

LA METAMORFOSIS DE LA LEGALIDAD EN ARGENTINA DESDE EL SIGLO XVIII HASTA EL SIGLO XX *

Bernardino Bravo Lira

Profesor de Historia del Derecho

Miembro de la Academia Chilena de la Historia

Uno de los rasgos dominantes en la vida jurídica de Europa continental y de Hispanoamérica durante los dos últimos siglos es el auge de la legislación. En contraste con lo que ocurre entre los pueblos anglosajones, la ley se ha transformado en la principal fuente del derecho. Frente a ella, la costumbre y la jurisprudencia han perdido casi toda significación. El predominio del derecho legislado es hoy tan completo, que apenas podemos concebir un derecho consuetudinario o un derecho de juristas.

En estas condiciones, es muy natural que nos preguntemos cómo se produjo este auge del derecho legislado.

La respuesta a esta cuestión nos obliga a considerar las sucesivas etapas históricas a través de las cuales la ley ha conquistado el lugar preponderante que hoy tiene entre las fuentes del derecho.

En términos generales puede decirse que el auge de la legislación en Europa continental y en Hispanoamérica comienza en la segunda mitad del siglo XVIII. Desde entonces hasta ahora cabe distinguir cuatro formas distintas de legalidad, es decir, cuatro formas de entender el cometido de la ley.

I. METAMORFOSIS DE LA LEGALIDAD

En primer término, encontramos la *ley-protección* o legalidad gubernativa. En seguida, la *ley-garantía* o legalidad estatal. En tercer lugar, la *ley-mandato* uniforme o legalidad general. Y, por último, la *ley-privilegio* o legalidad colectiva.

Estas cuatro formas de legalidad se han sucedido aproximadamente cada medio siglo. Así, la *ley-protección* corresponde en líneas generales al período comprendido entre los años 60 del siglo XVIII y la primera década del siglo XIX. La *ley-garantía*, al período que incluye desde la segunda década hasta los años 60 del siglo pasado. La *ley-mandato* uniforme, al período que se extiende desde los años 60 del siglo XIX hasta los años 30 del presente siglo. Y la *ley-privilegio*, al período que se inicia en los años 30 de la actual centuria.

Naturalmente, estas variaciones en el cometido que se asigna a la legalidad no se producen de modo súbito. Tampoco son tan radicales para impedir que la forma más reciente contenga *en parte* a la que le antecede, a la vez que se distingue, también *en parte*, de ella.

* Versión actualizada de la Conferencia dictada en Buenos Aires en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho el 26 de noviembre de 1982.

Así, pues, estas cuatro formas sucesivas de legalidad están encadenadas entre sí. En este sentido, puede muy bien hablarse de fases o etapas de la legalidad. Estamos, pues, ante un proceso de metamorfosis de la legalidad en la que las innovaciones de una época son apenas algo más que esfuerzos por hacer realidad las exigencias o ideales surgidos en la época anterior¹.

En otras palabras, la legalidad gubernativa corresponde al absolutismo ilustrado de la segunda mitad del siglo XVIII y abre camino y permanece englobada dentro de la legalidad estatal de la primera fase del Estado constitucional en el período que abarca desde los años 20 a los años 60 del siglo XIX. De un modo semejante, esta legalidad estatal prepara y persiste dentro de la legalidad general de la segunda fase del Estado constitucional, entre los años 60 del siglo pasado y los años 30 del siglo actual, y, a su vez, esta legalidad general abre paso a la legalidad colectiva de nuestro tiempo que se superpone a ella².

Ahora bien, estas cuatro formas de legalidad no son en último término sino distintas etapas de un mismo ideal. Para mostrarlo examinaremos sucesivamente cada una de ellas.

2. LA LEY-PROTECCIÓN

La primera fase de la legalidad corresponde a una ampliación de los fines del Estado más allá de lo que hasta la época del Barroco se había entendido como deberes del monarca. Como es sabido, dichos deberes comprendían fundamentalmente mantener a los vasallos en paz y justicia, ampararlos en la paz y en la guerra y proteger a la Iglesia, a lo cual se añadía, en los reinos americanos de la monarquía hispanoindiana, apoyar su labor evangelizadora.

Bajo el influjo de la Ilustración, estos deberes del rey se transforman en fines permanentes del Estado, concebido como una institución abstracta distinta del monarca. Además, se añade a estos fines del Estado toda una nueva dimensión: la de crear y promover la felicidad pública. En este sentido, gobernar no se entiende ya únicamente como regir con justicia, sino también como desplegar una acción realizadora en busca del bien y de la prosperidad pública.

En otras palabras, la justicia no es ya la suprema razón de ser del gobierno, suma y compendio de los fines del poder real, sino tan sólo una más entre las múltiples tareas que se entiende corresponden al Estado. Paralelamente, la imagen del rey-juez, cabeza de la comunidad, cede paso a la del rey-gobernante, cabeza del Estado: primer servidor del Estado concebido como entidad abs-

¹ Sobre esta metamorfosis de la legalidad, ver BRAVO LIRA, Bernardino, *Metamorfosis de la legalidad. Forma y destino de un ideal dieciochesco*, en *Revista del Derecho Público*, 31-32, Santiago, 1982.

