

BIBLIOTECA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

**INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

**ESTUDIOS SOBRE LA
CONSTITUCION NACIONAL DE 1853
EN SU SESQUICENTENARIO**



**BUENOS AIRES
2003**

BIBLIOTECA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

**ESTUDIOS SOBRE LA
CONSTITUCION
NACIONAL DE 1853 EN
SU SESQUICENTENARIO**



BUENOS AIRES

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723
Todos los derechos reservados
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711, primer piso. Tel./Fax: 4812-9327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina
I.S.B.N. 987-03-0066-9

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

SERIE I – ANUARIOS

Anales – Primera época, N° 1 (1915) – Segunda época, N° 1 a 39.

SERIE II – OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTIN DE VEDIA y ALBERTO RODRIGUEZ VARELA.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CORDOBA.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA RIESTRA.
- 6.- *La libertad, elección, amor, creación*, por MANUEL RIO.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RIO.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUIN G. MARTINEZ.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER (2 tomos).
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho – 1925.*
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.

- 19.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos).
- 20.- *Conferencias y Estudios*, por HECTOR P. LANFRANCO.
- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.- *Derecho y Realidad, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 23.- *Las cinco Argentinas*, por JORGE M. MAYER.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 – 1919). Un eje institucional*, por JORGE M. MAYER.
- 26.- *Los posibles antídotos de la crisis*, por JORGE M. MAYER.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por ALBERTO LUIS ZUPPI.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III – COMUNICACIONES

Comunicaciones – N° 1.

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACION

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El Derecho Marítimo alemán*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Horacio A. García Belsunce

Vicepresidente

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Secretarios

Académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio
Académico Dr. Félix A. Trigo Represas

Tesorero

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

COMISION DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Jorge A. Aja Espil
Académico Dr. Julio César Cueto Rúa

ACADEMICOS DE NUMERO

por orden de antigüedad

	Nombre del sitial	Fecha
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Germán J. Bidart Campos	Manuel Quintana	15 julio 1971
Dr. Federico N. Videla Escalada	José M. Estrada	30 noviembre 1972
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	15 setiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 setiembre 1982
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Augusto Mario Morello	Mariano Moreno	23 octubre 1986
Dr. Lino Enrique Palacio	Domingo F. Sarmiento	18 junio 1987
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Carlos Manuel Muñiz	José N. Matienzo	10 agosto 1989
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Antonio Vázquez Vialard	Juan A. Bibiloni	13 setiembre 1990
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996
Dr. Carlos María Bidegain	José María Moreno	8 abril 1999
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003

ACADEMICO EMERITO

Dr. Manuel Río

23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Georges Vedel	Francia	1 julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussovarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Závala	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Mauro Cappelletti	Italia	27 mayo 1993
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Jorge Peirano Facio	Uruguay	27 octubre 1994
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Sebastián Martín-Retortillo Baquer	España	9 agosto 2001
Dr. Saúl Litvinoff	EE.UU. de N.A.	22 agosto 2002

ANTIGUOS ACADEMICOS DE NUMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogué
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argúas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Antonio Bermejo
Dr. Juan A. Biliboni
Dr. Eduardo L. Bidau
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Guillermo A. Borda
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Darack
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano De Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Guillermo Garbarini Islas

Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Iburguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Larguía
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma

Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñeiro
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Rfo
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guifazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)

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

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Director

Jorge R. Vanossi

Subdirector

Alberto Rodríguez Varela

Director honorario

Segundo V. Linares Quintana

Secretaria

Beatriz L. Alice

Miembros

Juan Ramón Aguirre Lanari
Jorge A. Aja Espil
Gerardo Ancarola
Gregorio Badeni
Fernando N. Barrancos y Vedia
Alberto B. Bianchi
Germán Bidart Campos
Carlos María Bidegain
Juan Carlos Cassagne
Antonio Castagno
Alberto R. Dalla Via
Pedro J. Frías
Alberto M. García Lema
María Angélica Gelli

Ricardo Haro
Félix Roberto Loñ
Antonio A. Martino
Augusto Mario Morello
Carlos Manuel Muñiz
Miguel M. Padilla
Eugenio Luis Palazzo
Dardo Pérez Guilhou
Humberto Quiroga Lavié
Alberto Rodríguez Galán
Daniel A. Sabsay
Néstor Pedro Sagüés
Horacio J. Sanguinetti
Mario D. Serrafiero

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Director

Juan Carlos Cassagne

Secretarios

Alberto B. Bianchi
Pablo Esteban Perrino

Miembros

Pedro Aberastury (h)	Fernando Juan Lima
Oscar Aguilar Valdez	José Augusto Lapierre
Fernando A. Borio	Javier López Calderón
Luis Armando Carello	Ismael Mata
Jorge E. Cermesoni	Eduardo Mertehikian
Julio R. Comadira	Pedro A. Miguens
Pedro José Jorge Coviello	Laura Mercedes Monti
Horacio Pedro Diez	Guillermo A. Muñoz
Ricardo T. Druetta	Jorge I. Muratorio
Guillermo E. Fanelli Evans	Mariana Ortiz de Zárate
Héctor Pedro Fassi	Luis J. Pérez Colman
Máximo J. Fonrouge	Eduardo Rodríguez Chirillo
Pablo Gallegos Fedriani	Guillermo E. Rossi
Beltrán Gambier	Patricia Rota de Torres
Fernando García Pullés	Estela B. Sacristán
Juan Octavio Gauna	Daniel Fernando Soria
Rafael M. González Arzac	Guido Santiago Tawil
Carlos Manuel Grecco	Daniela B. Ugolini
Marta E. del Valle Herrera	Alejandro Juan Uslenghi
Benigno Ildarraz	Carlos Alberto Vallefn
María del Carmen Jeanneret de Pérez Cortés	Carlos A. Zubiaur

**PALABRAS DEL SEÑOR PRESIDENTE
DE LA ACADEMIA**



INTROITO

En nuestra memoria correspondiente al ejercicio académico del año 2002, dijimos en el capítulo *Reflexiones finales* que “Es realmente gratificante destacar la labor de los Institutos de la Academia, que representan el germen de las investigaciones y estudios tendientes al progreso y perfeccionamiento del derecho”. La presentación de este libro preparado por los Institutos de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional, es la mejor demostración de los conceptos que acabo de transcribir. La labor de ambos Institutos a la vez que trasunta el merecido homenaje de los juristas que los integran al sesquicentenario de la Constitución de 1853, es también la exteriorización de las preocupaciones científicas de sus miembros y de la eficiente conducción de sus directores académicos.

Con este modesto *introito* me honro en integrar las páginas de este libro y hacerme así parte del homenaje que a través de sus páginas se rinde a nuestra Constitución fundadora.

Joaquín V. González ha resumido en conceptos categóricos la significación de la Constitución Nacional, a la que califica como uno de los instrumentos de gobierno más completos, más orgánicos y más jurídicos, sin ser por eso estrecho ni inmóvil, que hayan consumado los legisladores de cualquier país y época (*Estudios constitucionales*, Buenos Aires, 1930, I, ps. 14/15). En palabras de González Calderón la Constitución es un admirable instrumento de gobierno, ideado por varones ejemplares, que quisieron que su obra fuera un instrumento de gobierno eficiente y duradero, utilizable por las generaciones ulteriores para la consecución de esos grandes y nobles fines.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en un fallo luminoso que el valor mayor de la Constitución no está en los textos escri-

tos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se dieron en el país sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas, agregando que su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impiden envejecer con el cambio de ideas, crecimiento, redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación (*Carlos H. Bressani vs. Provincia de Mendoza*, "La Ley", t. 6, 1937, p. 989). Estos conceptos parecen recordar las palabras que dijera Bartolomé Mitre en el discurso pronunciado como gobernador de Buenos Aires en la jura de la Constitución Nacional, el 21 de octubre de 1860: "Esta Constitución satisface vuestras legítimas esperanzas hacia la libertad y hacia el bien, ella es la expresión de vuestra soberana voluntad, porque es la obra de vuestros representantes libremente elegidos; es el resultado de la fatiga de vuestros guerreros y de las meditaciones de vuestros altos pensadores; verbo encarnado en nosotros, es la palabra viva de vuestros profetas y de vuestros mártires políticos".

Su elasticidad y adaptación al cambio, la resalta Oyhanarte cuando manifiesta que "El estado de desarrollo ha surgido, entre nosotros, sin reforma de la ley suprema que lo consagre, y ello fue posible merced al empleo oportuno y valiente de determinado método de interpretación constitucional —el método dinámico— tomando como pivote el artículo 67 inc. 16 de la Constitución que consagra la "policía de prosperidad" con clarividencia que sorprende (*Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, 1969, ps. 31 y 33).

La Constitución Nacional de 1853, con su reforma de 1860, ha respondido con amplitud y generosidad a las necesidades y aspiraciones del pueblo argentino, a la evolución de la dinámica política, jurídica y social impuesta a la República y a los argentinos para acompañar la evolución, que no es siempre signo de progreso, y los cambios que se han impuesto en el mundo occidental en los ciento cincuenta años de su sanción. Las declaraciones, derechos y garantías, que constituyen su parte dogmática, han protegido y protegen todas las libertades civiles y políticas y se adecuan, con señera previsión, a las regulaciones que en el ámbito internacional e interno han proliferado en materia de *derechos humanos*, que por no estar mencionados en la literali-

dad de su texto no han dejado de ser reconocidos y amparados desde su vigencia, sin necesidad de reforma alguna.

La consagración del régimen de gobierno republicano, representativo y federal, como expresión del sistema democrático de nuestra organización política, está plasmada en las instituciones y órganos de gobierno, cuyas conformaciones, competencias y atribuciones integran la segunda parte —“Autoridades de la Nación”— conocida como parte orgánica.

Las reformas sugeridas a lo largo de estos ciento cincuenta años y algunas concretadas en 1994, a las que oportunamente y en más de una ocasión se opuso nuestra Academia, han sido innecesarias y en algunos casos inconvenientes e inoportunas, porque han pretendido “mechar” en nuestro sistema constitucional instituciones o procedimientos que alteran el régimen que consagra el artículo 1º de nuestra Constitución Histórica. Aunque por demás conocido, no resulta ocioso recordar que hace ciento cincuenta y un años Alberdi nos dijo que “Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución”.

HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE
Académico Presidente

CORRIENTES Y LA CONSTITUCION NACIONAL

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI

Entre los que serán sin duda numerosos estudios tendientes a celebrar el sesquicentenario de nuestra venerable Constitución Nacional, sancionada en 1853 y completada en su estirpe federal y acatamiento ciudadano en 1860, me parece oportuno introducir el aporte que para la configuración de aquella parte prestó mi Provincia de Corrientes.

Conocidas son las divergencias doctrinarias que discurren sobre el concepto de Constitución. Frescos continúan los recuerdos del debate en las cátedras universitarias de tratadistas como el español Manuel García Pelayo, quien distinguía la puja entre los conceptos **racional normativo**, el **histórico tradicional** y el **sociológico**, como fundamentos científicos que trataban de explicar excluyentemente el basamento teórico y legitimador de la Ley Fundamental vigente en los países (1). Sin duda, no eran ajenas a la discusión razones políticas que inspiraban a sus partidarios, según lo anota el maestro español.

En nuestro país, la llamada Generación de 1837, terció en el debate que había desgarrado al país en facciones irreconciliables y persuadió ofreciendo la fórmula finalmente aceptada. Echeverría, Alberdi, Gutiérrez, Sarmiento, Mitre, entre otros, en el libro o en la arena política, conjugaron una síntesis que alumbró nuestra ley fundamental. **Razón, historia y realidad sociológica** se aceptaron como ingredientes para la empresa acometida.

En efecto, los componentes de esa Generación se habían nutrido intelectualmente con preferencia en Europa y en particular en la Fran-

(1) GARCIA PELAYO, Manuel, "Derecho Constitucional Comparado", 4ª edición corregida, Madrid, 1957, p. 33 y sigtes.

cia **racionalista**, que repetía como necesarios, para la existencia de una Constitución, la garantía de los derechos individuales y la división de los poderes consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, postulando una Constitución escrita y soberana.

Pero los jóvenes de la Asociación de Mayo aceptaron también escudriñar las **vertientes históricas y sociológicas** del ser nacional para encuadrar la fórmula constitucional aceptable. En la última de las palabras simbólicas de la Asociación de Mayo, redactada por Alberdi, se estudian los **antecedentes históricos** que habían dividido al país durante la lucha entre unitarios y federales buscándose una fusión política y social a través de lo que dicho pensador llamaría el sistema mixto, mezcla de federación y unidad.

Y a la vez, no descuidan la **realidad sociológica** del país. Echeverría, en carta y programa que remite a sus consocios, expresa elocuentemente: "El punto de partida para el deslinde de cualquier cuestión política debe ser nuestras leyes y estatutos vigentes, nuestras costumbres, nuestro estado social. Determinar primero lo que somos; y aplicando después los principios, buscar lo que debemos ser, hacia que punto debemos encaminarnos. No salir del terreno práctico, no perderse en abstracciones, clavar el ojo de la inteligencia en las entrañas mismas de nuestra sociedad, es el único modo de hacer algo útil a la patria, y de atraer prosélitos a nuestra causa" (2).

