con ninguno de los contratos regulados) y complejos (mixto en sentido amplio), que comprenden aquellos contratos designados por Ennecerus como combinados, de doble tipo y mixtos en sentido estricto²⁴.

Mosset Iturraspe parte de las mismas bases teóricas y, además, introduce un elemento explicativo (más que propiamente taxonómico) que es denominado de "contrato aparentemente atípico"²⁵

estos contratos." (FRANCHINI, Marcela en STIGLITZ, Rubén S. director. *Contratos. teoría general I*. Buenos Aires, Depalma, 1994. p. 147).

²² ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor et WOLFF, Martín. *Ob. Cit.* pp. 7-9.

²³ PIANTONI, Mario en STIGLITZ, Rubén S. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Directores de la obra. *Contratos*. Buenos Aires, La Rocca, 1989. pp. 51-52.

²⁴ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos. civiles, comerciales, de consumo. teoría general. 2 reimp.* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005. p. 188. t. I

Si bien que tal taxonomía no esté netamente incorrecta, en lo que atañe a los contratos mixtos cuando se les considera una como una subespecie de los contratos atípicos, el mantenimiento del nombre *mixto* en tales clasificaciones es de dudoso rigor científico.

Podrá, quizá, también no ser útil, ya que el fenómeno de la atipicidad contractual es tan poderosamente creativo que hacer una catalogación doctrinaria cerrada de la formación de ellos sería inconsistente o vaticinado a una constante y periódica revisión de la taxonomía resultante²⁶.

A pesar de cambiar de sentido y significación en cada una de ellas, la expresión *contrato mixto* siempre traerá consigo el germen de la incomprensión lógica, por recalitrar en la *ley del tercer excluido*, excepción hecha sólo a la clasificación de Ennecerus por los motivos anteriormente señalados.

Si se dice que el criterio distintivo para la formulación de la taxonomía es la ausencia de reglamentación de un contrato bajo la ley civil, solamente dos categorías se podrán inferir de ahí: 1. o bien el contrato estará reglamentado (A es B); 2. o bien será su no reglamentación (A no es B). Es decir, si *P* es verdadera su negación $\neg P$ no lo es, o viceversa. Así, no será posible una tercera opción porque ella siempre redundará en una contradicción lógica, ya que un contrato no puede ser al mismo tiempo reglamentado y no reglamentado.

Como ha sido explicado, tales imperativos lógicos apuntan para una consecuencia ontológica según la cual algo no puede ser y no ser al mismo tiempo. Así, si se admite una categoría que contiene un universo en el cual ingresan apenas los contratos reglamentados por la ley civil, todos los demás que no estén reglamentados representarán la negativa y, por lo tanto, representarán la única otra opción lógica posible, ingresando en ella los que presenten una parte reglamentada y otra no, si la consecuencia final de ese agrupamiento es la obtención de un tipo contractual distinto.

El jurista podrá siempre identificar, como categorías de existencia, eventuales manifestaciones de los contratos atípicos: por ejemplo: a) contratos que no contengan una parte siquiera ya disciplinada por la legislación vigente; b) contratos que contengan partes reglamentadas y otras no reglamentadas; c) contratos que contengan todas las partes ya reglamentadas, pero en razón de la disposición concebida por los contratantes creen un nuevo tipo de obligación etc.²⁷.

Con todo, como ha advertido Ennecerus, cuando mucho dibujarían un resumen de estas manifestaciones existenciales, una vez que amplias y hasta infinita serían la diversidad de hipótesis. Sin embargo, en todas estaría presente un aspecto en común que en definitiva es lo único que cuenta para definirles jurídicamente: el hecho de no guardar una exacta correspondencia con cualquiera de los tipos de contrato establecidos por la ley

²⁵ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. 4. reimp. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 77

²⁶En cuanto a esto, el propio Ennecerus advierte que su clasificación se echa como *un resumen* de las variadas y cambiantes formas de aparición de los contratos atípicos. Y basta considerar las actuales manifestaciones de lo que se ha convenido designar por "cadenas de contratos" para uno darse cuenta de cómo son innumerables los ejemplos de uniones o combinación contractual.

²⁷ Un ejemplo de ellas sería la que propuso Henri De Page quien, a propósito critica el hecho de que no los juristas intenten realizar un análisis más detenido de los contratos innominados, a pesar de la amplitud con que se

Aquí, tal vez, tiene lugar la crítica hecha por Bachelard en su conocida *Formación del Espíritu Científico* con relación a esta necesidad casi impulsiva que los abogados tenemos de catalogar y clasificar los hechos jurídicos. Hacer clasificaciones sin un criterio de afectación científicamente operable de nada sirve a una ciencia. Es decir, si de la clasificación no resulta un efecto propio al hecho clasificado, quizá es porque no sea necesario clasificarlo. Si bien que no esté de todo incorrecto representa un *pseudo* aporte de o el aporte de un instrumental desnecesario que, en este punto, podrá ser epistemológicamente pernicioso²⁸.

Si los contratos dichos mixtos generasen una especial distinción en lo que atañe a su tratamiento jurídico, sería imprescindible no sólo su categorización como su estudio detallado. Con todo, no si percibe y es eso lo que hace (si no incorrecta) por lo menos cuestionable su reproducción en los manuales jurídicos, sin las cautelas aquí retractadas.

4. El problema de las uniones contractuales: ¿tipicidad o atipicidad?

Apuntaba Mosset Iturraspe cuanto a las uniones contractuales (*v. supra*) que la combinación de distintos tipos contractuales bajo un único instrumento contractual no significa que se esté creando un contrato distinto²⁹.

Es posible divisar según la doctrina tres casos distingos de uniones de contrato (a las cuales agrupa en tres tipos distintos: a) *uniones meramente externas*; b) *uniones de contratos con dependencia unilateral*; e c) *uniones alternativas*) no se confunden con los contratos complejos, que serían los *mixtos*. Para él, en las uniones existiría apenas una combinación de contratos complejos y en los complejos una verdadera combinación de os propios elementos contractuales.³⁰

Así en el conocido ejemplo concebido por Ennecerus de la compra de un caballo para el caso de que se llegue a ser oficial de caballería en el plazo de un mes y de no resultar así, el alquiler del mismo por tres, habrá tan solamente el cumplimiento de una condición, con el nacimiento de una prestación reglamentada por ley.

Pero, a lo mejor, mismo en los casos donde al tipo básico si agrega una o más prestaciones (de modo accesorio o subordinado) también no habrá surgido una nueva forma contractual, sino que de otra aparente situación de atipicidad, como en las uniones. La yuxtaposición de prestaciones jamás tendría fuerza jurídica suficiente para modificar su carácter típico.

manifiestan. (DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. 2 ed. Bruxelles, Émille Bruylant, 1943. t. IV. p. 13 y ss.).

²⁸ O, para emplear la nómima hecha por el propio Bachelard, hay aquí um evidente *obstáculo epistemológico de orden sustancialista*. Un análisis muy preciso acerca de la noción de obstáculo epistemológico en la Ciencia del Derecho es hecho por Carlos María Cárcova en su *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. (Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007. pp. 07-18).

²⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Op. Cit.* p. 77.

³⁰ Por todos, Masnatta *Ob. Cit.* p. 56.

Tal es el caso de un contrato de locación de inmuebles en el que se agrega el servicio de limpieza (locación de servicios). En tal supuesto, no obstante la existencia de un solo instrumento y de una sola prestación a cargo del locatario, lo correcto sería admitir que se tratan de obligaciones yuxtapuestas, pero visiblemente preservadas en sus esencias. Se estaría frente a una simple acumulación de dos contratos típicos (la locación de inmueble y servicios), encadenados en un único instrumento contractual.³¹

Si el intérprete puede hacer tal operación mental, dividiendo y agrupando las múltiples obligaciones existentes sin cambiar sus características, se estará frente a uniones de obligaciones, lo que, se cree, no convierte al contrato en atípico. Es que el acuerdo no alterará la calidad de ellas, sino que, por practicidad o por una especial razón de los contratantes, las agrupa en un todo, salvo cuando la junción venga a permitir la conclusión de que se creyó una o más prestaciones distintas de cualquier otra disciplinada en la legislación vigente, no habrá atipicidad.

Tal vez un buen ejemplo de ello nos sea mencionado por Bustamante Alsina cuando hace el análisis de la responsabilidad del profesional médico por fuerza del atendimento hecho a paciente en los establecimientos asistenciales públicos o privados.

Sugiere el consagrado autor la coexistencia, bajo una misma cadena de eventos, de "actos de carácter hospitalario o paramedicales y actos medicales propiamente dichos". Divisa, por lo siguiente, una vasta cadena de prestaciones que se van formando desde el alojamiento del interno (alojamiento, alimentación, transporte en el interior de la clínica, que podrían ser ellos propios un contrato de hotelería, hospedaje, o bien un contrato atípico, a depender de la mirada que se le apunta) hasta una verdadera estipulación a favor de tercero, que involucra el profesional del cuerpo médico de la clínica, ella propia y el paciente que requiere asistencia o internación³².

Confirmando la nítida divisibilidad entre las varias prestaciones, afirma Bustamante Alsina que sólo los daños nacidos dentro o en razón del contrato de estipulación a favor de tercero (es decir los actos médicos propiamente dichos) podrían suscitar demandas de responsabilidad médica, mientras que eventuales daños causados afuera de ahí deberían ser resueltos sin cualquier recurso a esta especial modalidad de responsabilidad contractual.

Así también con las uniones transitorias de empresas (artículo 377 de la Ley 19.550). Según Alterini ellas ya representarían otra categoría del fenómeno contractual, que la doctrina denomina de colaboración contractual. Muchos casos de "colaboración contractual" tienen previsión legal, como las uniones transitorias de empresas.

Pasa, sin embargo, que "en el desenvolvimiento de estas formas de colaboración son celebrados contratos de financiamiento, de aporte de derechos sobre marcas o patentes, de transferencia de

³¹ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Op. Cit.* p. 78.

³² ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* 9 ed. reimp. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007. p. 519.

tecnología o know-how, de obra civil etcétera, que están encadenados entre sí por la identidad del objeto.³³

Entonces, habrá la posibilidad de considerárselos cómo atípicos, ¿cuando por lo menos alguna de las prestaciones involucradas sea atípica? Parece, igualmente, que no. Es que la *causa* del contrato tampoco interesará al resultado final acerca de su tipicidad.

Es decir, aun cuando el no cumplimiento se configure por el *todo*, no hay un solo contrato, sino que varios contratos (es decir prestaciones y obligaciones). Siempre que sea posible la individualización de cada una de las obligaciones, por más que el no cumplimiento de una traiga consigo el no cumplimiento de las restantes, por ahí si regirá la idea de tipicidad. Si, mientras tantos, ellas no pueden ser discernidas y por lo menos alguna de ellas no goza de previsión legal, el contrato será atípico.

Por las mismas razones la forma como se hace la prestación no puede de antemano servir de criterio para configurar a un contrato como típico y atípico. Puede ser que la propia ley no tenga fijado como se dará la prestación. Aun en la locación, por ejemplo, no es posible que ella se pague con prestaciones *in natura*, de conformidad con lo que dispone el artículo 1493 del Código Civil³⁴. Cualquier locación donde la prestación sea en especie ya no será típica, por que ello desvirtúa la norma legal.

En otros casos, la ley no establece el modo por el cual se realizará el pago. En tales supuestos, el hecho de la prestación ser en dinero, servicios, cosas o mismo en un no hacer, no tendrá importancia alguna.

Si, entre tanto, las obligaciones están mezcladas de modo que ya no puedan ser retiradas sin perjuicio de su propio sentido individual, eso impondrá la conclusión de que, por más que sean todas ellas típicas, el resultado pasará a ser un contrato distinto, no reglamentado por la ley.

Un ejemplo de los más comunes fue el contrato de leasing que antes de su reglamentación por la ley 25.248 envolvía exclusivamente los arquetipos de los contratos de compraventa y de alquiler, pero como es de conocimiento general, ni por un momento podría ser considerado como típico.

5. El tracto jurídico de los contratos atípicos. La tipicidad social.

Entonces los contratos son típicos y atípicos. Todo que no sea típico será atípico, no importa a que pretexto sea. Los típicos tienen reglamentación legal y, por eso, no presentan mayores dificultades en su tracto jurídico. Los atípicos, exactamente por no disponer de una forma legal propia, necesitan de un conjunto de instrumentos hermenéuticos que bien garantan su adecuación bajo las columnas maestras del ordenamiento jurídico.

La afirmación, no obstante, debe ser comprendida *cum grano salis*. No se está a decir que los contratos típicos no ofrezcan problemas hermenéuticos, o que ellos sean en un grado menor. La

³³ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Op. Cit.* PP. 195-196.

experiencia prueba que infinitas son las cuestiones que se proponen todos los días en tribunales discutiendo que norma legal se le debe aplicar a un determinado supuesto contractual típico.

Mientras tanto, muchos contratos atípicos son elaborados con tan impresionante precisión (en razón justo de la ausencia de una reglamentación legal) que torna desde un punto de vista práctico innecesario cualquier cuestionamiento sobre su tracto jurídico

Pero esta cuestión está en la raíz misma de los contratos atípicos que no presentan el mismo *status* de conformidad frente al ordenamiento jurídico y por tanto trae consigo el germen de la incertidumbre.

Mucho si habló de la analogía como criterio de integración de los contratos atípicos, pero ella no pocas veces es empleada también a fines de dirimir dudas surgidas en el manoseo de los contratos típicos. Ya hemos visto que, como lo demuestra Enneccerus, sería perfectamente posible hablar de una analogía entre contratos típicos (*ut supra* n. 3.2).

Por otro lado, es común la anotación hecha por la doctrina que la analogía tendrá que ser con el contrato típico que esté más cercano del atípico pero no consigna cualquier criterio para el develar cuál es el *contrato más cercano*.

En un ejemplo hipotético: Si se realiza un contrato imaginario de prestación de servicios médicos, por ejemplo, ¿La analogía será hecha con el contrato de locación de servicios, o con el de seguro? Ambos son contratos que guardan alguna proximidad con la figura atípica y sería temeroso decir, previamente, con cuál de los dos guarda una mayor analogía, hasta porque podría guardarla con los dos.

Atilio Alterini hace un análisis muy preciso y perspicaz del problema, ubicando la cuestión dentro de un problema aparentemente sencillo: si los contratos atípicos consisten en una especie o parte del universo contractual, les son aplicables las reglas o la teoría general de los contratos; esto es suficiente para suscitar la pregunta: considerando que no hay reglamento específico, ¿se debe dar **primacia** a las normas generales, o a las normas de los contratos típicos afines como criterio para la solución de casos?

El problema además no resulta de una mera especulación, continua Alterini, como es posible aquilatar en los casos traídos a colación por el renombrado profesor:

“Por ejemplo, la promesa del contrato real de mutuo oneroso no da derecho a su beneficiario para reclamar la entrega de lo que se le prometió prestar, sino tan solo a reclamar daños (art. 2244, Cód. Civ.); uno de los contratos bancarios atípicos es el de apertura de crédito, por el cual el banco pone fondos a disposición del cliente. Si a este contrato atípico se le aplican prioritariamente las reglas generales correspondientes a obligaciones y a contratos, una vez abierto el crédito el cliente tiene derecho a que el banco ponga el dinero a su disposición; si, por lo contrario, se le aplican prioritariamente las reglas **afin** de mutuo, la apertura de crédito sería tratada como contrato real y el

³⁴ “Art.1493.- Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero.”

cliente no tendría derecho alguno a exigir al banco la provisión de los fondos, y quedaría por lo tanto sujeto a la buena voluntad de éste para realizar su entrega.”³⁵

Por motivos obvios, el recurso a la analogía, por si solamente, se enseña como infructífero y también muchas veces como inconsecuente, ya que no estaría apto a dimensionar el plan de fondo que sirve de escenario para el desarrollo del contrato³⁶. Más que nunca en los días de hoy hay una vasta y amplia concurrencia de normas generales paralelas disciplinando los contratos, visiblemente los contratos de gran escala, como los de adhesión, los **predisuestos**, los de consumo etc.

En todos ellos gravita una incertidumbre respecto de cuales normas generales serían aplicables, no importa que sean típicos o atípicos.

El problema se agudiza cuando si pone en escena el contrato *mixto* (es decir, aquél que contiene por lo menos una parte típica). Por no tener significación precisa en la doctrina (*v. supra*) también no hay acuerdo sobre la disciplina jurídica que se les debe otorgar.

Mosset Iturraspe comenta la existencia de tres grandes teorías sobre la cuestión: absorción; extensión analógica y; combinación.

La primera propone la existencia de un elemento prevaleciente, proveniente del contrato típico, que absorbería los elementos secundarios; así ya no le importaría las peculiaridades del nuevo tipo contractual.