² Sobre las etapas históricas del Estado constitucional, ver BRAVO LIRA, Bernardino, *Etapas históricas del Estado constitucional en los países de habla castellana y portuguesa (1811-1980)*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (Valparaíso), 1980, 35 ss. Además, él mismo, *Tres etapas del Estado constitucional en los países de habla castellana y portuguesa (1811-1980)* en *Revista de Legislación y Documentación en Derecho y Ciencias Sociales*, año 2, N° 1, Santiago, 1980, 39 ss. ahora en: El mismo, *De Portales a Pinochet. Gobierno y régimen de gobierno en Chile*, Santiago, 1985.

tracta, impersonal y permanente, distinta de los sucesivos titulares del poder y por ende de la persona misma del monarca ³.

A esta dilatación del ámbito de acción del Estado corresponde una transformación institucional del mismo. En función de la nueva preocupación por la felicidad pública se conforma poco a poco un conjunto de oficinas que constituyen la Administración. En otras palabras, el gobernante ya no cuenta para cumplir las tareas que le son propias tan sólo con los antiguos oficiales, sino también con un complejo cada vez más vasto de oficinas ⁴.

Mientras la Judicatura mantiene su configuración sobre la base de oficios, la Administración se organiza sobre la base de oficinas. Su núcleo central son las secretarías del despacho o ministerios, encargadas de impulsar y dirigir desde arriba la gestión de las demás oficinas. Dentro de estas oficinas, los empleados se desempeñan bajo la inmediata dependencia de un superior jerárquico, a diferencia de los antiguos oficiales, que ejercían por sí mismos la competencia propia de su oficio. Es decir, los empleados de oficina no tienen más atribuciones y facultades que las que corresponden a su situación dentro de la jerarquía interna y deben actuar bajo la inmediata dirección y corrección disciplinaria de sus respectivos superiores. De esta forma, toda la gestión administrativa depende en último término de los secretarios del despacho o ministros, quienes, a su vez, son responsables ante el monarca de las tareas que realizan las oficinas de su dependencia ⁵.

Dentro de este contexto, surge la ley-protección, mediante la cual el monarca regula la actuación de la Administración para proteger a sus vasallos contra sus posibles abusos. Una de las realizaciones del absolutismo ilustrado es precisamente la formación de una Administración sujeta a la legalidad.

Así cobra forma la ley-protección, es decir: protección de los derechos de los vasallos, frente a posibles abusos de los agentes del poder o de los pode-

³ BRAVO LIRA, Bernardino, *Judicatura e institucionalidad en Chile (1776-1876): Del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* I (1976), 61 ss, esp. 66-67.

⁴ BRAVO LIRA, Bernardino, *Oficio y oficina, dos etapas en la historia del Estado indiano*, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* 5 (Quito), 1980, 241 ss., esp. 258 ss., El mismo, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago, 1986.

⁵ Falta un estudio de conjunto sobre la formación de la administración en España y en América española. Un esbozo: BRAVO LIRA, *Historia de las instituciones*, nota 4. Ver especialmente ESCUDERO, José Antonio, *Los secretarios de Estado y del Despacho*, 4 vols., Madrid, 1969. El mismo, *Los orígenes del Consejo de Ministros en España. La Junta Suprema de Estado*, 2 vols., Madrid, 1979. GARCÍA GALLO, Alfonso. *La división de competencias administrativas en España en la Edad Moderna*, en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, 289 ss. MARTÍNEZ CARDÓS, José, *Estudio preliminar a Fernández*, ESPESO, Carlos y MARTÍNEZ CARDÓS, José, *Primera Secretaría de Estado. Ministerio de Estado. Disposiciones orgánicas (1705-1936)*, vol. I, Madrid, 1972. MARLUZ URQUIJO, José María, *Orígenes de la burocracia rioplatense. La Secretaría del Virreinato*, Buenos Aires, 1974. MARTIRÉ, Eduardo, *El estatuto legal del oficial de la administración pública al crearse el virreinato del Río de la Plata*, en *Memoria del IV Congreso del Instituto Internacional de Derecho indiano*, México, 1976, 471 ss. BARRERO GARCÍA, Ana María, *La materia administrativa y su gestión en las ordenanzas de intendencias de América*, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* 6 (Quito), 1980, 113 ss.

rosos, acordada por un monarca a quien incumbe el gobierno por la gracia de Dios.

Los principales exponentes de esta ley-protección son las ordenanzas, reglamentos y demás legislación orgánica que regula la actuación de la Administración ⁶.

En Argentina tenemos la regulación de los Correos incorporados a la Corona desde 1767.⁷ y la del Tribunal de Cuentas de Buenos Aires erigido en 1769 ⁸ y convertido en Tribunal Mayor en 1780 ⁹. Posterior es la Instrucción para el Tribunal de Cuentas de Buenos Aires de 1805 ¹⁰.

Además, están las disposiciones relativas al Estanco del Tabaco introducido en Tucumán en 1772 y en el Río de la Plata en 1775 ¹¹, al que en 1778 se le agregó el estanco de los naipes ¹².