Con el aporte de tales vertientes se estructuró finalmente la Constitución Nacional que hoy memoramos. A ese resultado, que consagró jurídica e institucionalmente la unión nacional, concurrieron las Provincias que lo componían, en cumplimiento de pactos preexistentes, según reza el Preámbulo de la Ley Fundamental.

La vocación institucional de Corrientes en la época colonial

Entre las provincias fundadoras, Corrientes cumplía así un viejo y esforzado sueño, a cuya causa sus hijos habían ofrendado inconta-

(2) "Dogma Socialista" por ECHEVERRÍA, Esteban, precedido por la "Ojeada Retrospectiva sobre el Movimiento Intelectual en el Plata desde el año 37", La Torre de Babel, Editorial Perrot, Buenos Aires, 8 de Julio de 1958, p. 38.

bles sacrificios. No habían actuado estos a lo largo de tantos años por razones de circunstancial voluntarismo. Su compromiso venía de lejos. Y como en la empresa nacional antes descrita, habían ingredientes varios, que se remontaban al fondo de su historia y de su conformación social, que encontraron respuesta en la Constitución federal finalmente consagrada.

Nuestra Constitución Nacional nucleó el compromiso de amor por el país y el acatamiento al Derecho. En Corrientes, desde la fundación de la Ciudad Capital, donde se vertebrara en 1814 la Provincia homónima, se da un elocuente simbolismo. Aunque formal y oficialmente la funda el Adelantado Juan Torres de Vera y Aragón, hay quienes indican como actor material del hecho a su sobrino Alonso de Vera, apodado el Tupí por su tez oscura (3). Sea uno u otro, o ambos a la vez, en la proporción de su recíproco aporte, en ellos se personifican, a mi juicio, dos elementos fundamentales que echaran raíces de las que el árbol de Corrientes extraerá sus mejores savias: la vocación por el Derecho y la atracción por la nueva tierra, defendida siempre con tozudo heroísmo.

En el Adelantado "Hombre de Fuero Juzgo y Partidas", al decir de Balestra (4), y en el Tupí, con tez de moreno americano y afincamiento definitivo como conductor de la población naciente, se ubican dos mojonos que presiden su destino.

Hay un tercer simbolismo en el hecho de la fundación, que bien puede mirarse como precursor del espíritu independiente que la comunidad guardó frente a toda autoridad cuyo acatamiento no entendiera legal. Se trata de un gesto de Alonso de Vera, que rechaza someterse a la autoridad del gobernador de Tucumán Juan Ramírez de Velazco, por entenderla ilegítima (5).

(3) Véase en tal sentido la obra del padre LOZANO, Pedro, "Historia de la Conquista", Colección Lamas, Tomo III, p. 281 y Hernán F. Gómez: "Historia de la Provincia de Corrientes. Desde la fundación de la ciudad de Corrientes a la Revolución de Mayo", Corrientes, 1928, p. 35.

(4) BALESTRA, Juan, "El Milagro del Pucará", Buenos Aires, 1936, p. 34.

(5) Véase RAMOS MEJIA, Francisco, "El Federalismo Argentino", edición de la Cultura Popular, p. 147.

Este espíritu de independencia, conjugaría en terreno fértil con la idiosincrasia y costumbres de los indígenas de la región, preparando así al **tipo ciudadano defensor de los fueros locales**, amante de la paz pero infatigable adversario de mandones y opresores. En tal sentido, la **vocación federativa** halló remotos antecedentes. Según refiere Mantilla, los naturales del país, cuya idiosincrasia describe, cuando iban a la guerra en defensa de sus tierras o para vengar ultrajes, **se confederaban** para la empresa común sin afectar el mando parcial de los jefes sobre sus vasallos (6).

Antecedentes de importancia constituyen levantamientos populares disconformes con autoridades que respondían a funcionarios lejanos, ajenos al sentimiento y necesidades de la comunidad local. Entre ellos, recordemos el ocurrido en Octubre de 1764, donde en Cabildo abierto se sanciona la legitimidad de la resistencia popular proclamando principios de trascendencia excepcional para la época, sobre los que nos ilustra Mantilla: "Se debe obediencia a un gobernante, pero no a un tirano". La Asamblea asumió el ejercicio de la soberanía plena para constituir los poderes del gobierno, porque decía: "El vecindario tiene el derecho de nombrar sus autoridades". El pensamiento público de aquel día fue sintetizado en las siguientes palabras del maese de campo José González: **Defenderemos nuestra patria y sabremos defenderla aunque sea contra el Rey**. Ellas quedaron como lema popular. El **partido criollo**, adelantándose al tiempo proclamó en esencia la fórmula histórica de la **Revolución de Mayo de 1810**. Una patria que no era España, el derecho orgánico de la resistencia armada contra la tiranía, el de construir el pueblo sus autoridades a despecho de la voluntad real, fueron los cimientos de la independencia americana" (7).

Pero esa aspiración al gobierno propio no significó que los correntinos retacearan su esfuerzo en las empresas de interés general. En la conquista y afirmación de los centros poblados, en la defensa ante depredaciones de los mamelucos y la penetración imperialista de los portugueses, Corrientes aportó su sacrificado esfuerzo. Con motivo

(6) MANTILLA, Manuel Florencio, "Crónica histórica de la Provincia de Corrientes", Buenos Aires, 1928, tomo I, p. 24.

(7) Véase MANTILLA, Manuel Florencio, ob. cit., tomo I, p. 124.

de las invasiones inglesas, "Corrientes fue el único pueblo de los actuales Estados argentinos (menos Buenos Aires) que tuvo un cuerpo propio, de puros hijos suyos: los Cazadores Correntinos" (8).

Esa adhesión implícita a lo que sería luego la causa nacional se evidenció de inmediato, luego del 25 de mayo de 1810.

Corrientes y la Revolución de Mayo. La autonomía de la provincia

La Revolución de Mayo se conoció en Corrientes el 16 de Junio. El Cabildo aceptó la autoridad de la Primera Junta y nombra ante ella al prestigioso jurista José Simón García de Cossio, quien vota junto a los diputados provinciales su incorporación a la misma.

Institucionalmente cabe señalar que en Cabildo Abierto del 13 de Enero de 1812 Corrientes jura obediencia al Estatuto Provisional del 22 de octubre de 1811, registrándose estas significativas palabras que anuncian su militancia futura en la pugna sobre la forma de Estado: "Claro está que por estos principios de eterna verdad para que una autoridad sea legítima entre **las ciudades de nuestra federación política**, debe nacer del seno de ellas mismas y ser una obra de sus propias manos. Así lo comprendieron estas propias ciudades cuando revalidando por un acto de ratificación tácita el gobierno establecido en esta Capital, mandaron sus diputados para que tomasen aquella porción de autoridad que les correspondía como miembros de la Asociación" (9).

Esa inclinación de personalidad propia frente a la incompreensión de Buenos Aires ante el anhelo de los pueblos interiores a decidir sus destinos alejaría a Corrientes de su órbita, preparando su **independencia**, declarada el 20 de abril de 1814 por el Cabildo. La misma sería luego reconocida como una **Provincia de Estado** el 10 de septiembre de 1814 por Decreto del Supremo Director de las Provincias Unidas del Río de la Plata don Gervasio Antonio de Posadas.

(8) MANTILLA, Manuel Florencio, ídem, tomo I, p. 153.

(9) GOMEZ, Hernán F, "Historia de la Provincia de Corrientes. Desde la revolución de Mayo al Tratado del Cuadrilátero", Corrientes, 1928, p. 78.

Los acontecimientos posteriores, que registran la dominación de Artigas en la Provincia, muestran dentro de ella, tanto entre sus partidarios como quienes lo adversan, una común militancia a favor de las **ideas federales**. Al mismo tiempo, Corrientes sufre las depredaciones del invasor lusitano, sin recibir auxilio de las autoridades nacionales en algún momento prometido, manteniendo una clara e histórica militancia en defensa de la **causa nacional**.

Corrientes y Ramírez. La afirmación de la autonomía provincial y el Reglamento Provisorio Constitucional de 1821

Producida la derrota de Artigas, Ramírez impone su predominio militar en Corrientes. Cuando el caudillo entrerriano pereció la Provincia depuso pacíficamente el 12 de octubre de 1821 a su delegado Evaristo Carriego, sustituido por Ramón Nicolás de Atienza.

Se convoca a un Congreso Provincial para elegir un Gobernador de la Provincia, establecer las normas constitucionales a las que este debía someterse y definir el rumbo político que debía escoger Corrientes en el Congreso nacional que se preveía convocar.

Al decir del Brigadier General don Pedro Ferré, tanto la elección del Gobernador Constitucional, que lo fue don Juan José Fernández Blanco, como la actuación del Congreso mismo, que habría de dictar el primer estatuto constitucional de la Provincia, "fueron los primeros actos de soberanía que se vieron ejercer en Corrientes" (10).

Es importante destacar la importancia del **Estatuto Provisorio Constitucional** sancionado en Corrientes el 11 de Diciembre de 1821 (11).

Sin perjuicio del análisis que luego efectuaremos sobre el mismo, cabe previamente señalar que afirma, dentro de Corrientes, la ruta unívoca de sus hijos en la senda de posiciones constitucionales que se cristalizaran finalmente en la Constitución Nacional de 1853. La delineación de un orden respetuoso de los **derechos individuales**, la

(10) "Memoria del Brigadier General Pedro Ferré", Buenos Aires, año 1921, Imprenta y Casa Editora Coni. p. 18.

(11) Puede consultarse en "Recopilación de Constituciones de la Provincia de Corrientes", Corrientes, Imprenta del Estado, año 1921.

división y armonía de poderes y la afirmación federal como forma de Estado fueron grandes hitos que alimentaron invariablemente los directivos correntinos tanto en sus normas escritas del Derecho Público como en la esforzada militancia que afrontaron con valor y sacrificio en el convulsionado mundo político que rigió desde la Revolución de Mayo hasta la organización constitucional definitiva.

Sabido es que nuestra ley fundamental reconoce antecedentes nacionales en los Estatutos, Reglamentos y Constituciones sancionados desde 1810 y en los proyectos originados en la Asamblea de 1813. Junto a ellos, constituyen también una fuente valiosa las Constituciones y normas de Derecho Público sancionadas por la Provincia, especialmente en la segunda década posterior a 1810.

El Reglamento Provisorio Constitucional de 1821 de Corrientes figura entre los más adelantados de su época, por el acierto de sus cláusulas, alejadas de toda inclinación autoritaria.

Una afirmación nacionalista surge al especificarse en los artículos 3º y 4º de la sección 2ª que ningún español europeo tendrá voto activo o pasivo, mientras que la Independencia no sea reconocida por España, exceptuando de esta disposición a los que por su adhesión a la causa y por importantes servicios al Estado se hicieran dignos de obtener la carta de ciudadanía. De este modo, Corrientes, que no había podido incorporarse al Congreso de Tucumán que sancionara nuestra Independencia, venía a ratificar la emancipación política que éste decretara por el órgano de la primera asamblea provincial auténticamente libre de influencias extrañas emanada de la voluntad popular de la Provincia.

Es importante señalar que el Reglamento, al tratar sobre el Poder Legislativo, expresa: "Su objetivo es establecer, ordenar y sancionar todo lo que sea concerniente y relativo al interés general y economía interior quedando a salvo todo aquello que haya o pueda corresponder al cuerpo o estado general en la federación nacional". Bien expresa Ravignani sobre el particular: "De manera que expresa dos principios: el concepto federal y el de unión nacional" (12).

(12) RAVIGNANI, Emilio, "Historia Constitucional de la República Argentina", Buenos Aires, 1927, tomo II, p. 38.

Otra prueba de la jerarquía con que se inviste a los mandatarios legislativos de la voluntad popular, procurando frenar las demasías del Poder Ejecutivo, lo da el artículo 15 de la sección 4ª: "No puede el gobernador bajo pretesto alguno impedir la celebración de congresos provinciales en las épocas y casos determinados por el Reglamento, ni suspenderlos ni disolverlos, ni en manera alguna embarazar sus sesiones y deliberaciones; y los que aconsejen o auxiliien con cualesquiera tentativa para tales actos son declarados traidores y se perseguirán como tales". He aquí un valioso y remoto antecedente del artículo 29 de la Constitución Nacional de 1853, antecedente honroso sin duda también para la época, que conocía ya y conocería después otras deleznable maneras de encarar la relación entre ambos poderes.

El Reglamento establece diversas garantías para los empleados públicos que asombran por la época en que son escritas y que han tenido vigencia nacional tan solo en nuestros días. Dice el Reglamento: "Los empleados civiles se consideran perpetuos en sus respectivos empleos y no podrán ser suspendidos ni eliminados sin grave y justificada causa". Para casos de inconducta de los empleados se prevé un proceso informativo y la remisión a la justicia para el veredicto final de remoción o restitución de los mismos.