La segunda postula la aplicación a los contratos mixtos de las normas generales sobre los contratos y, por analogía, las normas particulares al negocio típico que se manifiestan como más adaptadas a aquel que se quiere regular.

La última habla de una combinación y quiere con eso decir que existe una “estrecha relación entre los elementos de cada contrato típico y las normas mediante las cuales la ley lo disciplina”, de forma que sería posible descomponerse cada contrato típico formando prestaciones o reglamentaciones atómicas (exactamente como en la tabla periódica en la química o como un alfabeto contractual, en la expresión de Messineo). Con cada elemento atómico o con cada letra de este alfabeto contractual sería posible disciplinar todo y cualquier contrato.³⁷

Si se considera que el contrato mixto nada más es que un contrato atípico y que el hecho de tener partes dispuestas en la ley no le saca tal condición porque la mezcla de prestaciones genera un contrato distinto, tales teorías pierden todo y cualquier interés práctico o principalmente científico.

³⁵ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Op. Cit.* pp. 189-190.

³⁶ Y eso en un grado todavía más acentuado cuando el contrato es formado a través de la suma de dos o más prestaciones típicas fundidas en una nueva especie contractual. Alterini demuestra que en tales situaciones la selección de normas aplicables debe ser “especialmente discreta” y agrega con un ejemplo traído del derecho comparado: “En tal orden de ideas, el Código Civil Holandés de 1992 (L.º 6, art. 215) aplica al ‘contrato que coincide con la descripción de varias especies de contratos particulares previstos por la ley’ – contrato típico complejo – las disposiciones propias de los contratos típicos afines, siempre que éstas sean compatibles entre sí, y se adecuen a la naturaleza del contrato celebrado.” (*Op. Cit.* p. 191).

³⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Op. Cit.* pp. 79-80.

También es visible la falta de coherencia de las teorías en comentarios. Y se le puede objetar de inmediato que muchas veces un contrato atípico nace de la junción de más de uno contrato típico, impidiendo en esos casos una respuesta eficaz si se busca una previa definición de cuáles son las reglas aplicables a un supuesto de contrato atípico. Otras veces, la combinación puede enseñarse no solamente como imposible como contradictoria.

A lo mejor, sí, parece ser más sensata la búsqueda, primeramente, en la propia estructura normativa del contrato, con la investigación de sus causas y finalidades económicas. Sólo después, si continúa la indefinición, es que se deberá buscar en los demás modelos normativos previstos en la ley alguna forma de respuesta para la resolución del conflicto³⁸.

Pero, además, hay que considerar que en muchos casos habrá una tipicidad social. Por ella, los contratos atípicos, mientras continúen no siendo típicos en su sentido legal, lo serían bajo una visión más realista o sociológica del derecho.

En un supuesto de contrato que tuviese una reglamentación ya constante y ordenada por las costumbres civiles o comerciales en determinado tiempo y espacio, deberán ser resueltos en principio por tales normas consuetudinarias.

Pero muchas veces no hay que hablar en costumbre en su sentido tradicional (algo sedimentado y recurrente en determinada sociedad). La moderna dinámica de los contratos hace surgir "costumbres" de naturaleza inmediata o instantánea. Los contratos hechos por internet representan, a la vez, la más visible y representativa manifestación de una "tipología social instantánea".

En tales situaciones, el intérprete no irá buscar las respuestas para los huecos interpretativos en la ley, sino que en la propia reglamentación social. Esto escapa completamente de la visión dogmática que hasta aquí produjo la doctrina tradicional, pero, quizá, sea la forma más adecuada de comprender y solucionar las cuestiones generadas por la abrumadora cantidad de contratos atípicos que nacen a cada día.

En conclusión, parece que el tracto de los contratos atípicos debe ser afectado más directamente, en primer lugar, a lo que dijera los contratantes, es decir en conformidad con la voluntad expresada en conformidad con los artículos 913 y siguientes del Código Civil y, en especial, con el deseo común de los participantes voluntades necesaria para la existencia de cualquier acto jurídico bilateral (art. 946 del Código Civil) y en especial de los contratos.

Pero después, si no logra hallar todas las respuestas, es necesario que el intérprete extienda su mirada hacia la realidad. Es preferible fundamentar su decisión en una costumbre sedimentada y socialmente eficaz, no importa si reciente o no, que en un texto legislativo que tal vez nunca haya podido imaginar una situación existencial parecida, pues tiene relevancia también aquí la aclaración hecha por

³⁸ "El contrato innominado rige sus efectos - en caso de insuficiencia de sus cláusulas - por las normas generales relativas a las convenciones y, además, por las particulares, del contrato o los contratos que lleva implícitos, o de cuyos caracteres participa. CNCiv., Sala E, 28.6.77; Zeigner, Lávaro c. Barsky, Isidoro y otro - Fallo N. 26.972. JA, 1977-IV, página 341" *apud* PORTILLO, Gloria Yolanda. *Modernos Contratos del Derecho*. Rosario, Editorial Juris, 1993. p. 16. En el mismo sentido: TRANCHINI, Marcela *in* STIGLITZ, Rubén S. director. *Ob. Cit.* p. 151.

André Tunc de que cuanto más el jurista intenta preservar la pureza de los institutos jurídicos, mas se aleja de la realidad³⁹.

Denota especial grado de fe en la tipología social Ricardo Lorenzetti para quien la existencia de una costumbre haría con que el contrato pasara a ser típico, ya que para el prestigiado autor típico es el contrato cuando "un supuesto de hecho se encuadra perfectamente en la descripción legal o social, y es congruente con sus finalidades"⁴⁰.

No llegamos a este punto, por entender, según la idea general que la tipicidad proviene apenas de la ley. Si no es imposible pensar en un grado tan elevado de importancia a la tipología social, sin embargo, automáticamente nacerán complicadas cuestiones a enfrentar. La primera entre ellas, quizá, será saber la cual de las dos tendrá primacía en caso de colisión.

De todos los modos, si la investigación sobre lo que fue deseado por las partes quedar sin resultados y si no existir cualquier forma de tipicidad social sobre el supuesto, será el momento de recurrirse al texto legal, por analogía

No creemos que haya (o pueda existir) un criterio previo que no sea falible. No hay como se llegar a una regla aplicable previa y automáticamente por subsunción. Debido al carácter móvil por definición de las estructuras contractuales, hijas que siempre fueran de la libertad de acción humana, tal vez sea imposible la modelación de un aparato normativo, a la moda del reloj leibnesiano, capaz de indicar con seguridad cual regla positiva si pueda adoptar para reemplazar la ausencia de una norma concebida especialmente para el caso.

Las reglas generales, por supuesto, serán aplicables a todos los contratos, siendo indiferente que ellos sean típicos o atípicos. Aquí mismo la tipicidad social no tiene aplicación si está en ruta de colisión con los postulados generales en materia contractual, porque lo impide la *función delimitadora* de los tipos legales.

Especialmente en los casos relacionados a *standards* y otras normas que establezcan principios que tengan aplicación amplia, mismo contratos típicos pueden ser alguna suerte de derogación parcial, excepción hecha tan solo a los casos de tipos específicos que tengan vigencia posteriormente a tales reglas (porque ahí la presunción será de que el legislador quiso aplicar un criterio diverso para aquellos otros supuestos).

Es natural, por consiguiente, que ellas sean aplicadas integralmente a los contratos atípicos porque en lo general la autonomía de la voluntad no tiene fuerza jurídica para derogar normas de carácter público (*quod publicum est pacta privatoren derogat no potest*) y tales normas también por lo general están revestidas de esa calidad.

³⁹ "Los contratos atípicos con tipicidad social, en subsidio de la voluntad de partes, están regidos prevalentemente por los usos y costumbres del lugar de celebración" (ALTERINI, Atilio Aníbal. *Op. Cit.* p. 191). Pero a depender de las circunstancias, también las costumbres del lugar de ejecución del contrato podrán ser consideradas.

⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. Cit.* p. 230.

6. Conclusión: El retorno a la taxonomía tradicional como Modelo Taxonómico Correcto y sus efectos.

Por todo lo dicho, la conclusión que se sigue, y que no es de todo inédita⁴¹, es que la inclusión de una tercera rama en la clásica distinción de los contratos en típicos y atípicos (o nominados y innominados), no sólo que de nada contribuyó para la evolución científica del tema, sino que, además, le trajo un sensible prejuicio a la vez que hizo imperar la confusión terminológica y la incongruencia de la propia taxonomía.

Un contrato mixto pierde toda significación porque incide en la prohibición lógica conocida como principio del tercero excluido que, en conjunto con los principios de la contradicción y de la identidad, generan la consecuencia ontológica de que una cosa no puede al mismo tiempo ella misma y su negación.

Cuando se habla de un *contrato mixto* se está predicando la existencia de una categoría que sea una cosa y al mismo tiempo su negación, lo que, como demostrado, no sería ni lógica ni ontológicamente posible.

Con el retorno al modelo tradicional, se pasa a considerar a los contratos, cuanto a su reglamentación por la ley, en *típicos y atípicos*. El mixto desaparecería, puesto que científicamente desechable.

Hasta será posible hacer una clasificación, puramente existencial (no de esencia), considerando la existencia de contratos que se formen por el desarrollo de un tipo ya presupuesto o por la combinación de varios tipos en una relación distinta.

Es que la atipicidad tiene *vis atractiva* lógica que convierte el todo contractual en un todo no reglamentado, aunque, a lo sumo, solo una mínima parte no goce de normativa legal.

Mientras posible la distinción doctrinaria entre las varias formas de manifestación de los contratos atípicos, no se revelan de todo productivas, *cum venia* a la más representativa doctrina que dice lo contrario, ya que siempre sus apariciones en la vida social serán cambiantes y además representa un nítido *obstáculo epistemológico* que en cierto punto impide la abstracción necesaria para el desenvolvimiento de las ciencias.

Además, los contratos típicos pueden ser formados por una única obligación típica o por un conjunto de ellas, agrupadas estas últimas en un único instrumento contractual, ya que es muy frecuente englobar en un único instrumento contractual dos o más contratos.

⁴¹ Del mismo modo, ya se había manifestado en la doctrina argentina José María Gastaldi: "En resumen de lo expuesto, en nuestra opinión, las clasificaciones de los contratos atípicos ensayadas por la doctrina al no ser totalmente coincidentes y ofrecer dudas cuanto a los conceptos en juego, según se dejó expresado en varios supuestos, no resultarían del todo útiles al intérprete para resolver los casos concretos que se presenten, máxime que según se verá, no hay acuerdo respecto al sistema apto para juzgar y regular los contratos mixtos. Ello ha llevado a la crítica de la categoría de los contratos *mixtos* tendiente a la eliminación de la misma, crítica que, por las razones antedichas, llegamos a compartir. Parece más claro sostener la simple existencia de las dos categorías clásicas: típicos o nominados y atípicos o innominados" (GASTALDI, José María *in* ESCALADA, Federico N. Videla *et alli. Ob. Cit.* p. 201).

Estos convenios, sin embargo, estarán apenas yuxtapuestos, de modo que el intérprete podrá resolver un eventual conflicto con la simple aplicación de las normas que rigen el tipo contractual que reglamente la obligación objeto de la demanda, aun cuando la consecuencia sea la consideración del incumplimiento de todo el contrato.

Por otro lado, aun cuando un contrato se presente como compuesto en todas sus partes por elementos típicos, si ellos están dispuestos de un tal modo que generan una obligación distinta, es decir, si se funden de modo tal de crear un nuevo contrato (el antiguo caso del *leasing*, por ejemplo), ya no podrán ser considerados como típicos. Con mayor razón, todos aquellos que son compuestos de una parte reglamentada y otra no, serán considerados atípicos.

Por fin, es necesario considerar que, siendo un todo sólido y autónomo, no hay que recurrir sin cautelas o contenciones a los recursos hermenéuticos como la analogía para garantizar el correcto tracto jurídico de los contratos atípicos.

Debe ser considerado que en muchos casos habrá una *tipicidad social*. Por ella, los contratos atípicos, mientras continúen no siendo típicos en su sentido legal, lo serían bajo una visión más realista o sociológica del derecho.

El recurso a la tipicidad social debe, en principio, ser preferido a la analogía, por traer consigo respuestas consolidadas por la costumbre social (que sin embargo no precisa ser inmemorial o antiquísima) en relación a los supuestos inanes de reglamentación legal.

Pero mismo en los supuestos que tenga tal tipología social, les serán siempre aplicables **las** normas generales de los contratos porque ellas tienen difusión amplia a los contratos, típicos o atípicos.

7. Bibliografía.

- ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos*. civiles, comerciales, de consumo. teoría general. 2 reimp. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005. t. I
- ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABAÑA, Roberto M. *La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.
- ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9 ed. reimp. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007.
- BORDA, Guillermo A. (*et alii*). *Tratado de Derecho Civil*. obligaciones. 9. ed. Buenos Aires, La Ley, 2008. t. II.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. 2 ed. Bruxelles, Émile Bruylant, 1943. t. IV.

- ECHAVÈ, Delia Teresa; GUIBOURG, Ricardo A.; URQUIJO, Maria Eugenia. *Lógica, Proposición y Norma*. Buenos Aires, Astrea, 2002.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor et WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil. derecho de obligaciones*. Traducción de Blas Péres Gonzáles y José Alguer. Barcelona, Bosch, 1944. t. II. v. 2.
- GASTALDI, José María en ESCALADA, Federico N. Videla *et alli*. *Contratos I: cátedra de derecho civil del doctor Federico N. Videla Escalada*. Buenos Aires, Victor Zavalia, 1971.
- GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2. ed. Columbus, Ohio State University Press, 1995.
- LEVY, Jean-Phiippe; CASTALDO, André. *Histoire du Droit Civil*. Paris, Dalloz, 2002.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. parte general. Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MASNATTA, Héctor. *El Contrato Atípico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial: derecho de las obligaciones parte general*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. TOMO IV.
- PIANTONI, Mario en STIGLITZ, Rúben S. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Directores de la obra. *Contratos*. Buenos Aires, La Rocca, 1989.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Trad. de Guillermo Cabanellas de Torres. 2 ed. Buenos Aires, Heliasta, 2007.
- PORTILLO, Gloria Yolanda. *Modernos Contratos del Derecho*. Rosario, Editorial Juris, 1993.
- RIPERT, Georges et BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. según el tratado de planiol* Trad. de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires, La Ley, 1988. t. IV (Las Obligaciones). v. I.
- SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. fuentes de las obligaciones. 2 ed. Buenos Aires, TEA, 1957. t. II.
- SPOTA, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil: contratos*. introducción. ámbito de aplicación. clasificaciones. Formación (consentimiento contractual). Buenos Aires, Desalma, 1984.
- TRANCHINI, Marcela en STIGLITZ, Rubén S. director. *Contratos*. teoría general I. Buenos Aires, Depalma, 1994.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5 ed. São Paulo, Malheiros, 2002.
- VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*. 2 ed. Buenos Aires, Desalma, 1988. p. 80.
- _____ . Descripciones y Clasificaciones en Derecho. *Dianoia / Anuario de Filosofía*. México, Vol. XXXIX, 1993.

INVESTIGACIONES DEL SIGLO XXI = ¿INVESTIGACIONES POST-GLOBALIZADAS?

Por Verónica Lescano Galardi

RESUMEN

¿Podría tener, la post-globalización, alguna implicancia para el futuro de las investigaciones científicas?

PALABRAS CLAVES

Investigación. Globalización. Estado. Soberanía. Posmodernidad. Post-globalización.

SCIENTIFIC RESEARCHS FROM 21ST. CENTURY = "POST-GLOBALISATION" SCIENTIFIC RESEARCHS?

By Verónica Lescano Galardi

SUMMARY

Should the "post-globalisation" be some implications for the future of the scientific researchs?

KEYWORDS

Scientific research. Globalisation. State. Sovereignty. Post-modernity. Post-globalisation.

INVESTIGACIONES DEL SIGLO XXI = ¿INVESTIGACIONES POST-GLOBALIZADAS? (*)

Por Verónica Lescano Galardi*

I. Introducción

¿Qué efectos, podríamos señalar, se producen en la relación Estado-Soberanía- Globalización y las investigaciones del siglo XXI.?

Asumiremos un enfoque transdisciplinario de derecho político y filosofía del derecho.

Comenzaremos esta exposición presentando ciertas cuestiones en torno a la frase "adonde van las investigaciones del siglo XXI".

A continuación, esbozaremos una breve caracterización del Estado (en sentido moderno) hoy. Luego haremos lo propio con la soberanía y señalaremos ciertos rasgos de la globalización y la post-globalización.

Posteriormente, analizaremos la relación per se Estado-soberanía-globalización y las investigaciones en nuestros días.