En 1776 se erigió el Virreinato de Buenos Aires formado por el Río de la Plata, Paraguay, Tucumán, Potosí, Santa Cruz de la Sierra, Charcas y el Corregimiento de Cuyo ¹³. Dos años después se instituyó la Secretaría del Virreinato estudiada por Mariluz Urquijo ¹⁴.

Ese mismo año se estableció la Aduana de Buenos Aires que comenzó a funcionar en 1779 ¹⁵.

De 1778 y 1779 data una serie de ordenanzas que, como señala Martiré, contribuyen a estructurar el aparato burocrático del virreinato: Instrucción para los Oficiales Reales en el manejo de sus empleos, para la Administración de Tabaco de Montevideo, para el Administrador fiel de los Almacenes Generales de esta renta del Tabaco, para el Receptor del derecho de alcabala de Buenos Aires, para los dependientes de la Tesorería de la misma ciudad, para la Contaduría Mayor de esa capital, para los Administradores de los Estancos de Tabaco y Naipes de Tucumán, para el mejor arreglo y dirección de los empleados de la Real Aduana, para dependientes de la Real Hacienda, etc. ¹⁶.

De gran relieve es la ordenanza de intendentes de 1782, que sentó las bases de la organización provincial del virreinato ¹⁷. En las provincias el inten-

⁶ Falta un estudio de conjunto. Un anticipo de Martiré, cit. (nota 5).

⁷ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *La organización política argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1959, cito, 3ª ed., Buenos Aires, 1967, p. 262.

⁸ *Ibid.*, p. 259.

⁹ MARILUZ URQUIJO, José María, *El tribunal mayor y audiencia real de cuentas de Buenos Aires en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 23, Buenos Aires, 1948.

¹⁰ *Instrucción para el Tribunal de Cuentas de Buenos Aires*, formada por el Visitador Diego de la Vega en 23, octubre, 1805, Mariluz Urquijo, nota 5, p. 77.

¹¹ ZORRAQUÍN, nota 7 y pág. 260.

¹² *Ibid.*

¹³ Sobre el Virreinato de Buenos Aires hay una vasta bibliografía. Ver Zorraquín nota 7, p. 227, nota 1, y p. 265, notas 1 y 2.

¹⁴ URQUIJO, nota 10.

¹⁵ ZORRAQUÍN, nota 7, p. 261.

¹⁶ MARTIRÉ, nota 5.

¹⁷ *Real ordenanza para el establecimiento e instrucción de intendentes de exercito y provincia en el Virreinato de Buenos Aires*, Madrid, 1782; COMADRÁN, Jorge, *La Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, en *Anuario de Estudios Americanos* 11 (Sevilla), 1954; y LYNCH, John, *Spanish colonial Administration (1782-1810)*, *The Intendant System in the Viceroyalty of the Río de la Plata*, Londres, 1958,

dente recibió el título de Gobernador Intendente que persistió largo tiempo en la Argentina independiente.

En materia judicial debe recordarse la erección de la segunda Real Audiencia de Buenos Aires con jurisdicción sobre el Río de la Plata, Paraguay, Tucumán y Cuyo, que se instaló en 1785¹⁸. Conforme a la Instrucción de Regentes de 1776 correspondía a este magistrado velar por la eficacia de las apelaciones contra los actos del virrey. A ello se añaden las apelaciones contra actos de los intendentes, contemplada en la ordenanza respectiva¹⁹.

Como se ve, estamos ante una legalidad gubernativa. Con ella se inicia la separación institucional entre la Administración, sujeta al principio de la legalidad y de la consiguiente responsabilidad ante el inmediato superior jerárquico, y la Judicatura, cuyos magistrados ejercen sin subordinación alguna la competencia propia de su oficio²⁰.

La ley-protección representa una forma de brindar seguridad jurídica a los vasallos frente a la Administración. Precisamente, se sujeta la actuación gubernativa a la legalidad para impedir sus posibles abusos en contra de los vasallos.

3. LA LEY-GARANTÍA

La segunda fase de la legalidad corresponde al primer estadio del Estado Constitucional, que en Argentina se extiende, en términos generales, desde 1810 hasta 1862²¹.

hay trad. castellana, Buenos Aires, 1967; ZORRAQUÍN, nota 8. Sobre la ordenanza en el resto de América; SANZ, Luis Santiago, *El proyecto de extinción del régimen de las intendencias de América y la ordenanza general de 1803*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 5, Buenos Aires, 1953; MEADE ESTEVA, Mercedes, *La Intendencia en San Luis de Potosí*, San Luis de Potosí, 1956; NAVARRO GARCÍA, Luis, *Intendencias en Indias*, Sevilla, 1959; SOMAYOA GUEVARA, Héctor Humberto, *La implantación del régimen de Intendencias en Guatemala*, Guatemala, 1960; DEUSTUA PIMENTEL, Carlos, *Las Intendencias en el Perú 1790-1796*, Sevilla, 1965; MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, Gisela, *La Intendencia en España y América*, Caracas, 1966. La misma, *Las ordenanzas de Intendencias de Indias*, cuadro para su estudio, Caracas, 1972; FISHER, Lillian Estelle, *The Intendant System in Spanish America*, Nueva York, 1969; FISHER, J.R., *Government and society in colonial Peru. The intendant system 1784-1814*, Londres, 1970; PIETSCHMANN, Horst, *Die Einführung des Intendantens systems*, Colonia-Viena, 1972; COBOS NORIEGA, María Teresa, *El régimen de Intendencia en el Reino de Chile. Fase de implantación (1786-1787)*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 7 (Santiago), 1978, 91 ss. y sobre algunos aspectos judiciales. La misma, *Institución del Juez de Campo en el Reino de Chile durante el siglo XVIII*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (1980), 85 ss.; REES JONES, Ricardo, *El despotismo ilustrado y los intendentes de la Nueva España*, México, 1979.