También prescribe el Reglamento: Art. 25: "No podrá el gobernador conocer por pretesto ni en manera alguna en las demandas civiles y criminales y el quebrantamiento de este artículo será considerado como abierta infracción de la presente constitución". He aquí un antecedente del artículo 109 de la Constitución Nacional.

El Art. 26 a su vez expresa: "El gobernador podrá proceder y procesar en los casos en que peligre la quietud y la seguridad interior de la Provincia, cuya conservación le está encargada, y deberá remitir el proceso con el reo o reos a la jurisdicción y conocimientos de las justicias ordinarias para que allí sean oídos y sentenciados". No existen aquí atribuciones judiciales —como se vio en esa época con otros casos— sino simplemente el ejercicio de facultades elementales, como las que para el Presidente de la República concede nuestra Constitución en caso de estado de sitio. Y el artículo 27 establece por fin: "El gobernador auxiliará con fuerza toda vez que le pidan las justicias ordinarias".

El artículo 2º de la sección 5ª consagra un precepto correcto, a la vez que demuestra cuanto pesaba en el ánimo de los directivos correnti-

nos el deseo de unión nacional, que justifica incluso el carácter de "provisorio" según se denomina al Reglamento, con vistas al anhelado proceso de integración constitucional nacional: "La administración de justicia se arreglará a las leyes de los correspondientes cuerpos legislativos en todo lo que no sea concerniente a la independencia nacional". Es un anticipado sometimiento a la justicia federal, que solo habría de crearse con nuestra organización definitiva.

Conviene reiterar la existencia de una verdadera separación de poderes, en coincidencia con la teoría clásica que pone la facultad impositiva en manos del poder legislativo. Así, en la sección 6, expresa su artículo 12: "El gobernador no podrá imponer derramas, pechos, contribuciones ni servicio personal alguno sobre los individuos de la Provincia"; artículo 13: "Esta facultad queda reservada a la Provincia reunida en Congreso".

En la misma Sección se legisla también sobre un verdadero recurso contencioso administrativo, amparándose la decisión final con garantías precisas, conforme surge del artículo 17: "Finalmente no siendo justo ni compatible con las consideraciones de justicia a que son acreedores los ciudadanos que pertenecen a la República, el que pierdan perpetuamente el derecho y la acción con que demandaron, o pueden demandar, el fiscal del estado, con una sola sentencia y no habiendo por otra parte como no hay agentes que puedan constituir un tribunal de apelación contra la sentencia que pronunciare el gobernador en materia de Hacienda; puede interponer, el que se considere agraviado, el recurso de súplica ante el mismo y para rever nuevamente la causa y resolver la súplica se asocie el Gobernador con dos individuos del Cabildo, a saber, el Alcalde de 1er. voto, y el Regidor Decano, y lo que a la pluralidad de votos se acordase, hará la última sentencia, que deberá poner final al pleito".

Cabe destacar algunas disposiciones, que tienden al saludable propósito de encarrilar las fuerzas militares dentro de una jerarquía de civilización que las aleje de la inculta montonera, como ocurre en la Sección 7, artículo 6: "Desde capitán hasta sargento ninguno obtendrá grado alguno sin saber leer ni escribir". Júzguese el valor de este precepto en un tiempo en que corrían parejos la falta general de instrucción con la necesidad imperiosa de reforzar el poder militar del Estado frente a acontecimientos siempre en acecho, problema que se

tornaba más angustioso en un pueblo largamente desangrado y que lo sería más aún en el futuro.

Disposiciones de austero corte republicano resultan en esta Sección del artículo 11 de la misma, que refiriéndose a la visita que obligatoriamente debe efectuar el gobernador una vez al año a toda la Provincia (Art. 8), declara que ella debe hacerse a su costa y sin exigir otro servicio que el gravamen de la carrera de las postas. Dentro del mismo orden de ideas, legisla a su vez el artículo 14: "Consultando el decoro del Gobernador se prohíbe absolutamente que el gobernador reciba obsequios ni regalos por considerarse que son unos verdaderos sacrificios que arranca el temor bajo el aspecto de voluntarios, y principalmente porque llevan al vicioso carácter de baratería que alejan del corazón de los ciudadanos la buena opinión del gobernador y de los principios de su conducta".

La Sección 8ª, que trata sobre seguridad individual, se inicia con una declaración que enfáticamente proclama la filosofía política que anima a los constituyentes: "La persona del hombre es la cosa más hermosa del mundo" (artículo 1º). Y se agrega: "su vida, su honra, su hacienda, su tranquilidad y seguridad están bajo la inmediata protección de las leyes" (artículo 2º).

Diversas disposiciones posteriores de la Sección, muestran fehacientemente la preocupación de los legisladores para asegurar los derechos individuales a la luz de los más adelantados principios de la ciencia constitucional en la materia, adelantando las soluciones que consagraría en términos y hasta con frases parecidas en algunos supuestos la Constitución de 1853, de la cual, en este aspecto, viene de tal modo a situarse como uno de sus válidos antecedentes el Estatuto que examinamos. Así ocurre con los siguientes artículos de la Sección 8ª: artículo 3º: "No podrá por esto ser privado del goce pacífico de aquellos bienes —se refiere al artículo 2º citado— sin ser primero convenido en proceso formal del cargo, o crimen que hubiese cometido"; artículo 4º: "La cárcel no es un lugar destinado al tormento de los reos; y la prisión solo es una medida de seguridad para las resultas del juicio"; artículo 5º: "Ningún ciudadano podrá ser preso sin que antes estuviese acreditado su delito cuando menos semiplenamente y sea de tal calidad que cuando menos merezca pena corporal de muerte u otra afflictiva de cuerpo"; artículo 6º: "Queda exceptuado el caso en que haya indicios de fuga, el juez podrá entonces prenderlo sin pro-

cesos" (recuérdese la época y la falta de los modernos medios de que dispone nuestro aparato policial con contactos incluso internacionales, todo ello desconocido en aquella). Pero se agrega: "Asegurada la persona del reo actuará la causa, y en el perentorio término de tres días lo hará saber la causa de su prisión"; artículo 8º: "Cuando el reo no hubiese sido preso, con el proceso formado anteriormente, se le hará saber al reo la causa de su prisión, en el término perentorio de veinticuatro horas"; artículo 12: "La correspondencia epistolar es sagrada"; artículo 13: "Ninguna carta podrá ser abierta por el gobierno y jueces de la provincia sino concurriendò grave presunción de contener proyectos sediciosos y hostiles contra la seguridad interior o exterior de la Provincia"; artículo 14: "La apertura en este caso se hará por el Gobernador con asistencia del Alcalde de 1er. voto, síndico procurador y administrador de correos, o con asistencia de tres oficiales de mayor graduación si hallándose el gobernador en campaña la carta o cartas cayesen en sus manos y fuese conveniente su apertura".

Hemos debido detenernos en la cita y examen de algunas de las disposiciones contenidas en el Reglamento Provisorio Constitucional de 1821 por más de un motivo.

Creemos que constituye un muy valioso antecedente de la Constitución de 1853, en varios aspectos y hasta en fraseologías antes mencionadas. A la Constitución de 1853 se le achacó la de haber sido una simple copia del modelo norteamericano, al tenor de una explicación de Gutiérrez injustamente interpretada. Nuestra Constitución Nacional necesariamente tuvo en vista modelos extranjeros y la opinión de estudiosos foráneos, lo que es normal en el proceso del constitucionalismo, donde ningún evento es total y absolutamente original. Pero al mismo tiempo, reeptó los antecedentes muy significativos que dentro de nuestras propias fronteras habían ido conformando las creencias y las aspiraciones de los pueblos que integraban la confederación de hecho nacida con los años y sometida a todas las vicisitudes históricas conocidas.

La Constitución de 1853 tuvo permanencia y éxito porque respetó los cauces enunciados por sus ideólogos, los jóvenes miembros de la Asociación de Mayo. Entre las previsiones a tomar en el camino que anuncian, ellos buscaron conocer la realidad social y a la vez los antecedentes históricos que debían conformar gradual y progresivamente la senda constitucional por adoptarse. Entre tales ingredientes, pa-

recía inexcusable atender a una rica experiencia del Derecho Público Provincial, que ofrecía intentos frustrados pero también demostrativo de hitos inexcusables en el camino que debía recorrerse. Entre ellos figuran con honor los intentos constitucionales de los directivos correntinos, como el que acabamos de examinar, junto a los que citaremos después.

Corrientes en la senda de la organización nacional federativa: el Tratado del Cuadrilátero. Evolución constitucional posterior en la provincia

I. La Revolución del 12 de octubre de 1821. Corrientes hace respetar sus derechos e integridad territorial

En el orden de los sucesos que fueron configurando la fisonomía y el progreso institucional de Corrientes, en concomitancia con su aporte dentro del panorama nacional, corresponde ahora que recordemos su intervención para finiquitar el llamado Tratado del Cuadrilátero, de significativa importancia en nuestra estructuración federativa, al extremo que no ha faltado quien, como el Dr. Carlos J. Benítez, lo considere juntamente con el Pacto de 1831, como "los dos tratados básicos" de nuestro proceso constitutivo en aquel sentido (13).

Ya hemos referido previamente a la Revolución del 12 de Octubre de 1821 ocurrida en Corrientes en que asume para reemplazar al Delegado de Ramírez, Evaristo Carriego, el Comandante General de Armas don Nicolás Ramón Atienza, quien inicia así el contacto oficial del nuevo orden de cosas con los gobiernos de las demás Provincias.

El Congreso Provincial, cuya obra constituyente hemos analizado antes, le solicita al Comandante de Armas interino Atienza que presente a la "Sala" toda la correspondencia con los gobiernos de Paraná, Santa Fe y Buenos Aires relativas a los negocios públicos ocurrida desde que aquel entró en posesión del mando. Atienza presenta lo solicitado, verificándose la ausencia de comunicaciones con Buenos Aires. Corrientes postula la relación con Buenos Aires, que ésta acepta de buen grado, "dando lugar, posteriormente, a un cambio auspicioso de notas, con lo que cesó el período de distanciamiento consecuente con la ruptura del Supremo Ramírez con dicha Provincia y Santa Fe, y el

(13) BENITEZ, Carlos J., "Hacia Mayo y Caseros", Corrientes, 1956, p. 63.

aislamiento de Corrientes que constituía un departamento de la efímera República del general entrerriano y su obligado sucesor don Ricardo López Jordán en derrota..." (14).

La situación no resultaba inicialmente fácil para Corrientes, atento a la política mantenida por Lucio Mansilla, gobernador de Entre Ríos, como sucesor de la República Entrerriana. De ese intento, aparte del que resulta de la dependencia material con que se procuró hasta el último momento prolongar esa inaceptable situación, da clara cuenta la nota que el 8 de Noviembre dirigía a Atienza: "es de necesidad tratar y acordar la paz bajo solemnes y formales pactos, para que sea indisoluble el vínculo que ligue a las Provincias. Por ese motivo creo innecesario que usted intervenga por ahora en deslindes, exigiendo al Comandante de la Esquina don Nicolás Cabral su dependencia y reconocimiento, cuando aquel con la fuerza que tiene depende de esta guarnición y por consiguiente debe dejarse este negocio a mejor oportunidad, para cuyo logro avisará usted al jefe de esa campaña don León Esquivel para que suspenda sus órdenes a dicho Comandante" (15).

La situación no permitía alternativa. Si se deseaba, como era general y lo proclamaban los mandatarios provinciales en cuestión, estructurar la paz entre las provincias hermanas, echando las bases para la organización del país bajo el sistema federativo, menester era que el sistema cuya adhesión contaba con la adhesión de los pueblos empezara teniendo vigencia práctica en los actos preliminares a la definitiva unidad nacional. Era inevitable, para llegar al fin por buen cauce, que los derechos irrefutables de las partes contratantes, que en el Tratado ulterior se reconocerían como base inicial su recíproca "libertad, independencia, representación y derechos", fueran reconocidos "ab initio", demostrando la buena fe con que se negociaba la ansiada meta de la unión federativa. Entrar a los preliminares de la misma renunciando atributos que estaban históricamente fuera del alcance de los eventuales mandatarios, hubiera significado para estos una descalificación en la buena fe y confianza del pueblo comitente, poniendo en peligro la solvencia moral de la convención que se buscaba. Por otra parte, si el problema era grave en sí, se acentuaba más

(14) JIMENEZ COLODRERO, Emilio, "Antecedentes sobre la participación de Corrientes en el primer Tratado del Cuadrilátero", Corrientes, 1957, p. 1.