Finalmente, daremos ciertas directrices que, intentaremos, funcionen como las conclusiones del caso.

II. Desarrollo

1. Primer parte

En torno a la cuestión: adónde van las investigaciones del siglo XXI.

Anteriormente hemos sostenido (1) que el actual contexto histórico en el que nos encontramos insertos presenta como una de sus principales características cambios y crisis.

Estas situaciones nos colocan como hombres, ciudadanos, sociedad, etc.. en una permanente posición de pregunta y re-pregunta. Somos llamados a vivir, conocer y dar respuesta a nuevas realidades, hechos, situaciones, fenómenos.

Como es sabido, este re-planteamiento permanente ha cubierto todos los ámbitos y áreas de realidad humana.

* Abogada. Docente FD.UBA: Teoría del Estado, Cátedra: Dr. Tulio Ortiz y Sociología, Dr. Zuleta Puceiro-Del Percio. Miembro Ubacyt D008 bajo la Dirección del Dr. Tulio Ortiz. Doctoranda en Derecho Político (FD, UBA). Miembro Adscripto del Instituto de Investigaciones Sociales y Jurídicas Dr. Ambrosio L. Gioja.

La ciencia, por consiguiente no ha quedado al margen. Muy por el contrario es una de las fuentes de origen de toda esta nueva experiencia.

Así entonces, según lo entendemos, surgen preguntas tales como ¿adónde van las investigaciones en el siglo XXI?

Y esta última la vinculamos a otras, a propósito de las investigaciones: ¿cómo son esas investigaciones en los actuales tiempos? ¿Qué tipo de investigaciones se incluirán en aquel grupo de "investigaciones en el siglo XXI" de la pregunta de partida?

Pensamos que, antes de averiguar hacia dónde se dirige algo, debemos saber, o al menos tener alguna idea, de cómo es ese algo.

De allí que entremos a abordar un tema que entendemos axial al momento de tratar sobre aquella globalización en su relación con el Estado y la soberanía en el marco investigativo que es ¿en torno a qué se investiga hoy día?

¿Hasta dónde la investigación es "un punto fijo" sobre el cual, eventualmente, se construirá? y ¿hasta dónde la investigación podría ser llamada como estatizante del fenómeno objeto de estudio?

¿Cómo se investiga en atención a la trans-diversidad científica existente?

Preguntarnos, pues, adónde van las investigaciones ¿no conllevaría preguntarse a qué estaría llamada la investigación hoy? ¿Cuál es su función propia en esta globalización?

También pensamos que plantear el lugar hacia el cual se dirige algo es preguntarse cuál es su fin. Este último entendido como término, como finalidad. Por ende, la cuestión de fondo ¿no será pensar en torno a la finalidad de las investigaciones en el siglo XXI?

Y podría posiblemente existir (al menos) una doble connotación y significación asignada a la frase interrogativa ¿adónde van las investigaciones?

Por un lado, tal vez con aires de tipo existencialistas, la dirección hacia la que van. Indicaría aquí esta pregunta el lugar, su destino. De alguna manera su espacio en el mundo de las ideas y de las prácticas.

Por otro lado, quizá con estilo retórico y determinante, aquella cuestión funcionaría como una alarma, parafraseando, ¡cuidado! observemos hacia dónde están yendo las investigaciones actuales.

Si nos detenemos en estos dos posibles enfoques señalados (que bajo ningún punto de vista pretenden ser los dos únicos posibles y excluyentes) en el primer caso estaríamos ante el desconocimiento absoluto de la dirección y en el segundo estaríamos ante la certeza de conocer esa dirección.

Es decir que, según lo entendemos, la significación y connotación que le atribuyamos a esa pregunta de base importará colocarse en lugares distintos para poder estar en condiciones de responderla.

Dejemos por un momento estas cuestiones en suspenso y pasemos a la etapa siguiente de nuestro desarrollo que es procurar esbozar una caracterización actual del Estado moderno, la soberanía y la globalización.

Luego haremos interactuar primera y segunda parte del desarrollo a los fines de aportar algunas directrices.

2. Segunda parte del Desarrollo

Caracterización de Estado- soberanía y globalización a la luz del siglo XXI.

Abordar el trinomio Estado-soberanía-globalización de nuestros días, creemos que importa, en un nivel anterior, formular ciertas precisiones en cuanto al contexto histórico en el que se presenta.

Para ello introduciremos un nuevo concepto que es el de la posmodernidad.

Sostenemos que la globalización que nos convoca es un tipo específico de proceso que implica grandes cambios y transformaciones, en el caso particular, en lo filosófico-político.

Así entonces adherimos a la hipótesis (2) que puede existir la posibilidad de cambio y /o transformación desde lo político tanto en el Estado como en la soberanía (entendida como una cualidad de uno de los elementos constitutivos del Estado en sentido moderno, el poder. Valga la precisión, los otros dos elementos que conforman a aquel, la población y el territorio).

Considerando lo precedentemente expuesto nos encontraríamos "incluidos" en una nueva clase de realidad, la posmoderna, es decir estaríamos ante la posmodernidad.

¿Qué es la posmodernidad? Se la ha entendido de muy diversas maneras. Desde distintas ópticas el denominador común es un casi rechazo, por expresarlo de algún modo, a definirla con límites bien demarcados. Así encontramos, quienes la han entendido como la etapa siguiente de algo, expresa Carty: "lo que es post, no es otra cosa que lo que viene "después"". (Carty, 1989, 311)

O bien, como una cultura, y aquí toman su lugar exponentes como Lyotard (Lyotard ,1987) y Vattimo (Vattimo,1990).

Como la expansión del sentimiento en contraposición y rechazo a la razón, así Deleuze y Guatari (Deleuze,G- Guatari,F 1973)

Como un estilo de vida en el que se deja de buscar el saber y el conocer, el desinterés por ellos es lo que prima, pues son peligrosos, siendo una de sus principales voces Lipovetsky (Lipovetsky, 1988).

Como un momento de la historia intrínsecamente vinculado al neoconservadorismo, Habermas (Habermas 1988, 87).

Cabe también aclarar que se han señalado otras expresiones para describir los actuales tiempos, así "trans-modernidad" en el expresar de Le Roy (3).

Ahora bien, luego de esta sucinta lista y a los fines de una actualización estableceremos algo así como un desenvolvimiento en el siglo XXI de dos conceptos que se dan lugar en torno a la filosofía política y al derecho político y que nos interesa traer a colación a los fines de este trabajo:

-Modernidad hacia la Post-modernidad.

-Globalización hacia la Post- globalización. (4) (5)

Nos encontramos que en el ámbito filo-sociológico jurídico del mismo modo que surgió el concepto (¿ y realidad?) de la posmodernidad, ha salido a luz y, consiguientemente, se está trabajando un nuevo concepto, el llamado "post-globalización".

En un era posmoderna, ya no habría globalización sino post-globalización. En cuanto a la implicancia de sostener este nuevo concepto en torno al Estado y a la soberanía pasaremos a citar lo que al respecto expresa Arnaud.

Aclaremos que el autor acuñará también los siguientes conceptos-términos: "post- soberanía" y lo " post-nacional":

" El sistema de relaciones internacionales tal como lo habían imaginado Grocio y sus descendientes se encuentra completamente puesto en juego. La desaparición tendencial de la soberanía, en el sentido donde el derecho moderno había concebido esta noción, sería una de las características que marcarían nuestro mundo. Finalizado el Estado soberano la decadencia es por todas partes sensible: apenas controla su economía y su moneda, experimenta dificultades patéticas en controlar su territorio y deja de ser un actor privilegiado de la escena internacional. Es que la globalización sobrepasa los Estados (...) la globalización está transformando del interior el objeto y la economía del derecho internacional público, y que en este movimiento, mide jurídicamente toda la capacidad y alcance del descentrarse del Estado. ¿Este derecho internacional público, no tiende a atravesar es decir a ignorar, el espacio estructurado por las fronteras y otros viejos compartimentos estáticos, para tener nuevos actores de la sociedad internacional: empresas, instituciones privadas, individuos, colectividades sub-estáticas, etc...? Así va el derecho de la globalización. El Estado no llega a interrumpir la dinámica, porque ya no tiene los medios. He aquí que está acorralado a ver funcionar, hasta en su propio territorio, un nuevo orden normativo que se construye sin él, incluso a pesar de él, por no decir contra él! (...)

(...) Con estas variaciones sobre el tema de un "local" declinado como generador de derechos infra-estáticos, se ilustra una determinada fragmentación del poder de decir el derecho en detrimento, a fin de cuentas, de la sacro-santa soberanía estática nacional". (Arnaud, 2003)

3. Tercer etapa

Interacción entre la concepción de post-globalización y el rol de los juristas-intelectuales-científicos del derecho

Bajo aquella concepción y visión de Estado y soberanía post-globalizados que venimos de reseñar se manifiesta lo relativo al rol de los juristas tradicionales (6), o sea, los pertenecientes a la modernidad, que será vista por Arnaud, como una función perimida.

Y esto porque aquellos procuran continuar dando manifestaciones de un mundo que se acabó.

Así propone este autor un cambio en la racionalidad jurídica. Una nueva racionalidad jurídica que se aplique y explique, por expresarlo de alguna manera, en relación a esta post-globalización. Citamos a Caillose quien aborda la obra de Arnaud :

" Es la racionalidad jurídica la que está en juego, y la tarea actual consiste en pensar las transformaciones en curso. Ante los "gobiernos sin fronteras" de un mundo globalizado, es necesario juristas sin fronteras! No para que estos últimos se pongan al servicio de los primeros- aun cuando esta hipótesis, la de los comerciantes del derecho, no debería ser tomada a la ligera- sino, al contrario, para que se prevenga la confusión entre la racionalidad gerencial y la razón jurídica." (Caillose, 2004,7)

La globalización importa, según entiende Caillose la obra de Arnaud, que determinado universo mental ha terminado. Sostendrá:

" Su advenimiento (el de la globalización) señala el fin de esta modernidad occidental en las cuales nuestras concepciones del derecho y del Estado han sido y son todavía indisociables: ¿no participan, doblemente, en tanto que pudieron servir de fundamento y ser un efecto?. Así entonces, la globalización vale ruptura. (...) "

"Con la globalización, aquel jurista (el de la modernidad) esta definitivamente acabado y descalificado. Lo único que puede hacernos todavía escuchar son los ruidos lejanos de un mundo que desapareció." (Caillose, 2004,9)

Arnaud a su tiempo afirmará al respecto:

"Al numero de desafíos planteados en el derecho en los albores del siglo XXI, el del postmodernismo se presenta de manera aguda a los investigadores juristas especializados en ciencias humanas y sociales. Les surge que los beneficios que el derecho y la sociedad pudieron sacar del pensamiento propio en la era "moderna" no son ya apropiados a las demandas sociales contemporáneas". (Arnaud, 2003)

Así propondrá Arnaud "La recomposición del orden jurídico de los Estados", citamos:

" No terminamos con el eclipse de la centralidad estática ya que sirve por otra parte de clave de lectura a las recomposiciones en curso de los ordenes jurídicos nacionales. Allí donde los grandes repartos disciplinarios (entre juristas y no juristas, entre juristas del derecho privado y juristas del derecho publico, etc..) son los mas fuertemente institucionalizados, la redistribución general de la materia jurídica no deja de desacomodar los equilibrios que servían de fundamentos a los repartos intelectuales así como a las distribuciones de las tareas académicas consideradas como mas o menos necesarias. (...).

(...) Hablar de derecho post-moderno, es invitar a reconocer que las raíces "modernas " de la concepción del Estado y del derecho sobre la cual nosotros vivimos están bien muertas, y que es tiempo de pasar a una redefinición de raíces filosóficas susceptibles de permitir instaurar una regulación pertinente de nuestras sociedades contemporáneas. (...)

(...) Nuevos modelos se imponen entonces al derecho en ruptura con la ideología normalizadora inherente a la modernidad, a la filosofía del derecho y del Estado paciente y sabiamente construido del siglo XVI al siglo XIX, en ruptura igualmente

con la epistemología positivista y sus consecuencias en lógica y en ciencia de la argumentación". (Arnaud,2003).

III. Conclusión

De todo lo precedentemente expresado, y retomando entonces la pregunta apertura de este artículo, a saber ¿adonde van las investigaciones del siglo XXI?, nos preguntamos (y a su vez configuramos una inquietud) ¿aquellas, las investigaciones no, estarán yendo hacia nuevos rumbos, los de una post-globalización?

Rumbos en donde investigar implicaría tomar cuenta dentro de qué tipo de Estado investigue aquel observador, qué tipo de soberanía se presente, qué tipo consiguientemente de derecho tendrá lugar.

Destacamos, al igual que lo hizo Arnaud, el rol imprescindible que presenta la filosofía del derecho en esta post-globalización.

Su importancia como ámbito de desarrollo de estas nuevas investigaciones.

No nos encontramos en condiciones de responder hacia dónde van las investigaciones en el siglo XXI.

Lo que sí creemos es que el lugar hacia dónde se dirigen implican apertura mental, aceptación de situaciones perimidas, por ende, re-planteamientos en torno a la obsolescencia o no de criterios e ideas y realidades, re-definición y re-conceptualización, tornar nuevamente válidas ideas y posiciones olvidadas.

En resumidas cuentas, asumir un cambio de gran importancia de nuestro mundo.

En tanto nos adecuemos y aceptemos todo esto, suponemos que los caminos que tomen las investigaciones de este siglo serán las ajustadas y adaptadas a los nuevos tiempos. Por ende, permanecerá en vigencia su finalidad descriptiva, exploratoria y/ o explicativa que pensamos es su fin ultimo.

De este modo, la posibilidad de dar respuestas y encontrar soluciones se manifestará en su plenitud.

Notas

(*) El contenido de este artículo fue presentado y trabajado como ponencia en el I Coloquio Internacional de Actualización en Filosofía del Derecho "Adónde van las investigaciones en el siglo XXI". Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. 26 y 27 de Abril de 2007.- Taller: Estado, Soberanía y Globalización.

(1)LescanoGalardi, Veronica,(2006:c),(2006:b),(2006:a),(2005:c).Ortiz-Lescano Galardi, (2006:d), (2005:b),(2005:a),(2004).

(2)Ortiz, Tulio-Pardo, Ma. Laura (coords), (2006), (2003:b). Ortiz, Tulio,(2003.a),(2000).

(3) Le Roy, Etienne, (1998), Les droits de la personne a l'age de la transmodernité face à la complexité des sociétés, un outil politique dans "l'entre deux" de l'universalisme et des particularismes", resume de la communication à la journée " La declaration universelle des droits de l'homme: bilan apres cinquante ans", Ottawa, 4 juin 1998. Consulta en línea: {julio 2006}http://www.dhdi.free.fr/

(4) Arnaud, Andre- Jean, (2003), Critique de la raison juridique 2. Gouvernants sans frontieres Entre mondialisation et post-mondialisation, Collection Droit et Societe, LGDJ, Paris.

(5) Como lo ha señalado Andre-Jean Auby (2005) al reseñar "Entre modernité et mondialisation. Lecons d`histoire de la philosophie du droit et de l`etat", de Andre -Jean Arnaud: "El titulo de la obra utiliza la expresión de mundialización, el desarrollo emplea el concepto de globalización. No podemos dejar de alegrarnos con esta vinculación de una noción poco adoptada por la literatura nacional y cuyo uso, sin embargo, es la única garantía de un posible dialogo con los trabajos internacionales, en los cuales la noción de globalización es ultra dominante, la de mundialización casi ausente."

Valga esta aclaración que la hacemos extensiva entonces a la expresión "post-mondialisation" y que la hemos traducido por post-globalización.

(6) A los fines del presente trabajo entendemos por jurista al intelectual del derecho. Es decir, toda aquella persona que investiga el derecho o alguna de sus áreas, tales la filosofía del derecho. Desde nuestro punto de vista referirse a jurista sin mas importa abordar al investigador. De allí que traigamos a colación lo expresado por Arnaud en lo que creemos que es en tal sentido.