¹⁸ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, 2ª ed., Buenos Aires, 1981, p. 165 ss.

¹⁹ *Instrucción de lo que deben observar los Regentes de las reales audiencias de América: sus funciones, regaldas, cómo se han de haber con los Visitadores y Presidentes y éstos con aquéllos* (Aranjuez de 20 de junio de 1776), Madrid, 1776, esp. párrafo 41; SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *La "instrucción de Regentes"* en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 3; Santiago, 1964; Zorraquín, nota 18, p. 157; BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las instituciones*, nota 4.

²⁰ BRAVO LIRA, nota 3. El mismo, *Historia de las instituciones...* nota 4.

²¹ BRAVO LIRA, *Etapas...*, nota 2.

Con el constitucionalismo se amplía el ámbito de la legalidad. Se pasa de la legalidad gubernativa a la legalidad estatal. El imperativo fundamental es regular la acción del Estado para garantizar frente a él los derechos de los gobernados.

Esta nueva forma de legalidad pretende substituir el gobierno de los hombres por el imperio de la ley. De ahí que se contrapongan Derecho público y Derecho privado, como dos órdenes distintos, sujetos a una regulación completamente diversa. Mientras en el Derecho público, que abarca la actuación del Estado, sólo puede hacerse lo que la ley autoriza, en el Derecho privado, que abarca la actuación de los individuos, puede hacerse todo lo que la ley no prohíba.

Se configura así la ley-garantía; o sea: garantía de la libertad individual frente a la arbitrariedad del Estado, establecida desde arriba, con el concurso del parlamento, por gobernantes identificados con los fines permanentes del Estado, que actúan en nombre de Dios y de la patria.

La ley-garantía es sinónimo de ley parlamentaria, esto es, aprobada con intervención del parlamento. Esta ley parlamentaria pasa a ser única forma de legislación ²².

Por eso esta etapa es inseparable de la implantación del parlamento, cuya razón de ser está ligada al reinado de la nueva legalidad estatal. En efecto, al parlamento le corresponde la doble misión de concurrir a la elaboración de las leyes y de velar porque la actuación del gobierno se mantenga dentro de los marcos de legalidad.

Pero tal vez lo más decisivo es la extensión de la legalidad a la Judicatura, cuya jurisdicción se reduce únicamente a materias civiles y criminales, con exclusión de los asuntos de gobierno. En este sentido es significativa la adopción de una nueva manera de designarla: Poder Judicial. En cuanto se considera a la Judicatura como un poder y no como una autoridad, se le aplica una regulación restrictiva, análoga a la que se establece para el gobierno y el parlamento. También los jueces deben ajustar sus sentencias al principio de la legalidad. Lo cual se impone paulatinamente a través de diversas reformas, tales como la supresión del fuero personal en causas civiles y criminales, primero en Buenos Aires en 1823 y luego en otras provincias ²³; supresión del tribunal de recursos extraordinarios, primero nominalmente entre 1829 y 1838 y luego en forma definitiva en 1858 ²⁴, o la exigencia de fundar las sentencias ²⁵.

²² *Ibid.*

²³ DÍAZ, Benito, *La igualdad ante la ley: abolición de los fueros personales (1822-1823)* en Universidad Nacional de la Plata, *Trabajos y Comunicaciones* 3, La Plata, 1952; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor y MARTIRÉ, Eduardo, *Manual de historia de las instituciones argentinas*, Buenos Aires, 1967, cito. 4ª edición, 1981, p. 412; LEVAGGI, Abelardo, *Los fueros especiales. Contribución al estudio de la administración de justicia en el Río de la Plata*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 22, Buenos Aires, 1971, esp., p. 74 ss.

²⁴ LEVENE, Ricardo, *Contribución a la Historia del Tribunal de recursos extraordinarios* en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* 26, Buenos Aires, 1951.

²⁵ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina* en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 10, Buenos Aires, 1982.

La principal expresión de esta legalidad estatal es la Constitución escrita y sus leyes complementarias. En la Constitución se contemplan las garantías individuales, se establece el reinado de la ley parlamentaria y se fija un catálogo de materias que sólo pueden regularse por ley.

Lo dicho basta para mostrar que la ley-garantía representa no sólo una nueva fase de la legalidad, sino ante todo una nueva forma de brindar seguridad jurídica. Tal es al menos la razón de ser de la enunciación de las garantías individuales en la Constitución que, en último término, pretenden poner un límite a la actuación del Estado en favor de los gobernados. Tal es también la razón de ser de la ley parlamentaria, que exige el concurso de los miembros del parlamento para la aprobación de las leyes. Tal es, igualmente, la razón de ser de la fijación de las materias de ley, que las excluye de una regulación establecida por el gobierno sin el concurso del parlamento. Tal es, en fin, la razón de ser de la regulación restrictiva de la actuación de los Tribunales de Justicia, con la que se pretende evitar los posibles abusos judiciales.