(15) JIMENEZ COLODRERO, Emilio, *ídem*, p. 2.

aún porque también la tierras misioneras les eran disputadas de hecho por los cabecillas indígenas que en ella moraban, bajo la inspiración del pretendido gobernador de las mismas, don Félix De Aguirre, contando con la benevolencia de los gobiernos de Entre Ríos y Santa Fe. Justo es consignar sin embargo que esta última, por intermedio de su gobernador Estanislao López, dio su apoyo moral a Corrientes en su entredicho con Mansilla, al tiempo de instarla a designar los delegados, cuyo envío era obstaculizado en tanto persistieran los inconvenientes preliminares que hemos asentado. Así surge de una comunicación del 10 de Noviembre de 1821 dirigida por López a Atienza, en la que le expresa: "En esta virtud cuente V.S. con la protección de nuestras armas en cuantos lanzes ocurran en que algún iluso ambicioso intente turbar la tranquilidad de la suya. A más de todo esto será comprometido en los tratados solemnes de paz, armonía y buena correspondencia entre los recíprocos Diputados para cuyo logro activará la remisión del suyo o los que guste para realizar todos los extremos pendientes. Con las solemnidades establecidas en el orbe civilizado..." (16).

Mientras tanto, el Congreso Provincial nombra Gobernador de la Provincia a don Juan José Fernández Blanco y al tiempo de prepararse para dictar las disposiciones constitucionales ya estudiadas, ejerce un nuevo acto de soberanía, al par que demuestra su sincero anhelo de concordia, designando como diputados al proyectado congreso interprovincial a nuestro ya conocido Atienza y al sacerdote doctor Juan Nepomuceno de Goytía. Ello ocurre el 5 de Diciembre de 1821.

Finalmente, vista la actitud de Corrientes, que había anunciado terminantemente, por intermedio del Congreso, órgano soberano de la voluntad provincial, su decisión irrenunciable sobre territorios que como Esquina y Curuzú Cuatiá le pertenecían sin duda, el gobernador Mansilla cede en sus anteriores posiciones y en oficio que dirige al Comandante político y militar de Esquina, lo expresa: "En virtud de que el Gobierno de Corrientes insiste en la dependencia del pueblo de su mando de aquella provincia, a que jamás me negué, tenga a bien de hacer regresar de ese punto al diputado Bermúdez para que él y su pueblo estén a las órdenes de Corrientes. Salud Unión. Paraná diciembre 2 de 1821. Lucio Mansilla" (17).

(16) JIMENEZ COLODRERO, Emilio, ídem, p. 3.

(17) JIMENEZ COLODRERO, Emilio, ídem, p. 6.

II. *El Tratado del Cuadrilátero*

El 2 de Diciembre emprenden viaje ambos Diputados, llegando el 25 a la Villa del Paraná, informando posteriormente al gobierno de Corrientes, el 6 de Enero de 1822, que de común acuerdo con los comisionados de Santa Fe y Entre Ríos, se había convenido realizar el Congreso en la primera de las provincias nombradas. Dos días después, el Gobierno de Buenos Aires oficia al de Corrientes haciéndole saber que ha nombrado como comisionado suyo para la proyectada reunión al Ministro de Guerra don Francisco de la Cruz.

La discusión del Tratado se dilató entre el 15 y 25 de Enero, representando a Corrientes solamente el doctor Goytía, dado que por haber los demás gobiernos nombrado un solo representante, de común acuerdo entre ambos comisionados de Corrientes, decidióse el regreso de Atienza, decisión desgraciada sin duda, dado que pereció en el regreso víctima de un sorpresivo ataque de los indios abipones, invasores siempre en acecho venidos del Chaco. Aparte de los ya mencionados Goytía y de la Cruz, fueron los demás representantes en la concertación de aquel, el Presidente del Congreso Provincial de Entre Ríos, don Casiano Calderón, por dicha provincia, y por la de Santa Fe el Ministro Secretario en todos los ramos Dr. Juan Francisco Seguí.

La labor del representante correntino no fue fácil. El Dr. Valerio Bonastre, en su obra "Varones Correntinos" (18), después de historiar el desgraciado fin de Atienza expresa: "Su colega el Dr. Goytía mientras tanto, defendía con tesón los derechos de Corrientes contra las pretensiones del delegado santafesino doctor Juan Francisco Seguí quien cumpliendo instrucciones del Gobernador don Estanislao López trataba de cercenar la soberanía territorial de Corrientes y de imponerle una indemnización de guerra por la participación que tuvieron sus soldados formando parte del ejército entrerriano en sus luchas contra Santa Fe, no obstante constarle al mismo López que los correntinos fueron obligados a combatir a un "enemigo" con quien no tenían ninguna disidencia, pero que lo hicieron porque se encontraban sometidos a la voluntad omnímoda del Supremo Ramírez. Goytía era parco, y asignando valor a las palabras pronunciadas, se acorazaba en el programa de labor de antemano trazado. Sereno en su exposición razonada, luchó valerosamente contra los que no pudiendo vencerle en el

(18) BONASTRE, Valerio, "Varones Correntinos", Buenos Aires, 1936, p. 66.

terreno de la justicia y del derecho, trataron con expresiones impropias de humillarle”.

“El 25 de Enero de 1822, se firmó un tratado conocido en la historia por el de Cuadrilátero, firmado por los delegados de las provincias concurrentes. A su regreso desde Paraná, escribe el doctor Goytía con fecha 27 de enero al Gobernador Fernández Blanco, uno de cuyos párrafos transcriptos por el doctor Mantilla en su Crónica Histórica de Corrientes dice con sencillez elocuente la tarea que le tocó desempeñar: “Por fin se concluyó felizmente el Congreso con aplauso del pueblo de Santa Fe. En medio de todos los regocijos yo me hallaba triste por que ignoro la suerte de mi reputación entre mis conciudadanos por los tratados que he tenido que firmar para conseguir la paz y tranquilidad. Lo cierto es que, por sostener los derechos de mi provincia, yo me he visto en los mayores apuros, he tenido que sufrir algún insulto, del que se me dio satisfacción el otro día, acompañándome los demás diputados a mi casa”.

He transcripto las expresiones precedentes, porque ellas revelan el trasunto íntimo de las deliberaciones y explican, en virtud del noble deseo de paz y de unión de la provincia comitente, el por qué de algún debilitamiento sobre derechos legítimos en el orden territorial, a la vez que la injusta responsabilidad a que se ve sometida en materia de indemnización sobre actos en los que moralmente no había comulgado. Las disposiciones del Tratado explican estas consideraciones, que se iluminan en las frases recordadas, las cuales dan la dimensión, no sólo de un explicable y humano drama personal, sino también del sentir político del pueblo representado, resignando derechos legítimos y soportando indemnizaciones irritantes y perniciosas, en aras del interés superior de la nación que se buscaba consolidar en lo político y estructurar en lo jurídico.

He creído necesario relatar la trama histórica de los problemas afrontados por los directivos correntinos previos al Tratado del Cuadrilátero, sin duda uno de los pactos preexistentes invocados en el preámbulo de la Constitución de 1853, porque se ilustra así cuanto fue el aporte que ya entonces ofrenda Corrientes a la organización constitucional que sus hijos anhelaban, dentro del resguardo inexcusable de la integridad territorial del país amenazada.

En el Tratado del Cuadrilátero, así llamado por las cuatro provincias signatarias (Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes), las par-

tes acuerdan concurrir proclamando “una paz firme, verdadera amistad y unión permanente entre las cuatro provincias contratantes, cuya recíproca libertad, independencia, representación y derechos se reconocen y deben guardarse entre sí en igualdad de términos”, sin perjuicio de la reserva de derechos luego consignados. Obsérvese que al hablar de “independencia” se utiliza un típico término del régimen de la confederación vigente de hecho, luego de la disolución del poder nacional que cayó con el Directorio.

No obstante, se invoca al futuro “soberano legítimo Congreso General en la oportunidad que presente el orden de los sucesos americanos en la perfecta tranquilidad y absoluta cesación de oscilaciones políticas, cuyas innovaciones convenientes serán obedecidas como emanadas de la Soberanía Nacional”. Ese sentido de la Patria común vigente luce también en el recíproco apoyo pactado para resistir a “españoles, portugueses o cualquier otro poder extranjero que invadiese o dividiese la integridad del territorio nacional”. Se acuerda igualmente la defensa de las provincias signatarias “que fueran atacadas con fuerza por alguna o todas las demás Provincias de la Nación”.

Debemos resaltar la **libertad de comercio** que se establece entre las provincias signatarias. Anticipándose a lo que finalmente regirá luego de 1853, se acuerda el principio fundamental de la **libertad de los ríos** al pactarse: “Queda igualmente libre el comercio marítimo en todas las direcciones y destinos en buques nacionales, sin poder ser obligados a mandarlos abonar derechos, descargar para vender sus mercaderías o frutos por pretexto alguno por los Gobiernos de las cuatro provincias, cuyos puertos subsisten habilitados en los mismos términos; solo si, por obviar el perjudicial abuso del contrabando, podrán ser reconocidos por guardas costas respectivos, como sus licencias, guías y demás documentos con que deben navegar, siendo decomiso lo que venga fuera de ellos.”

Corrientes obtuvo satisfacción en sus reclamos territoriales frente a la antigua pretensión de Entre Ríos de apoderarse de los departamentos ubicados al norte del arroyo Guayquiraró. Se estableció también en dos cláusulas del Tratado: “10° la Provincia de Entre Ríos devolverá a la de Corrientes todas las propiedad desde ésta, o de algunos particulares de la misma, que sacadas por D. Francisco Ramírez, existan a la disposición del gobierno y ser notorio pertenecerle, y solo en las que necesiten justificación, se producirá brevemente”. “11°. Todos los

prisioneros correntinos, de los que condujo de Corrientes Ramírez, que se hallen sirviendo en algunas de las provincias, o que sin esa calidad, estén de soldados, serán restituidos a aquella, siempre que ellos lo quieran voluntariamente.”

No obstante lo consignado precedentemente, la Provincia de Corrientes debió asumir, en un tratado secreto también firmado, participar del resarcimiento económico impuesto a la Provincia de Entre Ríos por la acción de Ramírez, que impuso su voluntad en aquella contrariando su libre determinación. Además, debió aceptar que Santa Fe consignara la reserva de su derecho por “las cincuenta leguas que su representante dice corresponderle por su fundación, y que fueron deslindadas hasta los mojones, o al menos hasta el río Corrientes, como los que tenga esta provincia a su favor, cuya decisión queda al soberano Congreso General”.

Además, el Tratado estableció: “15° El territorio de Misiones queda libre para formarse su Gobierno y para reclamar la protección de cualquiera de las provincias contratantes. 16° En consecuencia, se devolverán todas las propiedades que reclame, en conformidad a los acordados en el artículo 10, con respecto a Corrientes, luego que haya nombrado legítimamente su Gobierno”.

Se comprenderá ahora el pesar precedentemente recordado del sacerdote Dr. Juan Nepomuceno de Goytía, firmante por Corrientes del tratado que examinamos.

Comentando el tratado, dice un historiador, coincidiendo con el análisis lógico que hiciéramos de la reacción subjetiva del negociador correntino: “Los términos del convenio público fijan dos conceptos capitales: el de la paz sincera y el de la unión en estado general. Afirmando los sanciona el *statu quo* de todas las cuestiones pendientes entre las cuatro provincias, que aludieron a territorio en litigio; y una acción colectiva y armónica cuando se creyese oportuno iniciar la organización del estado general”. Y agrega más adelante, juzgando el tratado anexo: “El tratado secreto es aun más categórico. Publicado últimamente a fines de 1921, denuncia en sus términos la política realizada por los hombres de la democracia correntina desde 1810 a esa fecha. En efecto: la paz, la amistad y la unión del tratado público, convertían en el secreto en una “alianza y liga defensiva” contra españoles, portugueses o cualquiera otro poder extranjero que haya invadi-

do o invada, dividido o divida la integridad del territorio nacional o particular de las cuatro provincias. La amplitud del convenio era lógica. La Banda Oriental dominada por los portugueses; los pueblos de Misiones talados sanguinariamente, y la actitud expectante y de soberbia del dictador del Paraguay, obligaban a este compromiso providencial que consolidaba en el noreste de la patria anarquizada un grupo militar y político respetable. Ya no iría a ser únicamente Corrientes el parapolpe contra el lusitano; la alianza ofensiva que Artigas estableciera como esencial para la política mesopotámica, cuya piedra angular era y debía ser la libertad de los ríos, triunfaba en los Tratados de Santa Fe, garantizándosela en el mismo tratado secreto, con el reembolso, por Entre Ríos, de los perjuicios motivados por la invasión de Ramírez; por esta y Corrientes de los gastos hechos por la división santafesina que cooperó al triunfo del General Mansilla y con la separación por tres años, de los cargos públicos de estas dos provincias, de los ciudadanos complicados o adictos a las teorías de Ramírez y López Jordán y de otros individuos discordantes con los sentimientos de los gobiernos amigos, y que por ello puedan influir en deliberaciones que minen las bases y principios de la mutua amistad presente" (19).