Referencias bibliográficas:

- Baudrillard, (1976), *L`échange symbolique et la mort*, Paris, Gallimard,1976.
- Bauman, Z (2004), *Ética posmoderna*, Fondo de Cultura Económica. 2004.
- Bauman, Z, (1999), *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Economica.
- Boudon, R, (2003), *Raison, bonnes raison*, Paris, PUF. 2003.
- Bourdieu, P, (1993), *Las cosas dichas*, Barcelona. Gedisa.
- Bourdieu, P, (1991), *El sentido práctico*, Madrid. Taurus.
- Ferry, L- A. Renaut, (1985), *La pensée 68, Essai sur l`antihumanisme contemporain*, Gallimard, Paris.1985.
- Foucault, M(1970), *The order of things*, London.1970
- Lescano Galardi, V, (2006:c),"El dinamismo en el campo socio jurídico", ponencia presentada y publicada para VII Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Universidad Nacional de la Plata. CD-Room. (9, 10 y 11 de noviembre de 2006).
- Lescano Galardi, V,(2006:b) "Incidencias identitarias en la noción de ciudadano", ponencia presentada y publicada para II Congreso Nacional de Derecho Politico, Universidad Nacional de Cordoba. CD-Room. (28 y 29 de septiembre de 2006).
- Lescano Galardi, V,(2006:a) "Valores y limites en la postmodernidad", en Revista Spes, V Jornadas Derecho a la Vida. Buenos Aires, junio de 2006. , nº 27 , págs. 38-43.
- Lescano Galardi, V, (2005:a) "Identidad e identificación. Reflexión sobre algunas de sus posibles consecuencias éticas", en Revista Spes, IV Jornadas Etica y Derecho, Buenos Aires, mayo de 2005.- nº 25
- Lescano Galardi, (2005:c), "Identidad, población y nación", en Pablo Slavin comp. "V Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política". Mar del Plata Ediciones Suares,2005.T.I y TII. pág. 600-604.

- Maffesoli, M, « Tribalisme postmoderne De l'identité aux identifications ». consulta en línea { mayo 2006 }.
- Ortiz, T- Lescano Galardi, V (2006), "¿Hacia un Estado posmoderno argentino? Transformación e Identidad", en Ortiz- Pardo, (coords), "Estado posmoderno y globalización. Transformación del Estado -nación argentino". Buenos Aires Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho/UBA. pgs. 1-27.
- Ortiz, T-Lescano Galardi, V.(2005.a), "¿Hacia un Estado posmoderno argentino? Transformación e Identidad", en Pablo Slavin (compilador). "5tas. Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política". Mar de Plata. Argentina Ediciones Suárez, t. I y II págs.143-150.
- Ortiz, T-Lescano Galardi, V.(2005.b), "Estado posmoderno y globalización. Transformación del Estado nación argentino" en Pablo Slavin (compilador). "V Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política". Ediciones Suárez. T I y II (págs.151-158).
- Ortiz, T- Lescano Galardi, V.(2004), "Estado Posmoderno y Relato Histórico", en Pablo Slavin comp."4tas. Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política.". Ediciones Suárez, Mar de Plata. Argentina. (págs 245-255).
- Ortiz, T, (2003), *Sistema global y practicas transnacionales, Sociología del sistema global. Impacto socioeconómico y político de las corporaciones transnacionales*. Sklair, Traducción, Maria Laura Pardo. Barcelona. Gedisa.
- Ortiz, T- Pardo, M.L ,(2003), "Origen y transformación del Estado Argentino en periodos de transformación". Biblos.
- Ortiz, T, (2000), "La globalización y el Estado Moderno, ¿extinción o transformación?" en Ortiz et alt.(coord.), "Origen y Transformación del Estado argentino en periodos de globalización", Buenos Aires. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, y Biblos.

LIBERTAD, DERECHOS Y ESTADO DE DERECHO EN LA GLOBALIZACIÓN

Por José G. Vargas-Hernández

RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo analizar las transformaciones e implicaciones de los conceptos de libertad, los derechos y el Estado de Derecho en los procesos de globalización económica.

PALABRAS CLAVE

Derechos, Estado de Derecho, globalización, libertad

FREEDOM, RIGHTS AND STATE OF RIGHT IN THE GLOBALIZATION

By José G. Vargas-Hernández

SUMMARY

This work has for objective to analyze the transformations and implications of the concepts of freedom, rights and the State of Right in the processes of economic globalization.

KEYWORDS

Rights, State of Right, globalization, freedom

LIBERTAD, DERECHOS Y ESTADO DE DERECHO EN LA GLOBALIZACIÓN

Por José G. Vargas-Hernández*

1. Libertad

La política se constituye sobre el factum democrático basado en la actualización de la igualdad última como premisa del orden social, una igualdad que no es política pero que se exhibe en seres poseedores de logos capaces comprenderse mutuamente. Esta capacidad se manifiesta para delatar las arbitrariedades del orden social, como resultado de la intervención del demos, aquella parte de la comunidad cuya virtud propia es la libertad, según Aristóteles, es decir, que es distinguida por una propiedad común a todas las partes (propiedad impropia), y que por consiguiente no le otorga ningún título en la partición de la comunidad.

La Revolución Francesa fue propiciada por una movilización popular, laica y radical de los estratos dominados para alcanzar una mayor libertad, igualdad, fraternidad, mayores niveles de vida y participación democrática en los asuntos públicos. Los sistemas democráticos amplían las oportunidades para el desarrollo mediante la aplicación de políticas públicas, principalmente las políticas económicas orientadas a la expansión de las libertades y la promoción de oportunidades para ejercitar las capacidades. En el mundo occidental cuando menos, los gobiernos detentan el poder proveniente de las libertades políticas, del acceso a la información y a la libertad de expresión.

La premisa de libertad requiere de una voluntad general que no sea limitada por la resignificación constante de voluntades colectivas o particulares, de tal forma que mediante procesos políticos se identifican como voluntad general para someter arbitrariamente a los ciudadanos a su orden. La República se concibe como una forma de gobierno basada en la libertad política de una comunidad de ciudadanos que viven el gobierno de las leyes. El enfoque reduccionista de la desigualdad argumenta que es un problema de distribución de oportunidades y capacidades, y la libertad como la elección de oportunidades. Más que la simple elección de oportunidades, la libertad es la potencialidad que tienen los individuos para orientar su voluntad en su realización.

La concepción de democracia formal como orden social se sustenta en las premisas de la igualdad y libertad de los individuos que sirven de punto de referencia a la democracia real como resultado de una

* M.B.A.;Ph.D. Profesor Investigador miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Departamento de Mercadotecnia y Negocios Internacionales. Centro Universitario de Ciencias Económico Administrativas U de G.

política que se despliega en contingencias que derivan en un orden democrático. La democracia es el espacio donde convergen la igualdad y la libertad que tienen como condición necesaria aunque no suficiente, la participación efectiva en los aspectos procedimentales para la elaboración del sistema normativo.

Los analistas argumentan que los estados nacionales con gobiernos democráticos y con economías abiertas de mercado favorecen las libertades y la resolución de conflictos en forma pacífica para lograr un mejor desarrollo humano. La democracia política pretende ordenar el nivel sistémico de la vida colectiva mediante la intervención de agentes con lógica política para crear y legitimar el orden social mediante principios políticos coherentes con los fundamentos de libertad e igualdad de todos los individuos, tales como los principios de mayoría y representación.

Prats (2001) señala que algunos de los componentes de la democracia liberal consisten en que las autoridades electas tienen la facultad de tomar las decisiones, hacer las asignaciones y el control del Estado, instituciones autónomas estatales limitan al poder ejecutivo, resultados electorales inciertos, se reconocen ciertos derechos a las minorías, los ciudadanos son iguales en derechos políticos, tienen libertad de conciencia, opinión, discusión, etc. y usan como canales de expresión y representación de sus intereses a los partidos políticos y a las elecciones, se tienen fuentes alternativas de información, etc.

La igualdad y la libertad de los individuos da sentido normativo a la democracia como régimen de vida colectiva contra quienes cometen excesos y producen desigualdades. Esto a pesar de que se conciba a la democracia como el sistema de gobernabilidad más conveniente para la resolución de conflictos y diferencias entre los diferentes actores económicos, políticos y sociales en un marco que privilegia la libertad individual. Así las nuevas formas democráticas se expresan fuera del dominio del Estado y se manifiestan en forma más espontánea en la sociedad que ejercita la política como orden. Esto permite repensar la democracia como formas de expresión de la acción colectiva orientada a satisfacer las demandas de igualdad y libertad.

En cualquier sistema económico, los poderes públicos deben responsabilizarse de la existencia de un orden económico, en el que el ejercicio de los derechos y libertades económicas de los individuos y de los grupos sociales no perjudiquen a las terceras personas, ni atenten contra el interés general (Asenjo, 1984).

El capitalismo que proclama la libertad superó las injustas relaciones económicas del régimen feudal pero se convirtió en la justificación para el saqueo de los recursos de los pueblos menos desarrollados durante la colonia en beneficio de las metrópolis. En este contexto, surgen las propuestas de políticas neoliberales que retoma los principios y tesis clásicas del liberalismo económico promoventes de una libertad económica como ideología hegemónica del mercado que transforman la economía mundial en diferentes grados conforme a la región y al país.

La mercadización se refiere al establecimiento de una economía de libre mercado, bajo la regla del libre mercado que protege la libertad de movimientos de capital, bienes y servicios, la liberación económica, la privatización y contractualización de la actividad económica, liberalización financiera y de

inversiones y eliminación de controles de precios. La falsificación y el fraude destruyen el capitalismo y la libertad de mercado, y a largo plazo los fundamentos de nuestra sociedad.

Los defensores del modelo económico neoliberal sostienen que si se eliminan las restricciones impuestas políticamente al desarrollo y se mejoran la rendición de cuentas y la transparencia en la administración pública, los actores económicos tendrán libertad y mejores oportunidades para buscar retornos económicos. Los teóricos de la democracia del mercado defienden que es el mejor sistema de ordenamiento de instituciones económicas y sociales para alcanzar mayores niveles de libertades y bienestar.

El diseño de instituciones político-jurídicas que garanticen el intercambio mediante la libertad contractual y los derechos de la propiedad, es una condición que opere el libre mercado bajo ciertas limitaciones en un sistema democrático. Son estas arrogantes instituciones quienes dictaminan las libertades, oportunidades y capacidades pero descuidan los principios elementales de justicia que no pueden ser sujetos a simples relaciones de mecanismos de libre mercado.

La propiedad privada se convierte en un principio de funcionamiento del mecanismo del mercado pero que en vez de otorgar más libertad, la limita. Parafraseando a Ireton, para la preservación de la propiedad privada, no se puede otorgar la libertad en un sentido amplio.

En el ámbito social, se señala una sociedad heterogénea y diversa, la falta del ethos ciudadano que promueve las libertades y sustente la legalidad en el ejercicio de la administración pública. El enfoque distributivo de Sen sigue un proceso a partir de la consideración de que el punto de partida es la desigualdad como un asunto ético, proporcionar oportunidades es justicia distributiva, las cuales deben traducirse en capacidades como medios para el ejercicio de la libertad. La propuesta del desarrollo humano con un enfoque de justicia distributiva de Sen (2000) inicia en las consideraciones de la desigualdad hasta la libertad como medio por la faculta de decisión y como fin considerado como un bien superior.

El concepto de desarrollo como libertad es propuesto por Sen (1998, 1999, 2000) también llamado enfoque de capacidades. Pero el desarrollo humano en la perspectiva de Sen (2000), no es la simple sumatoria de las libertades individuales, sino socialmente interrelacionadas. Es decir, libertades individuales que son contextualizadas en una sociedad y por lo tanto se consideran libertades colectivas que requieren de un sistema democrático para su desarrollo, y por lo tanto la transformación de los desempeños democráticos de aparentes y formales a reales.

El razonamiento en que se fundamenta el desarrollo como libertad, considera que la libertad se expresa tanto en lo que la persona hace, como en las alternativas que tiene para obtener más oportunidades para ampliar la ventaja humana. Sen (1999: 1 y 2) sostiene que "el proceso de desarrollo puede considerarse como ampliación de la libertad humana...la calidad de vida tiene que ser juzgada no solamente por la forma en que terminamos viviendo, sino por las alternativas sustanciales que tenemos...". La libertad concebida como el fin del desarrollo humano exige la eliminación de las fuentes que la limitan o privan, tales como la pobreza, concebida como la privación de las capacidades básicas.

El ejercicio de las libertades individuales no necesariamente está en correspondencia con las oportunidades y capacidades de los individuos, por lo que no siempre es real y queda supeditado a la voluntad política de los gobernantes. Entendida la democracia como el espacio de expresión de las libertades individuales que requieren condiciones materiales mínimas de bienestar y calidad de vida de las personas.

No obstante, es criticable la posición de Sen cuando se refiere al desarrollo como un modelo de intercambio de beneficios recíprocos complementado con un sistema de libertades y leyes que funcionan y sistemas judiciales que inspiran confianza a los ciudadanos (Sen y Wolfenshon, 1999). Su propuesta libera los elementos económicos sociales, políticos, culturales, ambientales, etc. de las personas. La estrategia de desarrollo humano sostenible busca revertir la tendencia del deterioro mediante las libertades de discriminación (Género, raza, origen, etc.), libertad de la necesidad (nivel de vida decente), libertad para desarrollarse y realizarse (potencialidad humana), libertad del temor (amenazas contra seguridad personal, tortura, etc.), libertad de la injusticia y de las violaciones a la ley, libertad para participar (expresión de opiniones, etc.), libertad para tener un trabajo decente, etc.

Los excluidos son víctimas del modelo económico político por lo que deriva en un problema ético que solamente puede ser solventado con su propio derecho para combatir las iniquidades con sus propias formas de movilización y organización hasta alcanzar su propia liberalización entendida como el conjunto de acciones que liberan las libertades cautivas para desarrollar la vida humana a través de un nuevo marco institucional. Para ello es necesario reconocer los límites de pobreza y exclusión que los pueblos son capaces de soportar, los impedimentos para expansión de libertades, oportunidades y capacidades de los individuos.

El concepto utilitarista o bienestarista de bienestar se centra en los medios, mientras que el concepto centrado en los fines del bienestar humano está referido a en las realizaciones individuales a partir del ejercicio de la propia libertad, por lo que la realización de los fines como indicadores del bienestar humano depende de la voluntad o agencia personal. Las políticas redistributivas del Estado tienden a igualar las oportunidades y opciones de elección de los individuos que la desigualdad limita y que se manifiesta en una falta de libertad para tener acceso en igualdad de circunstancias a los bienes.

La socialdemocracia impulsa el Estado de Bienestar que perpetúa la injusta distribución del poder, no necesariamente se identifica con la libertad y la justicia social y cuyas relaciones sociales derivan de la explotación del hombre por el hombre a través de los procesos productivos que limitan el desarrollo de las potencialidades de los individuos.

Las instituciones no solo contribuyen a nuestras libertades, sino que deben ser evaluadas en su función de su contribución a nuestras libertades. Así lo exige el contemplar el desarrollo humano como libertad. La gobernabilidad según Kauffman (2000) es un concepto clave en el dominio de las libertades públicas y se revela indispensable a los ciudadanos que desean pronunciarse sobre la acción del Estado. La emergencia de las organizaciones de la sociedad civil tiende a equilibrar las relaciones entre el Estado y el

mercado, lo cual contribuye a lograr mejores niveles de crecimiento económico, desarrollo social y libertad política de los pueblos y reducir las brechas generadas por las desigualdades.

La especialización y la competitividad son efectos del libre comercio en las economías nacionales que tienden a ser positivos si se persiguen políticas progresivas de prácticas de los principios democráticos y de libertad. Al nivel individual, los conceptos definatorios de competitividad son los estándares de vida, el bienestar funcional, el crecimiento personal, el incremento del capital humano, la libertad personal y la seguridad física.

Así el neoliberalismo predica la libertad y la igualdad de oportunidades, pero la realidad es otra. No todos tienen las mismas oportunidades de acceso a los recursos y quienes tienen menos se hunden. La competitividad neoliberal excluye a las personas del desarrollo, las vuelve prescindibles, desechables.

La economía de la información y las comunicaciones avanza más rápido que las cuestiones políticas, limitando el alcance de los beneficios de las tecnologías para la libertad y creando una concentración mayor de las fuentes de poder en forma de un feudalismo electrónico.

Repensar el sistema democrático desde una perspectiva de la creación de un sistema de organización complementario de socialismo y democracia libertaria que reconozca a los individuos como los sujetos activos de la política, en ejercicio pleno de su libertad y de su igualdad.

2. Derechos

Hasta nuestros días, los derechos ciudadanos, sociales y democráticos planteados por la Revolución Francesa no han sido conquistados todavía a escala mundial. La revolución mundial de 1848 se marca con la expulsión de Metternich en Francia por revolución social que afirma los derechos de los "trabajadores" que inspira "la primavera de las naciones" en Europa.

El orden político tiene como principios la relación que existe entre los fines legítimos del gobierno y los derechos de los ciudadanos, establecimiento de límites a la toma de decisiones gubernamentales, la relevancia de decisiones políticas sobre derechos que son ampliamente y valiosamente aceptados da lugar a mayores niveles de captura de rentas, por lo que North, Summerhill y Weingast (2002) concluyen que una reducción en la relevancia de las decisiones políticas permite al Estado la creación de compromisos más creíbles, esenciales para mantener los derechos políticos. Las constituciones señalan las interrelaciones ideales entre los poderes autónomos y equilibrados y los derechos civiles contra el Estado, muchas de las veces difícilmente aplicables a la realidad de las situaciones.