4. LA LEY-MANDATO UNIFORME

La tercera fase de la legalidad corresponde a la segunda etapa del Estado constitucional, caracterizada por la recomposición de la unidad nacional en 1861, el asentamiento del mencionado Estado constitucional a partir de 1862 y el surgimiento de verdaderos partidos políticos²⁶, como el Autonomista Nacional, en la década de 1870²⁷. Esta etapa se extiende desde los años 60 del siglo pasado hasta el movimiento militar de 1930.

En este período cobra forma un gobierno de partido dirigido por el presidente.

La ley pasa a ser un instrumento de los partidos mayoritarios para imponer a la generalidad de la población sus propios ideales. Se convierte en reflejo de las mayorías parlamentarias y deja de ser un asunto de un orden trascendente que los gobernantes deban respetar.

De esta suerte, cobra forma la ley-mandato uniforme, es decir: mandato uniforme, impuesto desde arriba por la mayoría parlamentaria en nombre de los ideales dominantes entre los partidos que la componen.

La discusión de la ley se transforma así en polémica y su aprobación en victoria o derrota de una posición partidista, cuando no en compromiso entre posiciones partidistas antagónicas.

Durante este período se lleva a cabo la mayor parte de la tarea codificadora, que en general permanece al margen de las controversias partidistas y

²⁶ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Las instituciones políticas y sociales* en Academia Nacional de la Historia, *Historia argentina contemporánea 1862-1930*, 4 tomos, 7 vols., Buenos Aires, 1963-67, 2, pp. 173 ss.

²⁷ MELO, Carlos R., *Los partidos políticos argentinos* en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* año 6 N° 3, Córdoba, 1942, 2ª edición, Córdoba, 1964. Debo su conocimiento a una gentileza del Prof. Roberto I. Peña de la Universidad de Córdoba (Argentina). El mismo: *Los partidos políticos argentinos entre 1862 y 1930*, en Academia Nacional de la Historia, *Historia...* nota 26, 7 tomos, Buenos Aires, 1963-67, 2, pp. 73 ss.

de la discusión parlamentaria²⁸. A través de ella se uniforma la legislación aplicable a toda la población.

Las expresiones más significativas de esta nueva forma de legalidad son precisamente las leyes discutidas en el parlamento. Entre ellas se cuentan la ley 1.420 de 1884 sobre la educación común²⁹, la ley 2.393 de 1888 sobre matrimonio civil y la ley 4.031 de 1901 sobre servicio militar obligatorio³⁰.

En esta época llega a su apogeo la distinción entre Derecho público y Derecho privado, como dos órdenes diferentes, cuya expresión fundamental es en un caso la ley y en el otro el contrato.

Igualmente, llega a su apogeo la ley parlamentaria que ahora se emplea como instrumento para uniformar el régimen jurídico de toda la población. Expresión de este apogeo es la inauguración del grandioso Palacio del Congreso el 12 de mayo de 1906³¹.

La legalidad da, pues, un paso más. Dilata su ámbito regulador. Ya no regula primordialmente la actuación gubernativa, como sucedió bajo el absolutismo ilustrado. Tampoco regula primordialmente la actuación estatal, como sucedió durante el primer estadio del Estado constitucional. Ahora regula, a la vez, la actuación del Estado y la actuación de la población, para imponer a esta última un estatuto jurídico uniforme, sin consideración a la disparidad de situaciones y condiciones existentes dentro del cuerpo social.

Al igual que las anteriores, esta nueva forma de legalidad representa también una manera de brindar seguridad jurídica. La ley mandato uniforme impuesto a toda la población pretende, en último término, ampliar al máximo el campo de acción de la iniciativa individual, a través del contrato libremente convenido por las partes. Mientras la actuación del Estado sigue sujeta a la regulación legal, la actuación de los individuos se regula fundamentalmente a través del contrato.

5. LA LEY-PRIVILEGIO

Así llegamos a la cuarta etapa de la legalidad, la ley-privilegio que se impone a partir de los años 30 del presente siglo. Corresponde a la tercera fase del Estado constitucional, caracterizada por la declinación del parlamento y de los partidos parlamentarios y la consiguiente aparición de regímenes de gobierno y partidos extraparlamentarios. Este es un fenómeno general en los

²⁸ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977; LA PLAZA, Francisco P., *El proceso histórico de la codificación penal argentina*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 24, Buenos Aires, 1978; LEVAGGI, Abelardo, *La codificación del procedimiento civil en la Argentina* en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9, Santiago, 1983. El mismo, *La codificación del procedimiento criminal en la Argentina en la segunda mitad del siglo XIX* en *Revista de Historia del Derecho* 11, Buenos Aires, 1983.

²⁹ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, 2 vols. Buenos Aires, 1966-69, pp. 258 ss.

³⁰ ZORRAQUÍN, nota 28, pp. 273 y 254.

³¹ Cámara de Diputados de la Nación. *El parlamento argentino 1854-1947*, Buenos Aires, 1948.

países de habla castellana y portuguesa, pero especialmente notorio es en Argentina ³².