III. El nuevo estatuto constitucional de 1824

En el orden cronológico de los sucesos que nos interesan desde el punto de vista institucional, cabe ahora hacer mención del nuevo ensayo constitucional que acometen los hombres de Corrientes en 1824, sancionado precisamente por el Congreso Provincial el 15 de Septiembre de dicho año y publicado el 22 del mismo mes y año. Es de hacer notar que aún cuando la generalidad de los tratadistas hablan de la "Constitución de 1824" refiriéndose a la que tratamos, lo cierto es que en la edición oficial efectuada por el Gobierno de la Provincia de Corrientes titulada: "Recopilación de Constituciones de la Provincia de Corrientes" (20), el nuevo instrumento es designado como "Reglamento Provisorio Constitucional de la Provincia de Corrientes". Ello indica a mi juicio, una nueva prueba de cómo los gobernantes correntinos tenían ante todo puesta su mirada sobre la organización nacional,

(19) GOMEZ, Hernán F, "Historia de la Provincia de Corrientes. Desde la Revolución de Mayo al Tratado del Cuadrilátero", ob. cit., p. 356 y siguientes.

(20) "Recopilación de Constituciones de la Provincia de Corrientes", p. 29, edición oficial del Gobierno de la Provincia, año 1921, Imprenta del Estado.

dándole provisoriedad a estos intentos, bajo la premisa lógica que de coronarse aquella, debía venir una reforma de los estatutos provinciales, que adquirirían por ello dicho carácter provisorio.

El documento constitucional de 1824 fue pensado por los hombres de Corrientes para mejorar en lo posible el Reglamento de 1821, ajustándolo a las nuevas necesidades y a los frutos de la experiencia.

No haremos un análisis de las diez secciones que lo integran, donde se revalidan preceptos antes comentados sino que nos limitaremos a señalar ciertas singularidades del mismo.

El Reglamento de 1821 otorgaba la ciudadanía al que hubiera nacido y residido en la Provincia; el de 1824 la concede "al que haya nacido en las Américas antes denominadas españolas y resida en el Territorio de la Provincia". Como vemos, hay una inspiración hondamente americanista, demostrativa del espíritu de concordia e integración nacional y aún americana de esos hombres que soñaban con nuestra organización definitiva, ajenos y contrarios a los afanes separatistas que retardaban nuestro proceso institucional.

Materia de especial preocupación de los autores de la reforma (García de Cossio y Juan Paulino Cabral) fue, según expresaron, la "que sin alterar los principios de un gobierno representativo, corrige la que se publicó el año 21 en la parte que dejó al Poder Legislativo sin ejercicio y sin la demarcación clara y precisa de sus límites y atribuciones", según informan sus autores.

Los reformadores, que señalan la "escasez de sujetos idóneos", mal generalizada en la época, señala que no obstante pesaron más las ventajas que el País podía recibir de la fuerza moral que naturalmente llama a sí toda corporación que permanentemente representa y sostiene los derechos, el interés y los útiles movimientos de un estado independiente".

Por ello, se determina los requisitos de los Diputados al **Congreso General** que se estatuye, por una vía de elección indirecta. Pero atento a una realidad antes señalada, se crea como una interesante novedad el **Congreso Permanente**, "que quedara concentrado en cinco individuos".

Se estatúa que el Congreso Permanente duraría el tiempo señalado por el Poder Ejecutivo, ejerciendo el poder que por la Constitución corresponde al Congreso General, a quien podía convocar en los casos arduos y difíciles que ocurrieran o a propuesta del Poder Ejecutivo. Su labor era esencialmente velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y la conducta de los agentes de la administración, debiendo señalar la fecha de reunión de las Asambleas Electorales y juzgar sobre su validez o nulidad. Sus sesiones eran tres cada año, debiendo durar cada una dos meses, con intercalación de otros dos, quedando al arbitrio del mismo Congreso el aumentar o aminorar el tiempo. Le competía juzgar cada año los gastos a realizarse, debiendo proveer el titular de Gobierno en caso de vacancia, en caso de muerte o renuncia, con cargo de llamar a los demás Diputados del Congreso General para elegir sustituto definitivo.

Se estipulaba asimismo que “las personas de los diputados al Congreso Permanente son inviolables, y no podrán ser demandados por todo el tiempo de que permanezcan con ejercicio del Poder Legislativo”, debiendo calificar los poderes de los Diputados electos al Congreso General y nombrar al Presidente, luego de lo cual quedaba aquel disuelto.

Se repiten por último diversas disposiciones del estatuto anterior en materia de facultades y obligaciones del Poder Ejecutivo, incluso las comentadas garantías de estabilidad de los empleados públicos, así como las normas de respeto y auxilio a la justicia.

En la Sección Séptima, que trata en 18 artículos del Poder Judicial, se consagra una importante innovación, al extinguirse el Cuerpo Municipal a partir del 1º de Enero de 1825 (Art. 1º), declarando que “El Poder Judicial será ejercido por dos Alcaldes ordinarios en primera instancia y por un Alc. Mor. en los recursos de apelación, nulidad, o injusticia” (Art. 2). Se prescribe además en el artículo 1º: “De las sentencias que pronunciase el Alcalde Mor. se llevará el último recurso a una Comisión eventual de dos sujetos de conocida integridad, que reúnan las qualidades que expresa el artículo cuarto”. “La policía queda a cargo del Alcalde Mor. con dependencia y sugección al Gobierno” (Art. 14).

Con respecto a esta fundamental reforma, que debemos recordar no hace sino seguir la inspiración por la que poco antes los cabildos eran suprimidos por la progresista administración de Martín Rodrí-

guez y su Ministro Rivadavia, hay que hacer constar que ha merecido en general la crítica de los autores provincianos. Mantilla (21), después de calificarlas como retroceso incomprensible, recuerda juicios de Alberdi, que centra en los Cabildos la raíz principal de la organización democrática Argentina. Y a su vez el Dr. Hernán F. Gómez, en su obra sobre "Instituciones de la Provincia de Corrientes" (22), después de expresar que el Estatuto que estudiamos si bien perfeccionó el poder legislativo sancionó un error al suprimir el régimen municipal, agrega al respecto: "En virtud de esta innovación el Cabildo de Corrientes terminó su gestión pública iniciada desde la fundación de la ciudad (3 de abril de 1588) el 31 de Diciembre de 1824, y junto con él los cabildos secundarios que existían en otros pueblos, como Santa Lucía e Itatí. La reforma, explicable ante la Sala Permanente que se creaba, redundó en perjuicio del hábito de autonomía comunal que caracterizó a la sociedad de la colonia. Por eso fue un error, aunque facilitó la unidad del gobierno, tan necesaria en la época que había de abrirse en contra de la tiranía desde el jalón de Pago Largo".

"El error fue además disculpable. Los Cabildos coloniales ejercían en mérito de disposiciones expresas de las leyes de India, funciones de índole compleja. Se constituían a sí mismos, por elección de los cesantes, cada fin de año; designaban las autoridades inferiores, administraban y percibían los impuestos reales y aquellos que podía imponer, y llevaban su autoridad fuera de la planta urbana a los extensos territorios que formaron su jurisdicción. La Revolución de Mayo, obra del cabildo como institución, y la condición conservadora de la incipiente democracia argentina en sus dos primeras décadas, hizo que los cabildos revolucionarios no sólo conservaran sus atribuciones tradicionales sino que las aumentasen con los negocios de 'guerra' o 'militares', y esto, porque siendo las únicas instituciones existentes, a ellos recurrieron la Junta Provisional, primero, y el Triunvirato, después, en demanda de cooperación para la resistencia contra los ejércitos realistas".

"Invistiendo el Cabildo de Corrientes —como los de las demás ciudades argentinas— tal complejidad de facultades, y estando bajo su

(21) MANTILLA, Manuel Florencio, "Crónica Histórica de la Provincia de Corrientes", ob. cit., tomo I, p. 246.

(22) GOMEZ, Hernán F., "Instituciones de la Provincia de Corrientes", Buenos Aires, 1922, p. 26.

mando la extensa jurisdicción que hoy cercenada constituye la Provincia, claro está que su poder político y militar se confundía con el que la ciencia constitucional adjudica al 'Poder Legislativo', y aún lo propasaba si consideramos la facultad de administrar justicia de sus miembros. Creada la Provincia de Corrientes en 1821, se dio al Cabildo las facultades de Legislatura Provincial, en el receso de ésta, lo que si importó una solución práctica, adjudicaba, como hemos visto, a los hombres de la ciudad capital un privilegio sobre los demás habitantes de la provincia, privilegio que se usaba y podía usarse con fines egoístas. La experimentación de este régimen probó a los hombres de la provincia los inconvenientes anotados, y como se dice en el preámbulo de la constitución de 1824, se creó una "representación nacional compuesta de cinco individuos en la capital de la provincia, que permanezca con todo el poder y facultades de 'Congreso General'. La reforma, al hacer innecesarias las facultades 'legislativas' del viejo Cabildo con la creación de esta 'Comisión Permanente', que debía hacer la Legislatura, y al organizar un poder Judicial independiente de las atribuciones de justicia que también competían al Cabildo, lo suprimió olvidando los asuntos comunales y edilicios".

Con todo el respeto que me merece la jerarquía intelectual de los autores antes aludidos, en cuanto a sus críticas sobre aspectos parciales del proceso que examinamos, ellas no empañan los méritos de los intentos constitucionales recordados y que ellos también exaltan.

En primer lugar, en dichos intentos se advierte un decidido acatamiento a la futura Constitución de índole nacional que las cláusulas locales, declaradamente provisionarias, prevén ante la ley suprema que habría de regir para todos los argentinos.

Además, se encara con sentido práctico y conocedor del medio, la afirmación de los derechos individuales con una decidida división y limitación de los poderes, rumbo éste con desigual normatividad y vigencia en otras provincias en las décadas que preceden a 1853. En Corrientes, por el contrario, no se anotaron para ejercer el poder caudillos mesiánicos ni postulantes a la permanencia indefinida en la función pública, no obstante el prestigio notorio que muchos ciudadanos gozaban. Ello dio consistencia y continuidad a una política que bregó por una Constitución común, bajo la forma federal de Estado.

Corrientes y la Convención Nacional de 1824-1827

En febrero de 1824, una ley autorizó al Gobierno de la Provincia de Buenos Aires a invitar a las Provincias para celebrar un Congreso nacional que buscara la ansiada unidad y a la vez enfrentara el intento expansionista portugués en la Banda Oriental.

El Congreso Correntino nombró representantes a los doctores José Francisco Acosta y José Antonio Ocantos, reservándose expresamente el derecho de aprobar o rechazar la Constitución que se dictara por el organismo nacional a constituirse. No era algo insólito: la misma provincia de Buenos Aires, gobernada a la sazón por el General Las Heras, había formulado idéntica reserva.

Instalado solemnemente el Congreso Nacional en Diciembre de 1824, el diputado por Corrientes doctor Acosta presenta un proyecto de **Ley Fundamental** que serviría de base inicial y decisiva para la que sancionaría el Congreso.

El Art. 18 expresa que “los artículos de esta asociación serán inviolablemente observados por todas las provincias hasta la promulgación de la Constitución permanente, y aún en el fatal e inesperado caso de que el presente Congreso se disuelva sin haber llenado aquel objeto, de modo que la UNION SEA PERPETUA”. Como dice Ravignani, “el Art. 18 significó dar vida a una idea de derecho público: la de afirmar definitivamente la unión del país. Por eso se llama FUNDAMENTAL y lo es por este artículo, más que por cualquier otro” (23).

En el Congreso se produjo un profundo debate doctrinario entre los partidarios del régimen unitario y del federativo. La Legislatura de Corrientes se pronunció por la forma federal el 31 de Marzo de 1826. Dice al respecto Mantilla (24): “No quería el mentido federalismo que entronizó la barbarie en la provincia, sino el orgánico a que tenía sobrado derecho por su capacidad política para el gobierno regular, según lo acreditaban la composición, la marcha y las leyes de sus poderes públicos. En la época, era Corrientes, después de Buenos Aires, la

(23) RAVIGNANI, Emilio, “Historia Constitucional de la República Argentina”, Buenos Aires, año 1927, tomo 2, p. 265.

(24) MANTILLA, Manuel Florencio, “Crónica Histórica de la Provincia de Corrientes”, ob. cit., tomo 1, p. 257.

provincia mejor organizada; y en cuanto a su gobierno no cedía a ninguno en administración y en orden legal". Relata dicho autor que por la ley del 28 de Noviembre de 1826 se exploró la voluntad de la Provincia sobre la forma de gobierno constituyéndose mesas electorales en la capital, pueblos y campamentos desde el 8 al 13 de diciembre. Las actas, remitidas a la Legislatura, registraron 312 votantes de los cuales 2 fueron por la unidad, 1 por ninguna de las fórmulas y 309 por la federación. A raíz de ello la Legislatura, por ley, estableció que Corrientes "no admitirá forma alguna de Gobierno Nacional, sea cual fuere, sino la del Gobierno Republicano Federal". La misma ley declaró a la provincia pronta a contribuir en la guerra con el Brasil con todos sus recursos.