Los derechos políticos, cívicos, sociales y jurídicos como elementos de un proyecto de vida social se ejercen en el ámbito del Estado nación, entidad que conforma la voluntad de un pueblo para establecer elementos de relación pacífica, enlace cultural y entendimiento con otras culturas. Los derechos políticos y civiles garantizan la formación de valores centrales para los procesos de formulación de opciones y políticas mediante la participación de los directamente involucrados.

Los derechos subjetivos e intereses de los individuos se forman en las relaciones entre su fuero personal y la vida en comunidad. Así de los intereses privados se desarrollan mediante la asociación de los individuos en la comunidad, por lo que "en el interior de la sociedad se organizan los intereses privados del ciudadano y cuando ellos están animados por una voluntad de defensa de lo propio y de lo colectivo, de servicio público, de asociación en provecho de derechos sociales y políticos, surge la sociedad civil" de acuerdo a Torres-Rivas (2001).

Lo colectivo tiene como complemento necesario la autonomía personal y lo individual, de tal forma que al mismo tiempo que se reconocen derechos y obligaciones, también se parte de la comunidad. Si bien la sociedad civil es privada en sus orígenes, los intereses y derechos colectivos se realizan en la vida política y pública. El mayor reto que enfrenta la sociedad civil es el desarrollo de las facultades para administrar su propia regulación específica de derechos y obligaciones.

La escuela de la jurisprudencia sociológica reconoce los derechos sociales para proteger a grupos de personas e instituciones. Las reglas no son simples sistemas regulatorios sino marcos de referencia cognitivos culturales que definen la naturaleza de los actores, sus intereses y sus derechos.

En el modelo liberal de democracia se conjuntan los intereses particulares de los ciudadanos en la economía de mercado, es por tanto un instrumento para que los individuos desplieguen sus derechos subjetivos negativos que garantizan el ámbito de actuación y acción política de los individuos sin que sean coaccionados y les garantizan una igualdad legal. Esenciales a la democracia son las posibilidades que tiene la población para tener acceso al conocimiento y el respeto a su derecho a la información que garantizan una participación efectiva.

La función del mercado se fundamenta en el rational choice, o principio racional que busca la maximización de beneficios individuales por sobre la noción del bien común, lo que exacerba los derechos individuales por sobre los colectivos y afirma la tendencia al autoritarismo. La sociedad autoritaria limita el alcance de un orden político basado en la cooperación social y desarrolla un sistema de intercambio político donde se otorgan derechos y privilegios por lealtad y apoyo.

La función del mercado impone el trato a los individuos como consumidores más que como ciudadanos, con una desarticulada capacidad para ejercer sus derechos y con pocas posibilidades para la acción colectiva y desarrollo solidario e introduce una dinámica perversa de desarrollo social y crecimiento económico, convirtiendo a este último en un fin en sí mismo y limitado por la noción de la cuantitativa en términos del PIB per cápita y el consumo real promedio. Lamentablemente, la ciudadanía no ha comprendido que el concepto de cliente es con el que más se identifica y no como un ciudadano cuya participación social garantiza sus derechos.

Los componentes del concepto de la democracia liberal son el control del Estado y de sus decisiones y asignaciones se fundamentan en las autoridades electas, un poder ejecutivo limitado por otras instituciones estatales autónomas, el respeto y reconocimiento de derechos a las minorías culturales, étnicas y religiosas, multiplicidad de canales de comunicación, expresión y representación de los intereses partidistas y de grupos, etc.

A partir de los fundamentos teórico-metodológicos de las relaciones entre el desarrollo económico y las instituciones jurídicas que establece la Nueva Economía Institucional, se superan las limitaciones del análisis del "movimiento del derecho y el desarrollo", y se establecen las bases para la construcción del Estado de Derecho promovente del desarrollo económico. Las instituciones proveen las estructuras para definir y limitar el conjunto de elecciones de los individuos, reduciendo la incertidumbre mediante la regulación de un medio ambiente legal de los derechos de propiedad, el establecimiento de convenciones sociales y normas, la preocupación por un desarrollo económico centrado en el desarrollo institucional, etc.

De acuerdo a Burgos Silva (2002), el análisis económico neoinstitucionalista define la institucionalidad jurídica y el desarrollo económico, cuestiona el derecho como instrumento del desarrollo económico y reconoce a las instituciones informales y promueve mecanismos institucionales considerados como óptimos. De acuerdo con Prats (2002), "El mensaje del neoinstitucionalismo económico es una buena nueva para la democracia liberal: En las condiciones actuales las instituciones necesarias para definir y garantizar los derechos individuales requeridos para el mayor y mejor desarrollo económico no sólo son compatibles sino que son las mismas necesarias para disponer de una democracia duradera (Olson, 1993; Citado por Prats, 2002).

Saldomando, (2002) sintetiza la tendencia teórico metodológica que tiene la gobernabilidad a partir de que la corriente neoliberal que impone como agenda los derechos del mercado y las políticas de desregulación en un marco de normatividad transnacional. Las disfuncionalidades del mercado limitan el uso efectivo de las asignaciones y los derechos sobre los recursos a un gran número de personas, lo que incrementa los niveles de pobreza. Este programa de gobernabilidad busca la promoción de la política democrática orientada a la formación de una opinión pública mediante una regeneración de la vida ciudadana capaz de encausar los intereses y derechos de la sociedad civil que el mismo Estado reconoce.

Esta modernidad se declara a favor de los derechos del individuo en franca oposición a los derechos sociales, lo que afirma más la tendencia autoritaria del capitalismo. No obstante, la modernidad es la ideología del sistema capitalista que se declara a sí misma como la defensora de los derechos individuales por sobre los derechos de la sociedad. Esta modernidad exagera los derechos individuales por sobre los derechos sociales.

Los nuevos arreglos institucionales que dan origen a nuevas formas de gobernabilidad proporcionan beneficios que compensan ampliamente las inversiones que resuelven las relaciones contractuales, de acuerdo a la teoría de la agencia, entre el principal y el agente, mediante un conjunto de normas organizacionales e institucionales de tal forma que determinan derechos y obligaciones de los empleados y reducen los comportamientos oportunistas a su mínima expresión. Las formas organizacionales se caracterizan por la identificación y diseminación de las metas colectivas, la regulación de los flujos de recursos organizacionales y la identificación y gobierno de derechos y obligaciones, funciones y papeles de los miembros de la organización.

El enfoque de los "derechos" de Sen toma en consideración no solamente los ingresos de las personas, sino también de los activos y asignaciones, es decir, describe la relación de las personas con los recursos con que cuentan y los satisfactores que necesitan para cubrir las necesidades básicas de subsistencia. Para revertir el círculo vicioso de la pobreza, y salir de la trampa, de acuerdo al enfoque de "derechos" es necesario identificar y eliminar las limitaciones que comprometen el desarrollo de las competencias y habilidades para que los pobres logren la aplicación de estrategias de acumulación.

En este sentido, por proteger los derechos individuales por sobre los colectivos, el sistema capitalista muestra una tendencia latente hacia el autoritarismo. Por este mismo individualismo es que la tendencia del sistema capitalista es hacia el autoritarismo, ya que exagera los derechos individuales por sobre los colectivos.

Una ciudadanía activa en el ejercicio de sus derechos políticos, civiles y sociales y un Estado de Derecho legitimado son requisitos de un sistema democrático. Sin embargo, el requisito para un desarrollo efectivo es la ciudadanía real, y por tal entendemos una ciudadanía en sentido amplio que comprende tanto los derechos políticos, económicos y sociales. Los derechos fundamentales y políticamente relevantes para la gestión sustentable del desarrollo local son el derecho a la identidad, al territorio, a la autonomía y a su propia visión del desarrollo. La ciudadanía se adquiere cuando se defienden los derechos tal como lo hicieron la clase burguesa y media anteriormente y más recientemente los pobres.

La organización virtual descansa en los pilares de la producción de información, la estandarización de la interacción y la abstracción de los derechos de propiedad (Mowshowitz, 1994). El conocimiento basado en redes fortalece la conexión inherente entre acceso de información, democracia, derechos humanos, protección del medio ambiente y desarrollo sustentable mediante la provisión útil de información para la solución de problemas, alienta la participación comunitaria para una mejor organización de intervenciones del desarrollo y para mejorar las relaciones entre varios grupos de interés para el desarrollo (Nath, 2000). La creación de conocimientos a través de pasos como el procesamiento, desarrollo de productos y asimilación de la información disponible con una orientación de derechos de propiedad intelectual que permite a sus autores un valor por la explotación determinado por los usuarios finales y los productores.

Los derechos de propiedad intelectual alientan la innovación comercial creando un monopolio temporal para su explotación, mientras que permiten compartir el conocimiento anterior. Para que el mercado ejerza su función reguladora no es suficiente asegurar la competencia mediante la exigencia de los derechos de propiedad industrial e intelectual. El mejoramiento de las instituciones que promueven la innovación, tales como los derechos de propiedad, incide en la economía simulada que indica que el factor más importante en la transición al crecimiento ha sido el incremento en lo producido para compensar a los inventores.

La no-interferencia del gobierno con los derechos de propiedad privada es instrumental en la obtención de inversiones de capital a largo plazo, el cual es requerido por las naciones para alcanzar tasas

de alto rendimiento. El establecimiento de un sistema de derechos de propiedad no es la garantía para crear los mecanismos del mercado y los incentivos suficientes como para que el Estado deje de intervenir estratégicamente en la economía. La escuela de la economía de los derechos de propiedad argumentan que la propiedad común de los bienes genera ineficiencias, pero sin embargo, se puede contra argumentar que la privatización también es ineficiente ya que otorga más poder para negociar a aquellos que adquieren la propiedad privada. Un análisis de los mecanismos de gobernabilidad para las transacciones del sector privado puede ser determinada por los derechos de propiedad.

El respeto al derecho internacional reconocido por todos los Estados ayuda a sostener el funcionamiento de la sociedad civil. Las decisiones de la OMC constituyen una violación de los principios fundamentales de derecho económico, social y ambiental defendidos por la ONU y la OIT (Organización Internacional del Trabajo).

Para Sartori (1997), la democracia debe cumplir entre otros requisitos, el derecho universal al sufragio y el derecho que tienen los electores a destituir a los gobernantes electos (Sartori, 1999). La democracia liberal representativa sustrae de los ciudadanos su derecho de decisión política para establecer la voluntad colectiva. Una combinación de la democracia directa con algunas expresiones controladas de democracia representativa traería beneficios que podría ayudar a la gente común a expresarse y sentirse representada, y a ganar independencia sin que abandone sus derechos políticos

La participación se concibe como las posibilidades de los individuos en una sociedad que tienen el derecho de deliberar, discutir y hacer pronunciamientos en su toma de decisiones. Es en este sentido que la participación es una condición necesaria aunque no suficiente para la deliberación

Los nuevos movimientos civiles defienden la soberanía, los derechos de los pueblos y el control de las políticas domésticas para sobrevivir con dignidad. Con el objeto de asegurar el respeto a los derechos y la consideración de los derechos económicos, sociales y culturales en la regulación de las economías nacionales y mundial, se debe admitir la sumisión a la justicia de los derechos económicos, sociales y culturales. La justicia es un acto de reconocimiento de los derechos de cada una de las personas que participan del mismo ideal de sociedad y por lo tanto, unidas en vínculos mundializados de solidaridad, más que en la mundialización de las relaciones de mercado..

3. Derechos humanos

Los derechos humanos emergen después de la Guerra Fría como un discurso normativo. El concepto ampliado de derechos humanos implica no solamente las reivindicaciones políticas y civiles, sino también las económicas, sociales y culturales de la población.

Precisamente, los orígenes de la democracia están en el fortalecimiento de instituciones políticas de representación, la defensa de los derechos humanos, la existencia de fuentes de opinión, y la protección de los derechos humanos y colectivos de los ciudadanos (Ortega Ortíz, 2001). La vieja doctrina internacional de no-intervención en los asuntos nacionales, está siendo sustituida por la nueva ley

internacional de derechos humanos. El incremento notable en los últimos años de las organizaciones sociales y las organizaciones no gubernamentales, consolidan la participación activa de los movimientos de liberación, de derechos humanos y de democratización, en amplios programas de desarrollo económico, político y social.

Las consecuencias desfavorables de la aplicación de las políticas neoliberales tienen implicaciones con los derechos humanos. Las grandes corporaciones transnacionales registran constantes violaciones a las normas de protección del medio ambiente y abuso a los derechos humanos, etc.

Las democracias delegativas, según O'Donnell(1994) simulan tener las características de una democracia liberal pero con instituciones políticas débiles que son aprovechadas por los políticos que ejercen el poder con flagrante violación de los derechos humanos.

4. Estado de Derecho

El Estado de Derecho garantiza la legalidad pública centrada en los derechos humanos en todo el territorio, y por tanto, la soberanía legal. El reconocimiento de los derechos de los ciudadanos en un Estado de Derecho y un sistema democrático, constituyen la base de los procesos de descentralización y el control social. Un Estado democrático aplica con legitimidad el monopolio de la fuerza con una relativa independencia de los intereses socioeconómicos de tal forma que facilita y apoya la participación social y protege el ejercicio de los derechos civiles, políticos y económicos.

El derecho es un instrumento del Estado que constituye un sistema de incentivos y obstáculos que encausan los comportamientos en determinados cursos de acción de conformidad con los objetivos que un sistema económico y social se plantea para su proceso de desarrollo. Por lo tanto, el derecho establece los límites propios al poder estatal en el ámbito económico y su capacidad de intervención, posibilitan el diseño de los arreglos institucionales que facilitan la predictibilidad en las interacciones sociales e incentivan los comportamientos que concurren al modelo de desarrollo deseado.

Con la Revolución Francesa sacudió el ambiente cultural del mundo porque se hizo del poder un grupo que propuso que el gobierno tenía el derecho de imponer un cambio radical en el sistema social como un fenómeno normal, y debía hacerlo en nombre del "pueblo", que era "soberano", ideas que prendieron en todo el mundo, que de hecho no ha variado desde entonces. El romanticismo alemán exaltó al nacionalismo y lo opuso al cosmopolitismo que sujeta a los Estados al derecho internacional cosmopolítico (Kant) que postula que todos los pueblos están originariamente en comunidad del suelo sin la posesión jurídica, concepto que choca con el de soberanía que postula a la nación como propietaria de un territorio determinado y al Estado como su representante.

El Estado de Derecho de un país es el creador de un conjunto de incentivos que inciden en el desarrollo económico a través de un marco institucional para el control y la accountability del poder público. Por lo tanto, existe una relación de influencia recíproca directa entre el Estado de derecho y los niveles de desarrollo económico, social y político, aunque existen algunos análisis que tratan de explicar

algunos impedimentos del desarrollo jurídico en un Estado de Derecho, el cual debe crear las condiciones para el ejercicio de los derechos civiles y político democráticos.

El "movimiento de derecho y desarrollo" que se desarrolló en los setenta, analizó desde un etnocentrismo, la vinculación de los sistemas de derecho al proceso de desarrollo económico para lograr metas de desarrollo socioeconómico a través de instrumentos jurídicos, especialmente de derecho público, de funcionamiento del mercado. El etnocentrismo institucional desconoce la endogeneidad del desarrollo institucional considerando los riesgos de las adaptaciones institucionales.

Desgraciadamente faltó sistematización teórica para fundamentar el papel del derecho en el desarrollo económico, ya que solamente se fundamentaba en los trabajos de Weber sobre los análisis de modernización y en la jurisprudencia sociológica.

Un trabajo posterior de Campos (1999) sugiere que existe un grupo de variables institucionales fundamentales para la promoción del desarrollo económico, entre las que destacan la calidad de la burocracia y el Estado de Derecho. El concepto de autonomía local entendida como el derecho que tienen los gobiernos locales para gobernarse libremente, es considerado como una amenaza a la integridad nacional.

Los países liberalizan los factores domésticos del mercado, los mercados domésticos de mercancías y se establecen los derechos de propiedad. El razonamiento es sencillo: dada una asignación eficiente de los derechos de propiedad (que no consolide sino que impida capturas de renta en el proceso político-económico), las personas y las organizaciones para ser económicamente eficientes necesitan un gobierno seguro que respete los derechos individuales y que genere un entorno de respeto a la propiedad ganada y de cumplimiento de los contratos a través en última instancia de una justicia imparcial. El buen gobierno propicia beneficios que facilitan la participación ciudadana, mantienen la estabilidad política, garantizan la transparencia y la existencia de un estado de derecho que crea confianza entre los ciudadanos (Orozco, 2001).