La decadencia del parlamento afecta a las dos funciones que fueron la razón de ser de su implantación, como regulador de la gestión gubernativa, en la primera fase del Estado constitucional. Es decir, comprende tanto su función legislativa como su función fiscalizadora.

Frente a la ley parlamentaria cobran significación otras formas de legislación, emanadas del gobierno sin el concurso del parlamento, como son los decretos-leyes.

Paralelamente se transforma la antigua administración estatal debido a la proliferación de instituciones estatales y paraestatales y adquiere tales dimensiones que escapa de modo cada vez más completo a la fiscalización del parlamento, concebida para una administración bastante más reducida, como la que existió en las dos fases anteriores del Estado constitucional.

Pero, sin duda, lo más decisivo de esta decadencia del parlamento es el agotamiento del espíritu parlamentario. Se pierde la confianza en el debate y en los compromisos interpartidistas como medio de encarar y resolver los asuntos de gobierno. Se produce así la crisis de los partidos parlamentarios. Por otra parte, surge un nuevo tipo de partido político, que no aspira a entenderse con los demás, sino a imponer su propia ideología. Tales son los partidos extraparlamentarios, cuya meta es una nueva forma de gobierno de partido, en la cual la negociación interpartidista es reemplazada por el predominio sin contrapeso del propio partido. El principal exponente de este nuevo tipo de partido es el peronista ³³.

Paralelo a esta crisis del Estado constitucional es el auge del movimiento asociativo entre los diversos sectores de la población. Sus manifestaciones son múltiples, pero entre ellas sobresalen las agrupaciones de carácter gremial, tales como colegios profesionales, sindicatos, asociaciones de empleados públicos, comerciantes, industriales, agricultores y las cooperativas. Su significación no ha sido todavía debidamente apreciada. Al articularse de este modo, la población dejó de ser un conjunto indiferenciado de individuos, numéricamente distintos pero con iguales derechos, y se perfiló, poco a poco, como un conglomerado de sectores y grupos, cada vez más diferenciados, también en cuanto a su régimen jurídico.

De esta suerte, se superan los moldes forzosamente individualistas del derecho codificado que, por pretender una vigencia general, estaba condenado a ignorar la disparidad real y sin cesar renovada de situaciones y necesidades entre los componentes del cuerpo social.

Por encima de este derecho codificado, se configura en forma cada vez más nítida una gama de estatutos jurídicos especiales, relativos a grupos, sectores e instituciones determinados. Surgen así una Judicatura y un derecho laboral, una Judicatura y un derecho de menores, un derecho previsional, un derecho relativo a las cooperativas, a la vivienda, a salarios y sueldos mínimos, a

³² BRAVO LIRA, *Etapas...* nota 2. El mismo, *Crisis del Estado constitucional en Hispanoamérica 1917-1986*, Santiago, 1986.

³³ Ultimamente, SANTOS MARTÍNEZ, Pedro, *La nueva Argentina 1946-1955*, 2 vols., Buenos Aires, 1979-80, esp. 1, pp. 34 ss. Sobre el concepto de partido extraparlamentario, Bravo Lira, nota 31 y nota 19.

los artículos de uso y consumo habitual, a la vez que regímenes de excepción para determinados sectores, tales como el magisterio, personal de distintas instituciones estatales y paraestatales o de empresas públicas, así como para pequeños industriales y artesanos, comerciantes mayoristas y minoristas, estibadores y trabajadores de puertos, vendedores viajeros y demás.

De este modo entran en decadencia simultáneamente: la uniformidad de la legislación, la ley impuesta desde arriba y la ley parlamentaria.

La ley uniforme se ve opacada por el auge de una legislación diferenciada por sectores y actividades, instituciones y personas naturales.

La ley impuesta se ve opacada por una legislación obtenida o exorada, reclamada por un grupo o entidad para el que tiene el carácter de conquista o reivindicación. Los distintos sectores aspiran a obtener un estatuto legal propio. Por eso en esta época no se lucha como en la anterior por *la* ley, sino cada grupo por *su* ley.

Finalmente, la ley parlamentaria se ve opacada por otras formas concurrentes de legislación, como son los decretos-leyes o las disposiciones reglamentarias.

En otras palabras, durante el último medio siglo se ha configurado una nueva forma de legalidad: la ley privilegio. Es decir: la ley privilegio para sectores o actividades diferenciadas o para instituciones o personas naturales determinadas, concedida a estos grupos o entidades por el gobernante, de ordinario en nombre de un compromiso entre sus intereses y los de la población en general, con sanción parlamentaria o bien en uso de poderes que en teoría se atribuyen todavía al parlamento, pero que en el hecho el gobernante asume por sí o por delegación.

La ley-privilegio sanciona así un derecho que, a falta de mejor denominación, puede muy bien llamarse colectivo, tomando este término del derecho laboral y que no pertenece ni al antiguo Derecho público ni al antiguo Derecho privado.

Estos son en grandes líneas los rasgos de la legalidad actual que, al igual que en épocas anteriores, no elimina a la legalidad uniforme del período inmediatamente precedente, sino que se superpone a ella.