"También en la misma fecha, por otra ley, se declaró cesantes a los diputados Acosta y Ocantos, que en la discusión se habían pronunciado por el régimen de unidad; los otros representantes de la Provincia —Pedro Cavia y Cavedes, Francisco Igarzábal y Pedro Feliciano Cavia—, nombrados con posterioridad a la instalación del Congreso, defendieron el sistema federativo.

La Asamblea Nacional, desconociendo la voluntad de Corrientes, mantuvo a los diputados destituidos. La Provincia desconoció la autoridad del Congreso y se declaró independiente por ley. Sus hombres ignoraban que once días antes había renunciado Rivadavia, quedando derrumbada la obra del Congreso.

Corrientes anticipa la solución política y jurídica de 1853. La Convención Nacional de 1828 y la Liga del Litoral

I. La Convención Nacional de 1828 – Corrientes y la política de los pactos provinciales previos

La política seguida por Corrientes con posterioridad tuvo un rumbo claro y definido. Buscó siempre la organización constitucional que afirmara la independencia y la unidad jurídica del país bajo la forma federal.

A ese propósito no escatimó esfuerzos, prestando su concurso en los diversos eventos que pretendieron corporizarse en el ámbito nacional. Así ocurrió con la Convención Nacional reunida en Santa Fe en 1828, de efímera vigencia.

Atentos a las experiencias fracasadas, los directivos correntinos postularon después la conclusión de **pactos interprovinciales** que ligaran confederativamente a los entes provinciales, como paso previo y necesario para la **organización constitucional** que vivía en el deseo de los argentinos. Los hechos demostraban con realismo que era necesario recurrir a una fórmula de avenimiento, que consultando los **factores de poder** existentes en las situaciones provinciales, disímiles entre sí, encontrase al fin la ansiada unión que los intereses del país reclamaban.

II. Intentos de Ferré y convenciones preliminares con Santa Fe, Buenos Aires y Entre Ríos. Negociaciones en Santa Fe. La tesis federativa de Ferré frente al centralismo porteño. Retiro de Ferré

En las Memorias del Brigadier Ferré (25) puede consultarse la determinación del gobierno de Corrientes comisionando al mismo, con amplias facultades, para celebrar pactos de amistad y alianza con los gobiernos de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos. El Comisionado, atento al estado de guerra civil que afligía a la República, debía a la vez mediar entre las partes beligerantes, sin perjuicio de que por medio de la alianza se sostuvieran las instituciones y legítimas autoridades de las partes contratantes.

Ferré, entre Febrero y Mayo de 1830, negocia **tratados preliminares** con **Santa Fe, Buenos Aires y Entre Ríos**, tendientes a la estructuración del país bajo la **forma federativa**, a manera de contrapeso de la Liga del Interior, inspirada por el General Paz.

Se hace así lugar al intento de Corrientes, pero la Convención reunida en Santa Fe con los diputados de las cuatro provincias fracasa en el propósito de encarar la organización constitucional.

En efecto, es importante recordar los lineamientos del proyecto que presenta Ferré y cuyos puntos se negó a tratar Rosas y Patrón aduciendo falta de facultades y en que "los tres asuntos estaban en oposición con la voluntad general de su provincia".

(25) "Memoria del Brigadier Pedro Ferré", ob. cit., p. 341 y siguientes.

Mantilla (26) nos ilustra sobre el proyecto de Ferré y la suerte del mismo: "Ferré presentó como base para los trabajos un proyecto de liga federativa 'de tendencia general'. Según él, las cuatro provincias se ligaban en alianza ofensiva y defensiva y se obligaban a resistir cualquiera invasión extranjera en el territorio argentino. Funcionaría en la ciudad de Santa Fe una Representación de las provincias aliadas, de un diputado cada una, con las atribuciones siguientes: hacer la paz y declarar la guerra; determinar en igual caso los contingentes de hombres y los recursos con que cada provincia concurriría; reglamentar la administración del tesoro nacional, el comercio exterior y la navegación de los ríos; propender a la organización nacional, entendiéndose con todos los gobiernos; proteger las industrias de la República. El gobierno de Buenos Aires instruirá a la representación de los gastos nacionales hechos por él, del monto de los caudales de la nación, que hubiese manejado, y de la deuda pública, a fin de que ella adoptase las resoluciones convenientes. El proyecto declaraba puertos habilitados para el comercio extranjero los de Buenos Aires y Santa Fe, sin perjuicio de los que la Representación abriese; y del tesoro nacional el producto de los derechos impuestos al comercio exterior: el cual sería cobrado y depositado separadamente de las rentas provinciales, e invertido en la defensa del territorio nacional, en el servicio y pago de la deuda externa de la República, en los sueldos de los empleados nacionales, en el servicio de las relaciones exteriores. La Representación era el poder central de las provincias aliadas; se representaba y se prometía cumplir los compromisos de la nación, reconociendo la solidaridad de todos los pueblos argentinos, a cuya armonía debían propender los aliados para restablecer la unión orgánica de la República". "Cullen y Miranda, sin combatir de frente el proyecto, contemporizaron con la oposición absoluta de Rosas y Patrón, e hicieron fracasar el pensamiento. Ferré se retiró de las conferencias; estas habían durado desde el 20 al 30 de julio de 1830. Rosas, más hábil que López, supo envolverle para desbaratar el plan por mano de los mismos diputados, que debieron sostenerle en nombre de las conveniencias políticas de sus provincias. Dueño ya de Buenos Aires, del puerto único del país, de las creaciones nacionales, vio claramente que la confederación propuesta por Corrientes le arrebataría aquellos elementos superiores de dominación, y dio instrucciones terminantes a Rosas y Patrón para resistir, solicitando a la vez el concurso de López en

(26) MANTILLA, Manuel Florencio, "Crónica Histórica de la Provincia de Corrientes", ob. cit., tomo 1, ps. 270 a 272.

el mismo sentido. “¡Congreso, Congreso!, decía Rosas a López, juzgando el plan de Corrientes. ¿Hasta cuando tendrán lugar entre nosotros estos delirios? Los Congresos no han hecho más que aumentar la masa de combustible, incendiar por todas partes. ¿A dónde va a parar nuestra reputación y buen nombre si convenimos en formar Congreso con los pueblos sugyugados por el general Paz? ¡No! Jamás debemos pasar semejante ignominia; primero debemos dejar de existir”. La reunión de representantes se disolvió sin haber formalizado ningún pacto.

III. El Pacto del 4 de Enero de 1831- Sus diferencias con el postulado por Corrientes. Adhesión de Corrientes y esfuerzos a favor de la organización nacional. Disolución de la Comisión Representativa

Pero los éxitos de Paz en el interior obligan a Rosas a recapacitar ante la necesidad de requerir el apoyo militar de las provincias litorales. Resucita al efecto, invocando expresamente los intentos de Corrientes de 1830, los compromisos contraídos en los pactos preliminares. Se celebra así la **Liga Federativa del 4 de enero de 1831** entre Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, a la que, luego de estructurada, recién se invita a Corrientes a que se adhiera. El propósito es claro; no obstante haberse tomado artículos del proyecto originario de Ferré se modifica fundamentalmente el pensamiento dominante en dicho trabajo.

Mantilla, cuya explicación seguimos, precisa terminantemente (27): “El representante correntino había ideado un poder central de los aliados con tendencia general a favor de toda la Nación **para constituirla** y a ese objeto le daba atribuciones y recursos propios; el espíritu de la Liga de 1831 ponía en segundo término el propósito nacional y aseguraba por tiempo indefinido el aislamiento provincial; cohonestando este hecho la creación de una Comisión representativa de limitadas facultades, que invitaría a las provincias a unirse en federación con las tres litorales **cuando estuviesen en plena libertad y tranquilidad...** El Pacto era una simple máscara para tapar el propósito menaguado de la guerra meditada contra el general Paz, a fin de impedir la obra patriótica acometida por el interior. Por eso no suscribió Corrientes el tratado ni intervino en su negociación”, concluye Mantilla.

(27) Véase MANTILLA, Manuel Florencio, ídem, tomo 1, p. 273.

La derrota definitiva de Paz convence a Corrientes de la oportunidad de adherir al Pacto, aceptando la previsión que contenía el mismo, con el propósito de exigir su cumplimiento en lo atinente a la organización federativa del país. Más aún, pretende incluso, antes de firmarlo, introducirle algunas modificaciones tendientes a su adecuación a los propósitos perseguidos y al espíritu del proyecto originario de Ferré. Las modificaciones que insistentemente propone por intermedio de su representante, el Dr. Manuel Leiva, son rechazadas por la influencia del diputado rosista, que lo era a la sazón el presbítero Olavarrieta.

En virtud de ello, agotadas las gestiones en virtud del terminante anuncio de Olavarrieta de que Rosas no se sometería a reforma alguna del pacto, Leiva suscribe finalmente la adhesión de Corrientes y se incorpora como diputado de dicha Provincia a la Comisión Representativa.

El Dr. Leiva, un ilustre santafecino con prestigio acreditado, cumplió cabalmente con la confianza depositada, reclamando el cumplimiento de la promesa de organizar la República, por cuanto la tranquilidad general permitía convocar al congreso constituyente previsto en el Pacto de 1831. El talentoso biógrafo de Leiva, Federico Palma, recuerda sus gestiones y hasta el acalorado debate que mantiene con Olavarrieta (28). Leiva incluso dirige cartas a don José de Oro de San Juan y don Tadeo Acuña, de Catamarca, interesándolos a favor de la organización nacional. Las mismas caen en poder de Quiroga, quien las remite a Rosas. Este se queja de tales propósitos a Corrientes, que se solidarizó con la gestión de su diputado.

Se desata a la vez una dura campaña periodística de los diarios de Buenos Aires contra las ideas y propósitos perseguidos por Corrientes, en tanto López consentía a las imposiciones de Rosas, evitando que Leiva pudiera publicar su defensa por la Imprenta del Estado, y lo que es más aún, admitiendo la disolución de hecho de la Comisión Representativa estatuida por el Pacto de 1831, luego del retiro del diputado Olavarrieta.

(28) PALMA, Federico, "Manuel Leiva - Pregonero de la Organización Nacional", Santa Fe, Ediciones Colmegna, año 1946, p. 45 y siguientes.

Corrientes en la lucha contra el régimen rosista y a favor de la Organización Constitucional

I. Pago Largo y Berón de Astrada interpretan las creencias políticas de Corrientes

Nos toca ahora entrar al período del predominio de Rosas y a la postura adoptada por Corrientes para terminar con su influencia e imponer, a través de la organización constitucional del país, los principios federativos sostenidos por sus hijos más preclaros, como tradición largamente alimentada en la Provincia.

Hemos tenido ocasión de estudiar este preciso momento histórico que abarca a Berón de Astrada y Pago Largo, por lo que repetiremos parcialmente lo antes dicho (29).

Por otra parte, el carácter del presente trabajo exime de una relación detallada de las diversas cruzadas que en tal sentido emprende Corrientes a partir de su primer pronunciamiento bárbaramente ahogado en Pago Largo. Importa en cambio sentar las líneas fundamentales de su política con motivo del pronunciamiento de Berón de Astrada, porque esto no es un asunto circunstancial producto del arbitrio de un gobernante. Pago Largo no es un accidente en la vida de Corrientes. Berón de Astrada no importa tampoco un ser aislado, brotado a la acción y al sacrificio por capricho de la historia. Son consecuencias de la postura espiritual de un pueblo que configuró su aspiración y derrotero eligiendo concientemente sus intérpretes y afirmando, aún a riesgo del dolor y el sacrificio, la orientación fatal de su destino.

No pueden entonces explicarse tales consecuencias, porque sería empequeñecer esa cruzada, prescindiendo de hechos y factores que jugaban mucho antes en la decisión de los pueblos y el fragor de las pasiones. Necesario será adentrarnos en acontecimientos al parecer remotos, porque el hilo de los hechos, a veces sutil o imperceptible, nos conducirá a esta primera gran tragedia con que se inicia la rebelión colectiva contra el despotismo rosista.

La postura federalista, tendiente a la organización constitucional, de la que Berón de Astrada es mártir y Pago Largo mojón glorioso,

(29) AGUIRRE LANARI, Juan R., "Pago Largo y Berón de Astrada en la evolución constitucional argentina", Corrientes, 1964.

vivía en la decisión de Corrientes desde hace mucho antes. Hechos significativos la certifican, convirtiendo a la lejana provincia en la más decidida sostenedora de una carta política que concertara definitivamente las aspiraciones provinciales tantas veces postergadas. No era el fetichismo de postular teorías abstractas, ajenas a la realidad social de los pueblos. Era por el contrario la urgencia de consagrar la formulación jurídica de un derecho público que, al par de alcanzar la unidad política del país, admitiera los derechos esenciales de las partes componentes.