La crisis permanente del Estado social y democrático de derecho y sus funciones más características, contribuyen a acelerar el proceso de descomposición social, el desenraizamiento cultural, y la caída en la anomia y la delincuencia, que sirve de justificación del dispositivo de represión y criminalización. Los sistemas políticos de baja institucionalidad se caracterizan por discrecionalidad generalizada en la aplicación, interpretación y alcance de la ley contraviniendo el espíritu del Estado de derecho, esto es una sociedad de reglas estables y derechos aplicados con imparcialidad a todos los ciudadanos. (Feldman, 2001:9-11).

Entre algunos de los factores que influyen negativamente en la implantación de un Estado de Derecho, y que caracterizan al Estado Latinoamericano, Dalton (2002) señala entre otros, en el ámbito político, una soberanía débil debido a la falta de un monopolio efectivo de la fuerza del Estado sobre el territorio, falta de separación entre lo político y lo jurídico que sujeta la práctica jurídica a la lógica política y a las presiones e intereses de los políticos.

Los elementos del Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas para la promoción de la gobernabilidad y la democracia en Latinoamérica comprenden la consolidación de la gobernabilidad democrática más allá de las elecciones, el fortalecimiento de las instituciones de la gobernabilidad democrática, promoción del Estado de Derecho mediante la separación de poderes, el apoyo a la sociedad civil con atención particularizada a las organizaciones no gubernamentales, grupos de educación cívica, centro de estudio y desarrollo de políticas, medios de comunicación independientes y sindicatos (Santiso, 2002).

El surgimiento de un nacionalismo cosmopolita formador de identidad postnacional es la consecuencia directa de identidades nacionales que están en apertura a entornos que exigen más tolerancia y pluralidad ideológica, y que se basa en los principios universalistas del Estado de Derecho y de la democracia.

La democracia representativa institucionalizada en el estado social del Derecho cumple con los requerimientos de la ética que convierte en inexcusable la lealtad de los decisores. Un Estado deja de ser democrático cuando tiene que sostenerse por la fuerza o mediante la supresión de los derechos democráticos. El Estado subsidiario difícilmente puede alcanzar la estabilidad democrática aún contando con el apoyo de una sociedad civil fuerte, aunque esta sí puede influir en la corrección del rumbo del Estado a través de movimientos sociales y revolucionarios. Habermas sustituye la identidad nacional por la identidad postnacional con fundamento en el Estado de Derecho y la democracia.

5. Globalización de la libertad y los derechos

El modelo neoliberal de globalización prioriza una política económica mundial de libre mercado que deja a las empresas en libertad de acción bajo una competencia por el dominio de los mercados globales en detrimento del marco regulatorio de los estados nacionales minimizados en acción política e imposibilitados para la intervención, de tal forma que garanticen la multilateralidad de libre flujo del comercio, las finanzas y protejan los derechos patrimoniales.

Este liberalismo económico se apuntala en el mercado como un mecanismo efectivo de regulación que fomenta una cultura global de consumo y en la democracia liberal como la única forma de organización política capaz de equilibrar las aspiraciones individuales y colectivas de libertad con el poder del Estado. El mercado funciona bajo condiciones de competencia, libertad de concurrencia y una demanda en continuo crecimiento. Es el mercado el eje de un sistema mundial único inducido por procesos de globalización bajo principios del liberalismo económico que eleva las libertades del individuo hasta lograr su aislamiento. La aplicación de este evangelio enfatiza el carácter de un sistema intelectual cerrado que supone como la única libertad real a la libertad comercial.

La globalización neoliberal es la hegemonía de la ideología del mercado representada por una "metáfora incontestable por una sociedad en libertad para hacer con la propiedad lo que le plazca sin interferencia del Estado" (Birchfield, 1999). Al mismo tiempo, el regionalismo se manifiesta internamente

en los Estados-nación y es el resultado de un sentimiento de libertad producto de los cambios culturales que resultan de los procesos de globalización.

Por lo tanto, los procesos de globalización económica inducen deliberadamente y perversamente impedimentos para la expansión de las libertades, oportunidades y capacidades individuales en los países menos desarrollados. No obstante, los gobiernos de las naciones que son proponentes de la globalización y que más se han beneficiado de estos procesos, tratan de redistribuir la riqueza para obtener una mayor igualdad social, incluso si es necesario imponer a la fuerza el valor contrario de preservar las libertades individuales.

La libertad e igualdad de acceso a las oportunidades de desarrollo inducida por la globalización se reduce y supedita a los intereses de los vínculos comerciales y los movimientos de capitales que dan por resultado la mundialización de la pobreza que se sostiene en una desigualdad acumulativa y no autocorrectiva que dificulta mantener un equilibrio. No obstante las transnacionales no se sienten responsables cuando sus prácticas y políticas afectan negativamente a las sociedades, porque su carácter supranacional les permite tener libertad para buscar posicionamientos en el mercado global, por encima de reglamentaciones y de fronteras, sin que exista Estado nacional o institución internacional que regule sus actividades.

Es muy cuestionable la posición de Ali (2001) que sostiene que la globalización significa la habilidad de una corporación para conducir negocios entre las fronteras en un mercado abierto, y la maximización de los beneficios organizacionales, sin que se inflijan daños sociales o violaciones a los derechos de las personas de otras culturas.

De hecho, los procesos de globalización y modernización no eliminan la capacidad de acción colectiva para oponerse al poder, reivindicar derechos humanos, políticos, cívicos, sociales, etc., por lo que las condiciones de inestabilidad e incertidumbre se incrementan.

El concepto de ciudadanía global hace referencia al principio de igualdad basado en el derecho a la diversidad que reconocen los derechos políticos y civiles como indivisibles e interdependientes con los derechos económicos, sociales y culturales a pesar de que el ejercicio de estos últimos requiere procesos políticos de exigencia por acción individual o colectiva para su reconocimiento y para tener el acceso al disfrute de los bienes y servicios que resultan, aunque en la exigencia y reconocimiento de los bienes públicos globales todavía no se desarrollan las estructuras institucionales que garanticen la provisión adecuada de dichos bienes.

La carencia de instituciones globales titulares de la defensa y exigencia de derechos económicos, sociales y culturales hace que siga siendo una responsabilidad de instituciones nacionales, por lo que su exigibilidad política y jurídica internacional son tareas prioritarias para la construcción de un nuevo orden con instituciones globales competentes que concreten el cumplimiento y aplicación de los derechos económicos y sociales de todos los miembros de la comunidad internacional.

La retórica del poder militar hegemónico en el mundo, justifica las intervenciones militares en los demás países del mundo por "razones humanitarias", para imponer la democracia como sistema de

governabilidad global o en nombre de los derechos de los pueblos. Este supuesto del derecho de intervención se justifica por la defensa de la democracia, por razones humanitarias y en nombre de los derechos de los pueblos. Para mantener su hegemonía, los Estados Unidos llevan a cabo una estrategia sistemática de demostración del poder militar, mientras que se muestra defensor de la democracia, la paz universal, el progreso material y los derechos de los pueblos.

La sociedad civil global debe asegurar la igualdad cívica universal caracterizada por el respeto a los derechos humanos como condición de desarrollo de la humanidad. En los próximos años se avisan un incremento de movimientos sociales nuevos con acciones de resistencia y oposición a los efectos de los procesos de globalización, lo que afirma la sentencia de Thoreau en el sentido de que todos los hombres reconocen el derecho a la revolución, como el derecho a rechazar la obediencia, lealtad y a resistir a un gobierno cuando su tiranía e ineficiencia son insoportables. Así, lo que Thoreau sostuvo, de que todos los hombres reconocen el derecho a la revolución, como el derecho a rechazar la obediencia, lealtad y a resistir a un gobierno cuando su tiranía e ineficiencias son insoportables, no tiene cabida.

6. Discusión

Quienes tienen a su cargo la arquitectura de las nuevas instituciones globales, no pueden ignorar el desarrollo de normas para la creación de la regla del derecho y la justicia social de observancia mundial. Una mayor libertad política e igualdad social requiere de nuevas estructuras y arreglos de las instituciones políticas. Las normas básicas y las formas de regulación se refuerzan mutuamente con el Estado de Derecho y con las estructuras institucionales integradas por las redes de los actores políticos estratégicos y por el conjunto de las políticas públicas, económicas, sociales, etc.

Repensar el sistema democrático desde una perspectiva de la creación de un sistema de organización complementario de socialismo y democracia libertaria que reconozca a los individuos como los sujetos activos de la política, en ejercicio pleno de su libertad y de su igualdad. Las instituciones públicas político jurídicas deben determinar los derechos de propiedad y garantizar la libertad contractual para los intercambios y valores de tal forma que sean legitimadas por las políticas públicas en los sistemas democráticos.

Como propuestas concretas, deben formularse e implantarse políticas públicas a partir del consenso entre los principales actores sociales, económicos y políticos, con una orientación clara a revisar y corregir los desajustes y disfuncionalidades del modelo económico y que impliquen el cumplimiento de la instrumentación de medidas de acción social gubernamental tendientes a lograr mayor eficiencia y eficacia del ejercicio de los recursos públicos en el ejercicio de los derechos sociales.

Referencias bibliográficas:

- Ali, Abbas J. (2001) "In defense of globalization", *Competitiveness Review*, Vol. 11, No. 1, i-iii.
- Asenjo, J (1984). "La constitución económica española". Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Birchfield, Vicki (1999). "Contesting the hegemony of market ideology: Gramsci's 'good sense' and Polanyi's 'double movement'. *Review of International Political Economy* 6:1 Spring 1999: 27-54.
- Burgos Silva, Germán (2002). "Estado de Derecho y desarrollo económico: aportes y limitaciones de los análisis neoinstitucionales", *Revista Instituciones y Desarrollo* No. 12 -13, páginas 193-221. Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Barcelona.
- Campos, N. (1999). Context is everything: measuring institutional change in transition economies. Working Paper. CERGE-EI, Czech Republic.
- Dalton, Russell J. & Manfred Kuechler (eds.) (1990) *Challenging the Political Order: New Social and Political Movements in Western Democracies*. Oxford, Polity Press, 1990.
- Feldman, E. (2001). "The emergence of a new governance system in Argentina: Institutional change, politics and economics". Ph.D. Dissertation, Department of Political Science, University of North Carolina, 2001.
- Kauffman, Daniel (2000). Entrevista en el HCCI de Francia.
- Mowshowitz, A. (1994). Virtual organization: A vision of management in the information age. *Information Society*, 10: 267-294.
- Nath, Vicas (2000). "Knowledge networking for sustainable development", KnowNet Initiative, London School of Economics, April 2000.
- North, Douglas C., Summerhill, William y Weingast, Barry R. (2002). "Orden, desorden y cambio económico: Latinoamérica vs. Norteamérica." *Instituciones y Desarrollo*, 17 de diciembre del 2002.
- O'Donnell, Guillermo (1994). "Delegative democracy", *Journal of democracy*. Vol. 5, (1994), no. 1, páginas 55-69.
- Olson, Mancur (1993). "Dictatorship, Democracy and Development", en *American Political Science Review*, vol. 87, número 3, septiembre.
- Orozco, Manuel (2001). "Democracia y participación ciudadana", Instituto Internacional de Gobernabilidad. Magazine no. 23, 6 de noviembre del 2001.
- Ortega Ortíz, Reynaldo Yunuen (2001) "Choque de civilizaciones o conflictos de poder", *El Universal*, Lunes 29 de octubre página 29.
- Prats, Joan (2002). "Instituciones y desarrollo en América Latina ¿Un rol para la ética?". Instituto Internacional de Gobernabilidad. 17 de septiembre de 2002.
- Prats, Joan (2001). "Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco conceptual y analítico", *Instituciones y Desarrollo*, No. 10, Octubre 2001. Barcelona, España.
http://www.iigov.org/revista/re10/re10_04.htm.

- Saldomando, Angel (2002) "La cooperación en gobernabilidad", Instituto Internacional de Gobernabilidad. <http://www.iigov.org/documentoa/tema1/docu0098.htm>
- Santiso, Carlos (2002). "Promoting Democratic Governance and Preventing the Recurrence of Conflict in Central america: the Role of The United Nations Development Programme in Post Conflict Reconstruction" Instituto Internacional de Gobernabilidad, 17 de septiembre de 2002.
- Sartori, Giovanni. (1999). "En defensa de la representación política", Claves de razón práctica. P. 91
- Sartori, Giovanni (1997). ¿Qué es la democracia?, Nueva Imagen, México, 1997.
- Sen, Amartya (2000). El desarrollo como libertad. Barcelona: Paidós.
- Sen Amartya y Wolfenshon, James, D. (1999). "Una moneda con dos caras", En Diario el Comercio, Lima, 9 de mayo de 1999.



SEMINARIOS

SEMINARIO PERMANENTE: DERECHOS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Directora: Dra. Laura Pautassi ¹

Equipo Coordinador: Pilar Arcidiácono ², Esther Levy ³ y Carla Zibecchi ⁴

E- Mail: seminariodesc@gmail.com, gioja@derecho.uba.ar

Año: 2008

Durante el corriente año, se le dio continuidad al Seminario Permanente "Derechos Sociales y Políticas Públicas", con el objeto de avanzar y profundizar en los debates ya iniciados en el transcurso del año 2007.

El Seminario tiene por finalidad analizar y debatir 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. Se busca precisar las vinculaciones entre una estrategia de fortalecimiento de los sistemas de protección de derechos, la incorporación de estándares jurídicos y el marco de las políticas públicas. Asimismo propone poner el foco en 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.

El Seminario permite la especialización de los integrantes del equipo, a la vez que abre un espacio de discusión y formación en el Instituto sobre la temática en cuestión, que pretende ser enriquecida con la interlocución entre académicos, investigadores, miembros del poder judicial, legislativo y ejecutivo. Los objetivos son promover reflexiones sobre las políticas en curso, generar instancias para discutir estrategias tendientes a impulsar el desarrollo de programas de investigación basados en un marco que incorpore estándares de derechos humanos, como también recomendar políticas específicas en relación con la problemática en cuestión.

¹ Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de Buenos Aires), Investigadora CONICET, Investigadora permanente, Instituto A. Gioja, Facultad de Derecho, UBA; docente de posgrado

² Licenciada en Ciencias Políticas, Magíster en Políticas Sociales (UBA), candidata al Doctorado en Ciencias Sociales (UBA), becaria del CONICET-Instituto Gioja docente UBA.

³ Licenciada en Ciencias de la Educación (FFyL/UBA); Magíster en Políticas Sociales (FCSO/UBA), Doctoranda en Educación (FFyL/UBA), Docente e investigadora de la UBA (IICE/FFyL).

⁴ Socióloga (UBA), Magíster en Políticas Sociales, candidata al Doctorado en Ciencias Sociales (UBA), becaria del CONICET-Instituto Gioja, docente de grado (UBA)-

Participantes:

El Seminario está destinado a docentes, investigadores, estudiantes de postgrado, becarios y alumno/as de la Facultad de Derecho y de otras instituciones que trabajen disciplinas afines a la temática.

Actualmente, se encuentra abierta la inscripción al Seminario. Aquellos participantes que desean asistir a los encuentros solo tienen que confirmarlo enviando sus datos personales a: seminariodesc@gmail.com

Dinámica:

Se llevarán adelante exposiciones y comentarios de textos e informes sobre diferentes núcleos teóricos a cargo de los responsables del Seminario. Asimismo, se realizarán presentaciones de expertos en las diversas áreas temáticas abordadas. En todos los casos, habrá lugar para el debate sobre los temas expuestos.

Días y Lugar del Seminario:

Las reuniones tendrán una frecuencia mensual los días martes de 18:00 a 20 horas en la sede del Instituto Gioja, en la sala de usos múltiples. Luego del receso invernal, informaremos los encuentros para el segundo cuatrimestre del año.

SEMINARIO PERMANENTE SOBRE LA HISTORIA DE LA FACULTAD DE DERECHO.

ACTIVIDADES 2008

Coordinador: Dr. Tulio Ortiz

- **E-mail de referencia:** sphfd@derecho.uba.ar

- **Página web:**

http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_actividades_novedades_sem_permanente_hist_fder.php

Durante el año en curso el Seminario Permanente ha realizado sus actividades habituales, iniciadas en el 2004.

Estuvieron dentro del marco de la Conmemoración del Bicentenario de la Revolución de Mayo, Consistieron en el dictado del Seminario y en conferencias. También en la publicación electrónica de una investigación.

Clases.

Se dictaron durante los meses de abril a octubre siendo válido, asimismo, para posgrado, doctorado y Carrera Docente.

El programa desarrollado fue el siguiente.