6. RASGOS CONFORMADORES DE LA LEGALIDAD CONTEMPORÁNEA

Los límites forzosamente reducidos impiden entrar en un estudio detallado de la legalidad contemporánea. Por otra parte, todavía hay mucho por investigar en este campo.

Hace falta un estudio sobre el contenido y amplitud de la legislación diferenciada. Baste señalar que a ella pertenece toda la llamada legislación social y la legislación referente a las entidades estatales y paraestatales.

Igualmente debe estudiarse la legislación obtenida por los propios interesados. Se trata de un modo de brindar seguridad jurídica a sectores y actividades, entidades y grupos, tal vez más apreciado por sus beneficiarios que ninguna de las anteriores formas de legislación. La fuerza con que lo defienden recuerda el apego que en otros tiempos tuvieron los distintos grupos de población a sus fueros. Este derecho obtenido es una especie de nuevo derecho foral.

Por otra parte, es también necesario un estudio de las formas concurrentes de legislación frente a la ley parlamentaria. Aquí ocupan el primer lugar los

decretos-leyes. Sobre ellos existe una rica bibliografía³⁴, pero apenas se ha intentado una comparación con la ley parlamentaria³⁵. Como esto es indispensable para caracterizar la legalidad en el medio siglo posterior a 1930, adelantaremos algunas breves observaciones.

En el período 1930-83 la ley parlamentaria deja de ser la única forma admitida de legislación, como lo fuera entre 1862 y 1930. Frente a ella se abre paso otra forma de legislación: la ley extraparlamentaria, representada por los decretos-leyes.

La diferencia entre decretos-leyes y las leyes es conocida. Ambos recaen sobre materias que según la Constitución sólo pueden regularse por leyes. Pero el decreto-ley lo dicta el Jefe de Estado sin intervención del Congreso, por hallarse éste disuelto. Se trata, pues, de una forma de legislación extraparlamentaria. La ley, en cambio, la dicta el Jefe de Estado con el concurso del Congreso y, por eso, constituye una forma de legislación que puede calificarse de parlamentaria.

Los decretos-leyes contaron desde 1930 con un reconocimiento de la Corte Suprema, que declaró en general válidos los actos del gobierno *de facto*³⁶. Pero hasta 1947 entendió la Corte que esta validez estaba limitada —en cuanto al tiempo— hasta el restablecimiento del gobierno constitucional; en cuanto a la materia, a sólo lo indispensable para mantener las funciones del Estado o para cumplir los fines de la revolución³⁷.

En la práctica los decretos-leyes sobrevivieron al gobierno que los dictó. Desde 1932 hasta 1964 cada vez que se restauró el gobierno constitucional se dictó una ley para confirmarlos³⁸.

Un hito decisivo en la equiparación de ambas formas de legislación fueron las sentencias de la Corte Suprema, que en 1947 igualaron a los decretos-leyes con las leyes, tanto en lo que toca a la materia que podían regular³⁹ como en

³⁴ CASARES, Tomás D., *La Justicia y el Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, 1945; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Revolución y gobierno de facto en La Ley*, nota 39, Buenos Aires, 1945; El mismo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 9 vols., Buenos Aires 1953-63; CABRAL TEXO, Jorge, *El régimen de los decretos-leyes en el derecho público argentino*, Buenos Aires, 1949; OTHANARTE, Julio, *Caducidad o continuidad de los llamados Decretos-Leyes del gobierno "de facto"* en *La Ley*, nota 90, Buenos Aires, 1958; RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1960; El mismo, *Los Decretos-Leyes y la situación constitucional de la República Argentina* en *Revista de Estudios Políticos* 147-148, Madrid, 1966; RAYCES, Federico, *Bases jurídicas de los gobiernos "de facto"*, Buenos Aires, 1963; BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*, 2 vols., Buenos Aires, 1964; MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965.

³⁵ Un adelanto en BRAVO LIRA, Bernardino, *Leyes y Decretos-Leyes en Argentina 1930-1983* en: *Revista de Derecho* 9, Valparaíso, 1985.

³⁶ Acordada de 10 de septiembre de 1930, en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 158, pp. 290 ss.

³⁷ *Caso Administración de Impuestos Internos vs. Martiniano Malmonge Nebreda*, fallo de 15 de noviembre de 1933 en *Fallos* nota 36, 169, pp. 309 ss. *Caso Municipalidad de la capital vs. Mayer*, fallo de 2 de abril de 1945 en *Fallos* nota 36, 201, p. 249 ss.

³⁸ BRAVO LIRA, nota 35.

³⁹ *Caso Enrique Arlandini* en *Revista jurídica argentina en La Ley* 47, Buenos Aires 1943, pp. 802 ss.

lo que atañe a su vigencia en el tiempo, que se extiende hasta que fueren derogados por/otra ley ⁴⁰. Después de esto, lo único que faltaba para la equivalencia de los decretos-leyes con las leyes, aparte de la fórmula con que se dictan unos y otras, era asignarles una misma denominación. Esto se hizo en 1966, al dar a las disposiciones legislativas del gobierno *de facto* el nombre y número de leyes, lo que se repitió una década después en el septenio 1976-83 ⁴¹.