Reconocidas estas como entes con personería histórica, debía asegurarse la vigencia de normas justas que no diluyeran su aspiración a una equitativa **participación en las rentas aduaneras** y a una política impositiva que impidiera cegar las **industrias regionales** de los pueblos mediterráneos. Además, era esencial asegurar la **libertad de los ríos**, fuente vivificadora que nutría el litoral nordeste de la Patria.

Refiriéndose a este problema, ha dicho con verdad el Dr. Hernán E. Gómez en su libro "Berón de Astrada": "Mientras no se lograsen estas condiciones, Corrientes, como las demás provincias del Paraná, podían subsistir en un medio de recíproco respeto, con un régimen de hecho que asegurase la vida de relación, que se buscó y se creó por medio de pactos interprovinciales. Crear este régimen costó una guerra, cuyo centro es la campaña que terminó en la primer Cepeda. Sus expresiones políticas memorables son los tratados del Pilar, de Avalos, de San Nicolás y del Cuadrilátero (1822). Cuando la revolución de Diciembre de 1828 sacrifica a Dorrego y convulsiona al país, fue necesario restablecer con nuevos pactos el régimen de paz y la vida permanente de relación. Expresiones políticas de este nuevo período constructivo son los Tratados Buenos Aires – Santa Fe de 1829, los preliminares de la Liga del Litoral que negocia Corrientes (1830) y el de la Liga del Litoral (1831) (30).

Con el panorama general antes descrito, el Teniente Coronel General Berón de Astrada es elegido Gobernador interino de Corrientes el 12 de diciembre de 1817 y confirmado como propietario el 15 de Enero del año siguiente.

(30) GOMEZ, Hernán E, "Berón de Astrada", Edición del Gobierno de Corrientes, año 1939, p. 31.

No es del caso señalar en detalle la obra administrativa cumplida por Berón de Astrada, presidida por espíritu progresista, tendiente al resguardo de los derechos y la economía provincial. En este último sentido, no puede menos que recordarse concretamente la autorización para exportar ganado al Brasil, haciendo con ello alarde de un sentido de independencia que significaba contravenir el aislamiento decidido en ese entonces por Rosas.

II. La Constitución de 1838

Aunque no llegó a tener vigencia pues no alcanzó a ser jurada por el pueblo correntino como consecuencia de la derrota de Pago Largo, debemos aquí resaltar la importancia institucional de la **Constitución de 1838** sancionada para la provincia bajo el gobierno de Berón de Astrada.

El Dr. Hernán F. Gómez, en su obra: "Bases del Derecho Público Correntino" (31) destaca su importancia institucional, política y moral: "Dictada en momentos de paz, tranquilo el horizonte de la Patria, sus preceptos importan para el analizador del pasado de la Provincia, la cristalización del sentimiento libertario que llevó a su pueblo a la página sangrienta de Pago Largo. Y es así, al posesionarnos de los principios de doctrina política que la inspiran y de las normas de gobierno que sanciona, que comprendemos el espíritu caballeresco de esa época, que es en los fastos correntinos el sacrificio de un pueblo por los más queridos ideales de democracia. Antes de conocerla, de descubrirla en los Archivos de la H. Legislatura, pues su vida efímera la relegó de inmediato al olvido, no alcanzamos en nuestros estudios históricos a comprender —perdónenos el patriotismo— el inmenso sacrificio de Pago Largo, y menos la cruel represalia de la matanza que siguió al combate. Pero posesionados de sus preceptos, de los "derechos naturales o inalienables" que declaraba, de las fórmulas y definiciones de derecho político que forman su parte declarativa, destinada a hacer 'conocer de todos sus derechos y por tanto al gobierno el límite de sus facultades', no hemos podido menos de encontrar explicada la actitud caballeresca de la raza en esa hora épica y la enconada represión de las huestes de la tiranía en la hora de la represalia".

(31) GOMEZ, Hernán F., "Bases del Derecho Público Correntino", Editorial Corrientes, año 1926, Tomo 1, p. 93.

“La Constitución de 1838 es la manifestación del espíritu de progreso y del ansia de libertad. Su parte declarativa, completada con limitaciones a los poderes o instituciones que creaba, prohibiendo las reelecciones, dificultando la reforma constitucional, sancionando el juicio de residencia y el **juicio político** en su concepto actual de simple alejamiento de los hombres del poder, dejando los delitos a la justicia ordinaria; la reglamentación de la hacienda pública, de las facultades legislativas, del régimen electoral, etc., etc., son un alegato del espíritu amplio y progresista del pueblo correntino. Y ante esas normas de gobierno que atarían a los mandones en el poder y enseñarían fuera de la Provincia la fórmula de la felicidad de los pueblos, el pensamiento de anarquía y despotismo de las partidarios de Rosas persiguió el aniquilamiento de la situación política provincial que proclamaba tan elevados principios, y al vencerla en Pago Largo, comenzó en ese 31 de Marzo de 1839, ‘esa era desastrosa en que se robó, se violó, se atacó la Constitución’, cubriendo con la sangre vertida la más hermosa de las leyes fundamentales correntinas. Fue una consecuencia del triunfo rosista el que se derogara toda la obra institucional de gobierno de Genaro Berón de Astrada y entre ella cayó la Constitución de que nos ocupamos”.

En nuestro trabajo antes recordado, hemos tenido ocasión de vincular la actitud de Rosas con respecto a la Constitución de 1838 con su oposición general al afán de organizar jurídicamente a la República alimentado por los hombres de Corrientes. Dijimos entonces: “El acuse de recibo de Rosas, con referencia a la Constitución provincial de Corrientes, es harto significativo, exhibiendo una vez más su repulsión a todo intento constitucional que significara limitar los poderes del gobernante absoluto. Decía así en carta del 24 de abril: “Para expedirme necesitaría estar más sosegado, libre del peso enorme del despacho de asuntos, los más urgentes, que hoy no se dejan tiempo ni aún para el más precioso descanso. Por esa misma razón no hemos podido aún en ésta ocuparnos de nuestra carta particular, pues que menos malo es no tener que hacerlo antes de la verdadera oportunidad, exponiéndonos a errores y desgracias difíciles de reparar en la ulterioridad”. Las líneas estaban claramente definidas. Por eso debían divergir fatalmente los actores. El alzamiento de Corrientes, ahogado en Pago Largo, no sería una discrepancia accidental, sino la exteriorización y el sentimiento de los hombres que sólo en el imperio de la Constitución y la Ley rechazados por Rosas, concebía la integración jurídica y espiritual de la Patria Argentina”.

III. Pago Largo y las luchas posteriores de Corrientes

Como es sabido, el 31 de Marzo de 1839 Berón de Astrada y 1960 correntinos pagaron con su vida su decisión de libertad, al ser derrotados en la batalla de Pago Largo. Razón tuvo Bartolomé Mitre, en un famoso alegato exaltando las virtudes cívicas y la devoción por el Derecho de los correntinos, cuando afirmó: "Desde entonces la provincia de Corrientes, el nombre de su gobernador y mártir Berón de Astrada y la jornada de Pago Largo, ocupan la página más memorable, más gloriosa y más triste de la historia de la libertad argentina." (32).

Agreguemos nosotros que en los documentos oficiales y en las banderas de los Ejércitos correntinos lucía como enseña distintiva la inequívoca afirmación de sus desvelos: "Patria, Constitución y Libertad".

No hemos de seguir en detalle los hechos posteriores, suficientemente conocidos por otra parte, en los que se advierte la constante histórica que hemos hecho mención al iniciar nuestro estudio. Sólo debemos recalcar, como es sabido, que en todo instante en Corrientes se agitó, concretamente o en potencia, la permanente resistencia contra el predominio centralista de Rosas. El gobierno y pronunciamiento de Ferré, muy poco después de la horrible represión de Pago Largo, las campañas de Lavalle y Paz sostenidos por el valiente pueblo correntino, la revolución y acción militar de Madariaga, escriben una historia de permanente insurgencia contra el sistema rosista. No es de extrañar entonces que cuando Urquiza decide romper con el tirano, sea Corrientes la primera hacia quien extiende su mirada, recibiendo sin reticencias la respuesta a su grito de guerra contra el sistema que habría de derrocar en Caseros.

Corrientes, noble y profundamente argentina, olvidando agravios anteriores, con la mirada puesta en la Patria, cumpliría así el mando moral de Pago Largo y la profecía que sobre el tema central de este Capítulo expresara con profunda convicción Echeverría, rindiendo justicia histórica a esa gesta (33): "Pago Largo y Berón de Astrada; *pri-*

(32) MITRE, Bartolomé, "Ayerecá Quahá Catú - Una Provincia Guaraní". Edición Oficial de Corrientes, Imprenta del Estado, año 1921, p. 6.

(33) ECHEVERRÍA, Esteban, "Ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37"; La Torre de Babel, Editorial Perrot, Buenos Aires, año 1958, p. 27.

mera página sangrienta de la guerra de la generación Argentina. Tu nombre, Astrada, está escrito en ella con caracteres indelebles. A tu voz Corrientes se levantó como un solo hombre, para quedar con el bautismo de sangre de sus hijos, santificado e indomable, y ser el primer pueblo de la República. Desde el Paraná al Plata, desde el Plata a los Andes, desde los Andes al Chaco, corre el reguero de sangre de sus valientes; pero le quedan hijos y sangre, y ahí está de pie todavía más formidable que nunca desafiando al tirano argentino. ¿Qué pueblo como Corrientes en la historia de la humanidad? Un corazón y una cabeza que se producen con nueva vida, como los miembros de la hidra bajo el hacha exterminadora. Obra es ésta tuya Berón; tu pueblo tiene en su mano los destinos de la República, y los siglos lo aclamarán Libertador”.

Corrientes y la organización constitucional definitiva

I. La Provincia de Corrientes reconocida como parte principal en la lucha que se emprende contra Rosas

Llegamos al final del proceso en el cual Corrientes abonó como ninguna de las provincias hermanas el camino de la organización nacional.

Urquiza, en cuyo cerebro maduraba de tiempo antes una alianza militar con Corrientes como paso previo e inexcusable en toda campaña para derrocar el poder rosista —prueba de ello fue el Tratado de Alcaráz (34), repudiado por Rosas— se decide finalmente a emprender su magna obra. Siguiendo esa consigna, decide aliar al Dr. Nicánor Molinas, hijo de Corrientes, quien llega a un acuerdo con el gobernador Virasoro. El Dr. Valerio Bonastre, en su obra “Corrientes en la Cruzada de Caseros” (35) relata los pormenores de las negociacio-

(34) Sobre la intención política del Tratado de Alcaraz, puede verse el manifiesto del Gral. Juan Madariaga del 9 de Noviembre de 1852 publicado por RAVIGNANI, Emilio en “Asambleas Constituyentes Argentinas”, tomo 6, 2ª parte, p. 443.

(35) BONASTRE, Valerio, “Corrientes en la cruzada de Caseros”, Imprenta del Estado, Corrientes, año 1930, p. 47 y siguientes. Véase asimismo sobre la intervención que también habría tenido en estos episodios el Dr. Juan Pujol la obra del Dr. Hernán F. GÓMEZ, “Vida pública del Dr. Juan Pujol”, Editorial Lajouanne y Cía., Buenos Aires, 1920, p. 134.

nes, en virtud de las cuales el gobernador correntino le da al Dr. Molinas su representación para que también en nombre del mismo cumpla una misión diplomática ante el gobierno del Paraguay, tendiente a facilitar la empresa militar que se emprendía, evitando hostilidades del mismo.

Es importante, a los fines de nuestro estudio, destacar el papel que en la iniciación pública de la campaña compete a la Provincia de Corrientes. El ejército no es tan solo el de Urquiza; los historiadores lo denominan el ejército entrerriano-correntino, las estipulaciones de tipo diplomático que preparan la alianza militar erigida para derrotar al tirano son auspiciadas en nombre del poder militar de ambos gobiernos, usando dicho título. Corrientes asume decididamente su puesto desde los primeros momentos y el curso de su política interna, al permitir el regreso de exiliados mantenidos en tal condición por su militancia antirosista, al cambiar los hábitos hasta el momento sometidos a la práctica de vasallaje imperante en la República, demuestran el calor popular y el auspicio de la opinión para empresa como la que se acometía.

Es útil destacar la opinión de Luis V. Varela (36) al comentar y justificar el famoso pronunciamiento de Urquiza, cuando recuerda: "Al pronunciarse el General Urquiza contra Rosas, había obtenido del Gobernador de Corrientes don Benjamín Virasoro que, por decreto del 21 de Mayo de 1851, desconociese al gobernador de Buenos Aires las facultades nacionales que hasta entonces había venido ejerciendo; *de manera que el gobierno de Corrientes era un aliado natural de Entre Ríos, en la cruzada que iba a emprenderse*".

II. Las fuerzas correntinas en la batalla de Caseros

Está dicha la parte principal, que jurídica y políticamente, se le reconoció a Corrientes en el pronunciamiento que terminaría con la dictadura rosista. Diremos sintéticamente que también en lo militar, las fuerzas de la Provincia estuvieron en primera línea en momentos del combate.