TEMA: *Nuevos aportes al rol de la Facultad de Derecho en la construcción de la Nación Argentina.*

OBJETIVO: Este curso continúa la misma línea de investigación que los precedentes siendo su objetivo este año profundizar aspectos estudiados el año anterior de la que hemos denominado etapa de consolidación del Estado Moderno argentino que abarca los años 1880-1916. Se analizará el rol de la *intelligentzia* argentina y en particular de la Facultad de Derecho como generadora de parte de la clase política. Se considerará como incorporado al período de gestación de la conmemoración del Bicentenario de la Revolución de Mayo en nuestra Facultad.

METODOLOGIA: A las clases teóricas, le seguirán debates con los cursantes.

PROMOCION: Coloquio final.

Horas: 30.

Días: Miércoles.

Hora: 16,30 a 18.

Dirigido a: egresados, doctorandos, miembros de la Carrera Docente, miembros del Seminario Permanente de historia de la Facultad de Derecho, estudiantes y a todo interesado según resolución. La promoción será por asistencia o evaluación final, según el régimen respectivo.

DURACION DEL CURSO: 30 horas.

MESES: abril/julio, agosto, septiembre, octubre.

CONTENIDOS.

1. Las primeras clases estarán destinadas a revisar los conceptos fundamentales desarrollados en el curso anterior tales como: Concepto de Estado Moderno. Etapas. Esquema de Pasquino. Su análisis crítico. Elementos integrantes de la consolidación. Papel de las elites dirigentes
2. Concepto de elite, clase política e intelligentsia. La intelligentsia argentina su rol en la construcción del discurso fundacional con principal énfasis en discurso histórico.
3. Los edificios de la Facultad de Derecho. Moreno al 300 y la leyenda de Pedro Benoit. Las Heras y su devenir.
4. Algunos exponentes del pensamiento precursor: Moreno y Etcheverría. Del primero se debatirá la autenticidad del Plan de Operaciones. Del segundo se analizará el pensamiento político.
5. Las reformas anteriores a la Reforma. Importancia de los sucesos de 1871. Los sucesos de los años 03 y 04. Consecuencias. Reforma del Estatuto de 1906. Otras consecuencias. Fundación de la Universidad de La Plata.
6. Figura del primer Rector y Director del Departamento de Jurisprudencia.
7. Las Academias como condensación de la intelligentsia?
8. Las Casas de Estudios surgidas de los hombres de la FD. Los principales ejemplos. El pensamiento fundacional de la Universidad de la Plata en J. V. González y Enrique del Valle Iberlucea.
9. La Facultad de Derecho y los Cancilleres Argentinos.
10. Algunas conclusiones en vistas al Bicentenario de la Revolución de Mayo.

En todo el curso fueron utilizados medios audiovisuales como presentaciones, films documentales y conexiones a internet. Se utilizaron los recursos del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio L. Gioja y las posibilidades que da el denominado Wi. Fi en el ámbito de la Facultad.

Las conferencias, muchas de ellas dentro del Seminario, fueron las siguientes

- **Miércoles 23 de abril de 2008:** Dr. Abelardo Levaggi. Se refirió a dos visitantes ilustres en el Centenario de la Revolución de Mayo: Adolfo Posada y León Duguit.
- **Miércoles 18 de junio de 2008:** Prof. Martha Rodríguez. Expuso sobre la vida y obra cultural del Dr. Ricardo Levene.
- **Miércoles 20 de agosto de 2008:** Dra. María Rosa Pugliese. Disertó sobre Leónidas Anastasi.
- **Miércoles 15 de octubre de 2008.** Lic. María del Carmen Maza. Dictó una conferencia atinente a la sede de la Facultad de Derecho de la Av. Las Heras (1925-1949).

Investigación publicada.

Ortiz, Tulio y Scotti, Luciana, *Las reformas antes de la Reforma*, Buenos Aires, 2008, en la Página de la UBA, sección dedicada a los 90 años de la Reforma Universitaria. Disponible en www.uba.ar\reforma

SEMINARIO PROPUESTO PARA EL AÑO 2009

TEMA: "La consolidación del Estado Moderno argentino. Rol de la intelligenzia de la época y en particular de la Facultad de Derecho"

Horas: **30.**

Días: Miércoles.

Horario: 16,30 a 18.

Fecha de inicio: 8 de abril de 2009

Lugar: Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja".

Válido para Carrera Docente, Doctorado y Posgrado.

Para obtener copia del programa, escriba a: sphfd@derecho.uba.ar

CONFERENCIAS PROGRAMADAS PARA EL AÑO 2009

Miércoles 22 de abril de 2009 (de 16.30 a 18 hs): "La formación de las élites políticas, la cuestión universitaria y el papel de las Facultades de Derecho a principios del siglo XX", a cargo del **Dr. Pablo Buchbinder**

Miércoles 17 de junio de 2009 (de 16.30 a 18 hs): "El Ing. Pedro Benoit", a cargo del **Mtro. Carlos Dellepiane Cálcena**.

Miércoles 19 de agosto de 2009 (de 16.30 a 18 hs): "Orígenes y evolución de la enseñanza del Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho", a cargo de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la **Dra. Sara L. Feldstein de Cárdenas**

Miércoles 21 de octubre de 2009 (de 16.30 a 18 hs): "Wenceslao Escalante", a cargo del **Dr. Marcelo Bazán Lascano**.



CRÓNICAS

BICENTENARIO DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO

ACTIVIDADES REALIZADAS Y PROGRAMADAS

DURANTE 2008

La Comisión Especial del Bicentenario de la Revolución de Mayo, creada por Resoluciones (D) N° 15.678/07 y 16.020/07, organizó durante el año en curso actividades académicas, de investigación y de extensión conmemorativas del Bicentenario de la Revolución de Mayo.

Las actividades ya realizadas son las siguientes:

- **Concurso para estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires sobre "Actualidad de la Revolución de Mayo":** la apertura del concurso fue el 3 de marzo de 2008 y la fecha de cierre fue el 30 de septiembre de 2008. Actualmente, los jurados se encuentran analizando y seleccionando los trabajos que serán premiados.
- **Concierto del Maestro Alfredo Corral:** El sábado 24 de mayo de 2008 a las 16:00 hs. tuvo lugar el Concierto del Maestro Alfredo Corral que se realizó en el marco del Ciclo de Grandes Conciertos de la Facultad de Derecho y de los actos preparatorios de la Conmemoración del Bicentenario de la Revolución de Mayo.

Las obras que interpretó el Maestro Corral se distribuyeron en dos partes y fueron las siguientes:

I. La Música en los Salones de Buenos Aires en la primera mitad del siglo XIX

Ludwig van Beethoven (1770 – 1827)

Minué en Sol Mayor WoO.10 N°2

Amancio Alcorta (1805 – 1862)

Minué en mi menor

Minuet, Los Abrazos, en Sol Mayor

Minuet, Lamentos de una viuda

Contradanza, Un destello de dolor

Cuadrillas

Pantalon – Été – Poule – Tremis – Finale

Franz Schubert (1797 – 1828)

Selección de Ländler D. 366

Juan Bautista Alberdi (1810 – 1884)

“Figarillo”, minué en Si b Mayor

“La ausencia”, minué en La b Mayor

Minué en Si b Mayor

Vals en Fa Mayor

Vals en Si b Mayor

“La candorosa”, vals en La Mayor

Frédéric Chopin (1810 – 1849)

Vals en La bemol Mayor Op.69 N°1

Juan Pedro Esnaola (1808 – 1878)

Vals en Re b Mayor

Minué Federal o Montonero

II. Celestino Piaggio (1886-1931)

Sonata en Do # menor

Animado – Andando – SCHERZO. Vivo – RONDO. Alegre.

- **Muestra de obras plásticas y artistas: "Anticipos del Bicentenario":** La inauguración de la muestra, para la cual fueron convocados realizadores y artistas plásticos, fue el 22 de mayo de 2008 y su clausura el 4 de junio de 2008.
- **Muestra Bibliográfica:** a partir del 24 de mayo, se realizó un adelanto de la muestra de obras historiográficas y documentales de la Biblioteca de la Facultad de Derecho relacionadas con la Revolución de Mayo, que se inaugurará el 23 de octubre del año en curso.
- **Mesa Redonda: "Influencias ideológicas en la Revolución de Mayo":** el día jueves 22 de mayo de 18.30 a 20 horas, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, disertaron los Dres. José Carlos Chiamonte, Carlos Floria y Héctor Tanzi. Moderó el Dr. Abelardo Levaggi.
- **Torneo de Ajedrez en el marco del Bicentenario de la Revolución de Mayo:** se disputó el 27 de septiembre pasado en el Salón de Pasos Perdidos de nuestra Facultad, cuyo premio fue la Copa “Dr. José Zubiaur”, en homenaje al egresado de nuestra Casa de Estudios que participara en la fundación del Comité Olímpico Internacional. La Copa fue obtenida en esta primera oportunidad por la Facultad de Ingeniería.
- **Torneo Fútbol 5 en el marco del Bicentenario de la Revolución de Mayo:** el torneo se está realizando en el gimnasio principal del Departamento de Deportes. Los días de disputa son los sábados y el torneo se desarrolla en ocho fechas, desde el 4 de octubre al 22 de noviembre. En total se disputarán 48 partidos. Participan del torneo 20 equipos de hasta 10 jugadores cada uno.

- **Mesa redonda "El perfil del abogado en 1810 y en la actualidad"**: el jueves 23 de octubre a las 18.30 hs en el Salón de Usos Múltiples del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" disertaron los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Felipe Fucito y Alberto David Leiva. La actividad contó con la moderación de la Dra. Eve Rimoldi de Ladmann.
- **Muestra Bibliográfica**: el jueves 23 de octubre a las 20 hs se inauguró en el Salón de Pasos Perdidos la muestra de obras historiográficas y documentales de la Biblioteca de la Facultad de Derecho relacionadas con la Revolución de Mayo.

Asimismo, la Comisión tiene programadas una serie de actividades en curso de ejecución:

- **Concurso para egresados de trabajos historiográficos sobre "Los abogados en la Revolución de Mayo"**: La apertura del concurso fue el 1 de septiembre de 2008 y la fecha del cierre será el 30 de abril de 2009. Las bases, condiciones, y premios se encuentran disponibles en:
 - http://www.derecho.uba.ar/institucional/bicentenario/bc_actividades_abogados.php
- **Convocatoria a profesores de la Facultad**: Se encuentra abierta la convocatoria para la presentación de trabajos para el libro en homenaje a la Revolución de Mayo en su Bicentenario. La apertura fue el día 1 de octubre de 2008 y el cierre será el 30 de mayo de 2009. Las normas de presentación de los trabajos se hallan disponibles en:
 - http://www.derecho.uba.ar/institucional/bicentenario/bc_actividades_convocatoria_libro.php
- **Torneo de Rugby en el marco del Bicentenario de la Revolución de Mayo**: Un torneo de rugby versión seven se disputará a fines del mes de noviembre, durante dos jornadas.
- **Torneo de Hockey en el marco del Bicentenario de la Revolución de Mayo**: La disputa del torneo de hockey será a mediados de noviembre, durante dos jornadas.
- **Muestra de "Los Esencialistas" (Taller de Investigación Plástica de Heriberto Zorrilla y Helena Distéfano)**: esta muestra se inaugurará el 19 de noviembre en el Salón de Pasos Perdidos, y su duración será del 12 al 24 de noviembre de 2008.
- **Gigantografía de los presidentes egresados de nuestra Facultad**: se inaugurará en breve en la sede de la sección histórica (primer piso). En una continuidad de 22 metros por 0,87 se apreciarán los quince presidentes argentinos que realizaron sus estudios en nuestra Facultad. Todos vestidos con la

banda presidencial, de cuya historia y evolución se efectúa un relato, también secuencial. El diseño es obra de María del Carmen Maza y Elizabeth Kaplan.

- **Placa de los Presidentes de la Nación egresados de la actual Facultad de Derecho:** próximamente, se inaugurará en nuestra casa de estudios una placa referida a los PRESIDENTES DE LA NACIÓN egresados de la actual Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que contará con la presencia de sus autoridades, y a la cual se invitará a los ex presidentes homenajeados o a sus descendientes.
- **Placa en homenaje al Profesor Dr. Carlos Saavedra Lamas:** el día 5 de mayo de 2009, se inaugurará una placa en homenaje al Profesor Dr. Carlos Saavedra Lamas (1878 - 1959), en el cincuentenario de su fallecimiento. Político, diplomático y jurista argentino, galardonado con el Premio Nobel de la Paz en 1936, fue egresado y profesor de la Facultad de Derecho y Rector de la Universidad de Buenos Aires (1941 - 1943).

Por otra parte, cabe destacar que el día 16 de abril de 2008, a partir de las 18 horas, en el Salón del Consejo Directivo de nuestra Facultad, se llevó a cabo una reunión de la Comisión del Bicentenario de la Revolución de Mayo, para la cual fueron convocados los Miembros del Consejo Asesor Honorario, del Consejo Consultivo Honorario y del Comité Organizador. Dicha reunión estuvo presidida por el Decano, Dr. Atilio A. Alterini y contó con la especial participación del Dr. Hugo Sirkin, Secretario de Ciencia y Técnica de la Universidad de Buenos Aires, quien se refirió a las actividades que realizaría la Universidad en adhesión a la Conmemoración del Bicentenario y recibió las sugerencias de Profesores de nuestra casa.

Por otro lado, el día miércoles 21 de mayo el Rector de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Ruben Hallú, recibió a integrantes de la Comisión de la Facultad de Derecho, quienes lo interiorizaron de las actividades programadas y propusieron algunas ideas con el fin de que la UBA lleve a cabo para la Conmemoración del Bicentenario de la Revolución de Mayo, todo acorde con los resultados de la reunión del 16 de abril con los profesores extraordinarios y Directores de los Departamentos y del Instituto de Investigaciones "Ambrosio. L Gioja".

Asimismo, en el marco de las gestiones destinadas a coordinar actividades para la Conmemoración, la Comisión recibió el día viernes 3 a integrantes de la Unidad Puertas del Bicentenario, dependiente de la Vicejefatura de Gobierno de la Ciudad, integrada por la Lic. María Paz Aizpurúa, la Lic. Rosana Etcharri, el Sr. Nicolás Roibos y el Dr. Federico Juan. En esta primera aproximación, antecedente de futuras, los visitantes refirieron algunos de los proyectos que los animan y la posibilidad de un acercamiento de tareas en aras de la Celebración.

Finalmente, cabe señalar que atendiendo al Convenio entre la Universidad de Buenos Aires y la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos se consideró la necesidad de impulsar acciones tendientes a declarar sedes históricas a las sucesivas propias de la Facultad. En tal contexto, en el ámbito de la Facultad de Derecho y de la Comisión del Bicentenario, funcionará un Comité Permanente para la Declaración de las sedes de la Facultad de Derecho como monumentos históricos y para su preservación.

Más información:

E-mail: bicen@derecho.uba.ar

Página web: www.derecho.uba.ar/bicentenario

XXII JORNADAS DE HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

Con el auspicio académico de nuestra Facultad los días 3, 4 y 5 de septiembre de 2008, se celebraron las XXII Jornadas de Historia del Derecho Argentino organizadas por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

Las sesiones de Trabajo versaron sobre las siguientes temáticas: Historiografía, Pensamiento jurídico-político, Administración de justicia, Estatuto jurídico de las personas, Derecho Canónico y Eclesiástico, Enseñanza del Derecho, Régimen Laboral, Derecho Local, Constitucionalismo, Derecho Internacional, Cuestiones Penales, Derecho Comercial y Régimen Tributario.

CONFERENCIA: “LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS Y LOS CONVENIOS DE LA HAYA”

El 15 de octubre se llevó a cabo en nuestra Facultad una Conferencia sobre “La Protección internacional de los niños y los Convenios de La Haya”, a cargo del **Profesor Dr. William Duncan**, Secretario Adjunto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Contó con la moderación del **Dr. Ignacio Goicoechea** y fue organizada por la Maestría en Derecho Internacional Privado, la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, y la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (Facultad de Derecho, UBA), la Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección de Derecho Internacional Privado) y la Asociación de Asistentes y ex – Alumnos de la Academia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Rama Argentina)

Ante una audiencia numerosa, integrada por prestigiosos Profesores y docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, principalmente de Derecho de Familia y de Derecho Internacional Privado, autoridades de la AADI, funcionarios del Poder Judicial, estudiantes de posgrado y de grado y público interesado en general, el **Profesor Duncan** expuso, con meridiana claridad y acabado conocimiento, los aspectos fundamentales del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 1980) y del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (La Haya, 1993).

A continuación de la exposición por separado de cada uno de estos convenios, se abrió una instancia de debate y diálogo enriquecedor con el público presente, que contó con las interesantes intervenciones de profesores de nuestra casa así como del Dr. Ignacio Goicoechea.