Pero la investigación permite anticipar que la ley extraparlamentaria no sólo se equipara a la parlamentaria, sino que en la práctica predomina sobre ella. Para comprobarlo basta hacer un recuento de la legislación dictada por los gobiernos constitucionales o *de iure* y por los extraconstitucionales o *de facto* entre 1930-1983.

Como se sabe, en ese lapso el Congreso fue seis veces disuelto y otras tantas restaurado. Se produjo así una alternancia entre legislación parlamentaria y extraparlamentaria.

<i>Gobierno</i>		<i>Legislación extraparlamentaria</i>	<i>Legislación parlamentaria</i>
Extraconstitucional	1930-32	1.279	
Constitucional	1932-43		1.248
Extraconstitucional	1943-46	958	
Constitucional	1946-55		1.606
Extraconstitucional	1955-58	1.249	
Constitucional	1958-62		2.017
Extraconstitucional	1962-63	400	
Constitucional	1963-66		430
Extraconstitucional	1966-73	3.726	
Constitucional	1973-76		748
Extraconstitucional	1976-83	1.784	
	Total	9.396	6.049

Fuentes: *Boletín Oficial de la República Argentina*, Buenos Aires.
Anales de Legislación Argentina, Buenos Aires ⁴².

A primera vista resalta, pues, que la legislación extraparlamentaria —casi 9.400 disposiciones— aventajaba largamente a la legislación parlamentaria —poco más de 6.000—. Pero esto no es todo. A medida que avanza el tiempo se acentúa la decadencia de la ley parlamentaria frente a la extraparlamentaria. Desde la Revolución Libertadora de 1955, los gobiernos constitucionales se hacen más excepcionales y de más breve duración. Sólo los hubo durante tres cortos intervalos: 1958-62; 1963-66 y 1973-76. En estas condiciones, la ley parlamentaria retrocede y el avance de la extraparlamentaria se hace incontenible. Entre 1955

⁴⁰ *Caso Ziella, Egidio vs. Smiriglio Hermanos*, fallo de 1º de octubre de 1947 en *La Ley* nota 39, 48, Buenos Aires, 1947, p. 361.

⁴¹ BRAVO LIRA, nota 35.

⁴² *Ibid.*

y 1983 tenemos 7.167 leyes extraparlamentarias frente a sólo 3.195 parlamentarias, es decir, el número de estas últimas es inferior a la mitad de las primeras.

Pero, naturalmente, lo decisivo no es la cantidad de unas u otras disposiciones legislativas, aunque ella sea de por sí muy significativa. Lo que en definitiva importa es su contenido. En este campo también es clara la primacía de la ley extraparlamentaria. Ya desde 1943-46 se emplea ampliamente esta forma de legislación para superar el individualismo liberal del derecho entonces vigente, de acuerdo a las nuevas tendencias sociales. Mediante ella se abre paso a un nuevo derecho laboral, previsional, social y educacional y se erigen múltiples instituciones estatales y paraestatales. A partir de entonces la ley extraparlamentaria abarca un campo cada vez más vasto. Pero también la ley parlamentaria experimenta una transformación semejante bajo el gobierno constitucional de Perón (1946-55). De esta suerte, después de 1955 el contenido de los dos tipos de leyes es similar. No obstante, por su número, predomina la ley parlamentaria que por sí sola pasa a regular prácticamente todos los aspectos principales de la vida jurídica.

7. CONCLUSIÓN

Ante las variaciones que ha experimentado el derecho legislado durante el último medio siglo, no han faltado voces que hablen de una crisis y aún, de decadencia del derecho. Así lo hicieron ya en su tiempo el gran Ripert⁴³ y una serie de autores posteriores⁴⁴.

Pero no está claro que se trate de algo negativo. Más bien que ante una crisis del derecho, nos encontramos ante una crisis del derecho codificado⁴⁵. A la legalidad uniforme de la codificación sucede una legalidad diferenciada de la ley-privilegio, mediante la cual es posible considerar la real diversidad de situaciones existentes dentro de la población. Esta es su gran ventaja, sin desconocer que puede abusarse de ella para favorecer a sectores o grupos que no lo necesitan.

A pesar de estos inconvenientes y de la falta de sistematización de que adolece, la nueva legislación diferenciada es superior a la antigua legislación uniforme de la codificación, por las posibilidades que abre para una verdadera y eficaz renovación del derecho. La clave de esta renovación no está en dar a todos lo mismo, como se entendió en la época de la codificación, sino en algo mucho más complejo y matizado, como es *dar a cada uno lo suyo*, lo cual no es posible con una legislación uniforme y, en cambio, sí lo es con una legislación diferenciada.

A manera de conclusión, cabe observar que esta legalidad diferenciada de nuestro tiempo no tiene el carácter regulador que tuvieron la legalidad gubernativa, la legalidad estatal o la legalidad mandato uniforme. En este sentido, la ley-privilegio representa una especie de renacer del derecho foral, que en su tiempo fue la expresión máxima de la seguridad jurídica.

⁴³ RIPERT, Georges, *Le Déclin du Droit, études sur la législation contemporaine*, París, 1949.

⁴⁴ Varios autores, *La crisis del derecho*, trad. castellana, Buenos Aires, 1961.

⁴⁵ BRAVO LIRA, Bernardino, *La postivación del Derecho en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, 62, Santiago, 1965.