Finalizada la conferencia, el público despidió al **Profesor William Duncan** con un cálido y entusiasta aplauso, en agradecimiento a su sobresaliente exposición.

VIII JORNADAS NACIONALES DE FILOSOFÍA Y CIENCIA POLÍTICA

Facultad de Derecho - UNMDP
19, 20, 21 y 22 de Noviembre de 2008

El departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata organiza las **VIII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política**. Estas tendrán lugar en la **Facultad de Derecho-UNMDP** del **19 al 22 de Noviembre** del corriente año. Las jornadas cuentan con el auspicio de las siguientes instituciones: El Instituto de Investigaciones Jurídicas Carlos S. Nino (UNMDP), el Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos (UNMDP), el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas (Universidad Carlos III, Madrid, España), la Fundación Rosa Luxemburg (Berlín, Alemania), el INADI - Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos- Presidencia de la Nación), el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja (UBA), la Fundación AEQUITAS (Madrid, España), el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (España), la Oficina Municipal contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (Municipalidad de General Pueyrredón-Argentina), el Centro de Estudiantes- Facultad de Derecho (UNMDP) y la Asociación de Docentes Universitarios Marplatenses (ADUM).

El temario de las jornadas se conforma del siguiente modo: Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Filosofía Del Derecho, Bioética, Panorama Político Nacional, Política Internacional, Discriminación, Discapacidad, Política Criminal y Teoría Política.

Disertarán Giugliano Antonello (U. Nápoles – Italia), Patricia Kreibohm (UNTucumán), Marta Andrich (UBA), Daniel Lanza (UNMDP), Javier Ansuátegui Roig (U. Carlos III – España), Carlos Lema (U. Carlos III – España), Rafael de Asís Roig (U. Carlos III – España), Hebe Leonardi de Herbón (UBA), Francisco Bariffi (UNMDP), Laura Lora (UBA), María del Carmen Barranco (U. Carlos III de Madrid – España), Isabel Loureiro (RLS – Brasil), María Ángeles Bengoechea (U. Carlos III de Madrid - España), María José Lubertino (INADI), Oscar Blando (UNR), Jozsa Matyas (Embajador República Hungría), Daniel Boccoli (UNR), Adriana Mack (UNR), Gabriel Bombini (UNMDP), Susana M. Neuhaus (UBA), María Susana Bonetto (UNC), Antonino Oddati (Giunta Regionale Della Campania – Italia), Giuseppe Cacciatore (U. Salerno – Italia), Claudina Orunesu (UNMDP), Hugo D. Calello (UBA), Tulio Ortiz (UBA), Ignacio Campoy Cervera (U. Carlos III – España), Agustina Palacios (UNMDP), Christian Cao (UBA), Carmen Pérez de Ontiveros Baquero (U. de Las Palmas de Gran Canaria, España), Juan Carlos Corbetta (UNLP), María Pina de Luca (U. Salerno – Italia), Luis Damiani (U. Bolivariana – Venezuela), María Teresa Piñero (UNC), Solange Delannoy (UNR), Mario Portela (UNMDP), Ricardo del Barco (UNLR), José Luiz Quadros De Magalhaes (Pontificia U. Católica de Minas Gerais - Brasil), Elton Dias Xavier

(Universidad Estadual de Montes Claros – Brasil), Ricardo Rabinovich Berkman (UBA), Juan José Escujuri (UNMDP), Ana María Raggio (UNR), Alicia Farinati (UBA), Beatriz Rajland (UBA), Eusebio Fernández (U. Carlos III, Madrid, España), Silvina Ribotta (U. Carlos III – España), Alfonsina Guardia (UNMdP), María E. Rodríguez Palop (U. Carlos III - España), Modesto Guerrero (Prensa Latina – Venezuela), Graciela E. Slavin (UNMdP), Eduardo Hooft (UNMdP), Luis P. Slavin (UNMdP), Eduardo P. Jiménez (UNMdP), Pablo E. Slavin (UNMdP), Carlos Juárez Centeno (UNC) y Tomás Varnagy (UBA).

PRIMERA JORNADA ABIERTA INTERDISCIPLINARIA

Tema: "El régimen jurídico del menor de edad"

24 de noviembre de 2009

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

Seminario Permanente de Investigación

"El régimen jurídico del menor de edad en la Historia del Derecho Argentino"

PRIMERA CIRCULAR

El 24 de noviembre de 2009 se llevará a cabo, en el marco del Seminario Permanente de Investigación "El régimen jurídico del menor de edad en la Historia del Derecho Argentino", que funciona en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la PRIMERA JORNADA ABIERTA INTERDISCIPLINARIA sobre **"El régimen jurídico del menor de edad"**.

Convocamos especialmente a los profesores e investigadores interesados en el tema.

Quienes deseen participar deberán enviar la HOJA DE INSCRIPCIÓN adjunta, debidamente completada, a seoanemenores@gmail.com hasta el 30 de abril de 2009.

Los resúmenes de las ponencias serán recibidos hasta el 30 de junio de 2009. Los mismos no deberán de exceder de una carilla A4, formato Word, escrita en Arial 12, a 1 ½ interlíneas con márgenes convencionales.

El trabajo definitivo –cuya extensión no superará las 15 carillas, con iguales características que el resumen– deberá entregarse hasta el 30 de septiembre de 2009 a efecto de ser sometido al pertinente referato.

María Isabel Seoane
Directora

PRIMERA JORNADA ABIERTA INTERDISCIPLINARIA

"El régimen jurídico del menor de edad"

24 de Noviembre de 2009

HOJA DE INSCRIPCIÓN

Enviar a seoanemenores@gmail.com hasta el 30 de abril de 2009

NOMBRE Y APELLIDO

DIRECCIÓN ELECTRÓNICA

CARGO DOCENTE

UNIVERSIDAD

FACULTAD

CÁTEDRA

TÍTULO DE LA PONENCIA

E-REVISTAS

Por Verónica Lescano Galardi

En esta oportunidad, y, antes de comenzar a orientarnos hacia disciplinas científicas específicas, les presentamos dos nuevos proyectos de acceso a revistas electrónicas especializadas en diversas áreas de las ciencias de nuestros días.

Encontramos de utilidad compartir estos sites ya que poseen como novedad, estar constituidos como Plataformas Open Access, esto es, espacios virtuales con libre acceso a la información, sean artículos (full text) como variadas novedades del mundo científico.

Ambos espacios tienen como particularidad su dedicación hacia la producción científica de Latinoamérica, España y Caribe.

- Primer Web site: <http://www.erevistas.csic.es/portal>

Áreas: agricultura, biología y medio ambiente Biomedicina Ciencias de la Salud Ciencias de la tierra Ciencias Sociales Humanidades Ingeniería y Tecnología Multidisciplinar Química.

Idioma: español.

- Nuestra segunda dirección es: <http://www.redalyc.uaemex.mx>

Áreas: está orientado principalmente a las Ciencias Sociales.

Idioma: español- portugués.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. MEDINA, Flavia A., RODRÍGUEZ, Mónica S. y SCOTTI, Luciana B. *Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el derecho internacional privado*, Edición electrónica gratuita. ISBN-13: 978-84-691-6788-5. España. 2008.

Texto completo disponible en www.eumed.net/libros/2008c/435/

Directora de la publicación: Sara Lidia Feldstein de Cárdenas

Autoras: Sara Lidia Feldstein de Cárdenas, Flavia Andrea Medina, Mónica Sofía Rodríguez y Luciana Beatriz Scotti

Recientemente, ha salido publicado un libro electrónico que con el título *Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el derecho internacional privado* reúne algunos de los resultados del trabajo emprendido por el equipo de investigación del Proyecto UBACyT D811: "Armonización legislativa en materia de contratación electrónica en espacios integrados, en especial en el Mercosur", dirigido por la Dra. Sara L. Feldstein de Cárdenas desde el año 2006 en la Universidad de Buenos Aires.

La obra se compone de trabajos ya publicados, ponencias presentadas a Congresos Nacionales e Internacionales, y artículos inéditos de miembros del equipo, ya sea como autores o coautores. Se divide en ocho capítulos y un anexo. Los capítulos contienen trabajos que se dedican a los siguientes temas: derecho e internet; contratación internacional electrónica; algunos contratos electrónicos en particular; derecho aplicable, jurisdicción y arbitraje en materia de contratación electrónica; documentos extranjeros y prueba en el e - commerce; medios electrónicos de pago; y comercio electrónico e insolvencia. Finalmente, el anexo contiene la presentación power point del Proyecto UBACyT D811 que fuera proyectada el día jueves 23 de agosto de 2007 en este Instituto de Investigaciones con motivo de la presentación del proyecto, del equipo y de algunos de sus resultados parciales.

Tal como se destaca en el Prólogo del e - book el objetivo de este emprendimiento ha sido y sigue siendo abrir el debate, fomentar el diálogo e intentar dar algunas respuestas tentativas a un sinnúmero de interrogantes que plantea la incorporación de las nuevas tecnologías, de los modernos medios electrónicos de comunicación a la contratación internacional, como por ejemplo: "¿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?."

En suma, con el fin de analizar estas cuestiones y de brindar algunas bases, principios, propuestas, ideas, las autoras han puesto a disposición de toda la comunidad académica esta obra que hoy presentamos.

Luciana B. Scotti

XXII JORNADAS ARGENTINAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

(Tucumán, del 9 al 11 de Octubre de 2008)

La Asociación Argentina de Filosofía del Derecho organizó del 9 al 11 de Octubre pasados las XXII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Las Jornadas tuvieron por sede la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

Las conferencias principales estuvieron a cargo de los profesores R. Alexy (U. de Kiel, Alemania), M. Beuchot (UNAM) y G. Barranco Busaniche (UNL). Se leyeron también conferencias de los profesores C. Bernal Pulido (U. Externado, Colombia) y R. De Giorgi (U. de Lecce, Italia). Se desarrollaron dos paneles. El primero, "¿Qué queda de la polémica iusnaturalismo-iuspositivismo?" estuvo a cargo de los profesores C. Cárcova (UBA), E. Barbarosch (UBA) y R. Rabbi-Baldi (UBA). El segundo, "¿Fundamentación de los derechos humanos?" estuvo a cargo de los profesores E. Barbarosch (UBA), M. A. Ciuro Caldani (UBA) y J. R. Méndez (UCS).

Las jornadas contaron con 171 asistentes y próximamente se podrá acceder a algunas de las comunicaciones y conferencias a través del sitio web de la AAFD: www.aafd.org.ar

SEMINARIO DE DOCTORADO DEL PROFESOR ETIENNE BALIBAR EN EL INSTITUTO GIOJA

Invitado por el Centro Franco Argentino de Altos Estudios de la Universidad de Buenos Aires, el profesor Emérito del departamento de Filosofía de la Universidad de Paris X, Etienne Balibar dictó un Seminario de Doctorado, en el Instituto Gioja de nuestra Facultad, sobre el tema “ Estrategias de la política, de la violencia a la civilidad” y una conferencia pública sobre “ Violencia, civilidad y tragedia”.

El seminario trató, según lo expresado por el Prof. Balibar en reformular el concepto de política, a partir de su eje originario con una violencia “impolítica”- según la expresión de Thomas Mann reelaborada por Espósito- y exaltando su dimensión trágica.

A partir de una relectura de las lecciones sobre la Filosofía de la Historia de Hegel – cursos de 1822 y 1828- en tanto historia de los Estados, de sus relaciones y de la sucesión en la cual aparecen en la gran escena de la Weltgeschichte- Historia Universal- de donde se ven empujados a lugares alejados de simple supervivencia – como Hegel no cesa de decirlo- y del esquema de “conversión” de la violencia en derecho.

Según Hegel la historia no ha existido cronológicamente desde siempre, la historia política conoce un principio, lo cual no significa, naturalmente que Hegel niegue que los hombres hayan existido antes del nacimiento del Estado o de los Estados, ni tenido sus propias formas de cohesión, pero no constituyen a su entender actores “ históricos”.

La historia que cuenta es la de las instituciones razonables, o sea universales y libres, reconociendo a los hombres el valor absoluto y su dignidad. Donde no existía sino la violencia de la voluntad natural, la violencia del héroe, -un más allá del estado de naturaleza- los fundadores no podrían invocar un derecho anterior al derecho. Invocarán si, el derecho de los héroes de fundar un estado- par. 350 PhR- .

La historia política es la realización de la razón en el dominio de lo accidental y de la necesidad, es en realidad la historia de los conflictos entre los individuos, entre Estados particulares, donde en última instancia cada cual puede juzgar de manera arbitraria, puesto que particulares, estados unidos por más o menos vagas obligaciones morales- par. 333 y 340 PhR- , pasiones, intereses, miedos. La historia es trágica, dice el joven Hegel, pero la tragedia expresa la condición absoluta, y el Prof. Balibar tratará de demostrar la imposibilidad, tanto objetiva cuanto subjetiva de la existencia de una “ violencia inconvertible”.

Se pasó luego al análisis de las formulaciones de Marx en el Manifiesto Comunista de 1848 referentes a “ lucha de clases y guerra civil”, sobre todo cuando Marx tenía la convicción de una inminente caída del capitalismo, y que el proletariado podría instaurar una democracia radical. La fuerza y el entusiasmo de las insurrecciones de la “ primavera de los pueblos” y de la “ república social” no podrían sino aparecer como la ejecución del programa planteado en el Manifiesto. Se refirió luego el Prof. Balibar a la Anti-Duhring de Engels en 1877 así como a las teorizaciones de Weber – en Politik als Beruf, 1919- y

Schmitt- en *Der Begriff des Politischen, 1927-1932-* , referentes a la “extrema” violencia, la teoría de la revolución y la decadencia del estado, planteando cuales pueden ser las estrategias de civilidad que representan su antítesis política y sobre la manera de articular ética y política.

Volviendo al tema de la definición de la violencia se analizó la significación que en alemán posee el vocablo “Gewalt”, que según las circunstancias puede ser traducida como violencia, fuerza, poder, y analizada por Marx, Weber, Benjamín y Aron. Gewalt plantea un problema equivalente al de relación de fuerza interior y exterior de las instituciones o aparatos de toda “hegemonía” histórica, esto en un sentido gramsciano. Estos aparatos son legítimos por definición, aún si ellos no son siempre capaces de imponer su legitimidad. El Prof. Balibar prefiere para designar ese nudo de violencia, poder e idealidad apelar a la noción de Geist- Espíritu- que Hegel expone en la Filosofía del Derecho y en la Filosofía de la historia, en tanto que precisamente se presenta como teoría del espíritu, que refleja el comportamiento “hegemónico” del Estado, con lo cual la teoría hegeliana puede así aparecer como una descripción formalista o positivista del derecho o de las instituciones, dentro de la cual el papel de la violencia está circunscrito y prescrito.

En el juego de los espejos infinitos entre “sociedad” y “estado” aparecen representaciones del estado como autoridad espiritual, potencia supremamente “violenta” y términos como injusticia, ilegalismo, revuelta, revolución, etc. El Estado se constituye no sólo con el monopolio de la fuerza sino con el “poder de definir”- y aquí se recuerda a Foucault en su núcleo que proviene no sólo de que el saber está asociado al poder sino en el esquema de la contraviolencia preventiva, del restablecimiento del orden en función de lo que demanda y se produce.

Se refirió finalmente el Prof. Balibar- tomando de cierta manera conceptos de Bourdieu- a la violencia y la crueldad de lo que se denomina en las sociedades post-industriales- affluent societies- “exclusión”, al mecanismo de la explotación y de la sobreexplotación- el trabajo transformado en tortura, donde el viejo “ejército industrial de reserva” para el capital- Marx- se ha transformado en lo que Ogilvie llama “la producción del hombre desechable”. Millones de hombres, desprovistos de “utilidad” dan paso a perspectivas de eliminación y de exterminación que no son sólo violentas sino específicamente crueles, en el horizonte de las hambrunas, las guerras” civiles” y los etnocidios y genocidios alimentados por la venta de armas. Tampoco podemos dejar remencionar la sexualización de la violencia y la crueldad en las sociedades contemporáneas. Para terminar se hicieron dos preguntas:

Cuáles son las instituciones que circunscriben la crueldad hoy, retomando la dialéctica de la fuerza y de la violencia en el espacio de la mundialización y suponiendo que la contraparte de las experiencias de la crueldad es siempre una sed de la idealidad- ya sea ideales no violentos o ideales de justicia-,

Cómo podemos acomodarnos a esta finitud inalcanzable, obstáculo y condición de la vida social: sin ideales no hay liberación ni resistencia a las peores formas de la violencia, ni resistencia colectiva, puesto que no hay “no violencia”, fórmula que no debemos olvidar mientras nos levantamos contra los excesos de violencia bajo sus diferentes formas.

Alicia Farinati