El general Virasoro desempeña papel preponderante en el Estado Mayor de Urquiza. Ese Estado Mayor que desde una cuchilla, asistiría

(36) VARELA, Luis V. "Historia Constitucional de la República Argentina", La Plata, Taller de Impresiones Oficiales, año 1910, tomo III, p. 506.

al paso del Paraná por el ejército libertador, el 23 de Diciembre. El mismo se efectuaría en botes y chatas construidas por un correntino eminente, Pedro Ferré, y asistiría asombrado al paso de toda una división correntina, que lo hizo a nado con todas sus armas y elementos, en demostración anticipada de coraje y decisión para la jornada principal que se buscaba (37).

De la participación que en la batalla misma tienen las fuerzas de Corrientes nos informa el Dr. Hernán F. Gómez, en su "Vida pública del Dr. Juan Pujol" (38): "Pero sobre estas descripciones, reproducidas constantemente, porque la verdad es una y la gloria de todos los valientes que labraron la organización del país en el llano de Caseros, está el parte oficial que el Mayor General del ejército aliado y Gobernador de la Provincia de Corrientes, General Benjamín Virasoro, elevó al General Urquiza, en 6 de febrero, desde el Cuartel General, en Palermo de San Benito. Don Julio Victorica, el eminente autor de 'Urquiza y Mitre' lo ha dado a publicidad en la página 19 de su obra. A él nos remitimos. Según este parte, revistaron, en primera línea, entre los jefes correntinos, el teniente coronel don Cayetano Virasoro, comandando dos batallones correntinos del ala derecha a las órdenes del Coronel Miguel José Galán; el General Juan Madariaga, al frente de dos escuadrones de Buenos Aires (de Oroño y Susviela) a las órdenes del Brigadier Anacleto Medina; el General Benjamín Virasoro, con la mayoría de las fuerzas correntinas que constituyeron las fuerzas flanqueadoras de la extrema izquierda; el Coronel José Antonio Virasoro, que con caballería correntina protegió la travesía de la Cañada de Morón y luego engrosó la reserva a las órdenes directas del General Urquiza, etc. El Señor Victorica en una 'Nota' al 'parte' que reproduce, dice, refiriéndose al Mayor General del ejército Aliado: 'El General Benjamín Virasoro fue uno de los jefes más valientes, más honrados y más modestos del ejército argentino. Ocupaba el primer puesto en el escalafón militar de la Nación cuando falleció en Buenos Aires, siendo Presidente el General Roca. No se le tributaron honores. Su familia transportó el cadáver al Rosario en un furgón del ferrocarril'. Virasoro había sido el segundo jefe del Ejército vencedor en Caseros. Leal compañero y amigo del General Urquiza, en la obra de la organización, lo acompañó en la campaña de Cepeda y de Pavón".

(37) Véase: GOMEZ, Hernán F., "Vida pública del Dr. Juan Pujol", ob. cit., p. 157.

(38) GOMEZ, Hernán F., ídem, p. 159.

III. Urquiza reconoce a Pujol como autor del pensamiento de la reunión de los Gobernadores para el Acuerdo de San Nicolás, que consagra la tesis política sostenida desde mucho antes por Corrientes

En los sucesos posteriores a Caseros que preceden a la organización definitiva, Corrientes, por vía de sus mandatarios legales sigue desempeñando papel de relevante importancia.

Es así como el General Virasoro se constituye, juntamente con Urquiza, el Gobernador de Buenos Aires don Vicente López y Planes y el representante del gobierno de Santa Fe Doctor Leiva, en uno de los autores del famoso Protocolo de Palermo, firmado el 6 de Abril. Conforme al mismo, atendiendo al estado en que se encontraba el país después de la caída de Rosas y a la necesidad de erigir una autoridad que desempeñara las relaciones exteriores hasta que se pudiera proveer por todas al respecto, las partes deciden encargar dicha tarea al General Urquiza.

Interesa a nuestro estudio destacar en el orden de los sucesos posteriores la influencia que tiene el pensamiento de los hombres de Corrientes. He tenido oportunidad de estudiar lo que referiré luego, destacando la acción importante de Pujol (39). Un ardiente sostenedor de los méritos de Urquiza, el Dr. Juan Antonio González Calderón, en su libro: "El General Urquiza y la Organización Nacional" (40), recuerda una reunión convocada por Urquiza en Palermo de San Benito en la noche del 5 de Mayo, previamente a la reunión en San Nicolás de los mandatarios provinciales. Asistieron a la misma Vélez Sarfield, Alsina, Pico, Vicente Fidel López, el General Guido, Gorostiaga y Pujol. Después de relatar la divergencias existentes, agrega el citado publicista (41). "No tiene importancia histórica, en consecuencia, que Alsina no coincidiera con Pujol en los procedimientos a seguirse, o que después, en la polémica de 1858, Vélez Sarsfield no concordara con Pico

(39) AGUIRRE LANARI, Juan R., "La política de Corrientes y la acción del Dr. Pujol como antecedentes del Acuerdo de San Nicolás", en Boletín del Museo y Biblioteca de la casa del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, año 1960, Serie X, N° 3, p. 14 y siguientes.

(40) GONZALEZ CALDERON, Juan A., "El General Urquiza y la Organización Nacional", Editorial Kraft Ltda., Buenos Aires, 1940, p. 53 y siguientes.

(41) GONZALEZ CALDERON, Juan A., ídem, p. 54.

en la reconstrucción de lo que se conversó en Palermo. Lo cierto es que estos dos últimos fueron los encargados 'de redactar la fórmula que serviría en San Nicolás para negociar la convocatoria del Congreso', como lo afirman los historiadores que se ocupan de la conversación tenida en Palermo la noche del 5 de Mayo. RESULTA INDUDABLE QUE LA BASE DEL CAMBIO DE OPINIONES FUE UN PROYECTO PREPARADO POR EL DOCTOR JUAN PUJOL, MINISTRO DEL GOBIERNO DE CORRIENTES, que 'FUE EL AUTOR DEL PENSAMIENTO DE LA REUNION DE LOS GOBERNADORES PARA EL ACUERDO DE SAN NICOLAS', COMO LO DECLARO CATEGORICAMENTE EL GENERAL URQUIZA, POCO TIEMPO DESPUES (carta de Urquiza a Pujol desde San José, Agosto 8 de 1853, en "Archivo de Pujol"). Ningún otro medio, agrega, habría dado tantos resultados ni con mayor celebridad" (42).

IV. Corrientes en el Congreso Constituyente de Santa Fe

Resuelta en la reunión en San Nicolás de los Arroyos la convocatoria del Congreso en Santa Fe, Corrientes nombra como representantes ante el mismo al Dr. Luciano Torrent y a don Pedro Díaz Colodrero. Sobre ellos expresa Walter Sigfrido Cartey, en su "Guía Ilustrada del Museo y Biblioteca de la Casa del Acuerdo" (43): "Luciano Torrent y Pedro Díaz Colodrero, médico el primero y venerable anciano el segundo, que ocupó interinamente la presidencia del cuerpo; ambos poseídos del aguerrido espíritu de rebeldía de su heroica provincia, trabajaron con amor por la causa de la organización". A la juventud del primero, añadimos nosotros, se aleaba en la misma línea del talento, la prolongada militancia de Colodrero, el antiguo Ministro de Berón de Astrada, integrante en la primera línea de todos los Congresos provinciales y luchador incansable contra el despotismo rosista.

Interesa destacar que también integró el Congreso, como diputado por Catamarca, otro correntino de relevante actuación en dicha línea: el Brigadier general don Pedro Ferré, figura consular de Corrientes e inspirador directo de las tratativas de las que surge luego la Liga del Litoral.

(42) Puede verse la carta en el Archivo de Pujol (PUJOL, Juan, "Corrientes en la Organización Nacional"), Buenos Aires, año 1911, tomo III, p. 194.

(43) CARTEY, Walter Sigfrido, "Guía ilustrada del Museo y Biblioteca de la Casa del Acuerdo", San Nicolás de los Arroyos, año 1949, p. 30.

Destaquemos también, como un índice del modo como gravita en el Congreso de Santa Fe la influencia de los hombres de Corrientes, que en la sesión del 24 de Diciembre de 1852, se procede a nombrar la Comisión que debía redactar el proyecto de Constitución para la República, resultando designados para integrarla los señores Leiva, Gutiérrez, Gorostiaga Colodrero y Ferré. O sea un diputado por Corrientes y un hijo de la misma (Colodrero y Ferré) y además un hombre ligado íntima y afectivamente a los hombres directrices de su política, como lo era Leiva, el antiguo diputado de Corrientes ante la Comisión Representativa creada por la Liga del Litoral.

Algunos de los artículos definitivos de la nueva Constitución, dictada para asegurar definitivamente la libertad del pueblo argentino, llevan el signo de los hombres de Corrientes, concedores como nadie de los crueles designios de la tiranía, tal como ocurre por ejemplo con el famoso artículo 29. Dice al respecto el Dr. Valerio Bonastre, en su ya recordada obra: "Varones Correntinos" (44): "En la sesión del 18 de Abril se presentó el proyecto de Constitución en cuya colaboración Colodrero puso su fervor ciudadano, las luces de su talento y las lecciones de su experiencia. El joven diputado por Santiago del Estero doctor José Benjamín Gorostiaga, dotado por la naturaleza por los dones de una exquisita sensibilidad, hizo justicia a su colega correntino destacando con honrosas frases el concurso eficiente que prestara en la preparación y redacción del famoso código político. El artículo 29 enfático y solemne por el cual se prohíbe de modo categórico al 'Congreso y a las Legislaturas Provinciales, conceder tanto el Ejecutivo Nacional como a los gobernadores facultades extraordinarias, ni la suma del poder público ni otorgárseles sumisiones o supremacías, etc.', fue iniciativa del representante de Corrientes".

La intervención del Dr. Díaz Colodrero en el Congreso, en otros temas fundamentales, revela su deseo de obtener soluciones jurídicas concordantes con la experiencia que él, como pocos, había acumulado en su larga trayectoria de luchas. En todos los casos interviene con lucidez, que su recordado biógrafo detalla (45).

De la energía y entusiasmo puestos de manifiesto por el constituyente correntino, asegurando el éxito del Congreso, habla elocuente-

(44) BONASTRE, Valerio, "Varones Correntinos", ob. cit., p. 156.

(45) BONASTRE, Valerio, ídem, p. 160 y siguientes.

mente el proceso de una pertinaz y pública dolencia que lo aquejaba. Habiéndole concedido el Congreso licencia para retirarse a Corrientes para aliviar su quebrantada salud, el Dr. Díaz Colodrero se abstuvo de usarla, ante el peligro surgido de que con su ausencia quedara roto el quórum necesario para continuar las sesiones.

El estoico gesto del correntino, que contribuyo a tan altos fines, fue exaltado por el Presidente del Congreso Santiago Derqui y consignada en acta del Congreso que reconoció el ardiente patriotismo de aquel y "acordó por unanimidad concederle la licencia que solicitaba considerándolo siempre en su seno" (46).

V. La visión profética de Esteban Echeverría sobre Corrientes

Con la sanción de nuestra Constitución en Santa Fe, adoptando la forma representativa, republicana y federal, se cierra un ciclo que exalta la visión patriótica de Urquiza y de los hombres que lo apoyaron. Ese ciclo culminará finalmente con la reincorporación de Buenos Aires, bajo la tutela esclarecida de Mitre, consagrándose la definitiva unión de los argentinos.

Los hombres de Corrientes ven así coronada una larga senda, que su pueblo, "el primer pueblo de la república" al decir de Echeverría (47), regara con sangre y con martirio. Su vieja **vocación federativa**, nacida de impulsos étnicos y régimen de vida en este trabajo destacados y su **decisión por la libertad**, móviles permanentes de sus determinaciones según vimos, quedaban asegurados con la anhelada **organización constitucional** de la República. Con estas tres premisas, norte de su conducta y objeto a destacar en nuestro estudio, se cierra un ciclo, abriéndose anchos rumbos a la Patria. Los hijos de Corrientes habían cumplido la profecía que Echeverría, paladín de la generación que construyó el país, expresara tiempo antes: "Por eso nosotros tenemos fe en Corrientes, ese pueblo gigante que no tiene mas que un corazón y una cabeza, y salvará la república si no está otra cosa en los desig-nios de la Providencia" (48).◆

(46) Véase BONASTRE, Valerio, ídem, p. 162, consignando el encomiástico juicio sobre Díaz Colodrero que efectúa Juan María Gutiérrez.

(47) ECHEVERRÍA, Esteban, "Ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37", ob. cit., p. 27.

(48) ECHEVERRÍA, Esteban, ídem, p. 72.

LA POLITICA POBLACIONAL Y EL FOMENTO DE LA INMIGRACION EN LA CONSTITUCION DE 1853

POR BEATRIZ L. ALICE

I. Introito

1. A modo de introducción corresponde explicar las razones que llevaron a la elección del tema. Resulta claro entender que al cumplirse el 1º de mayo de 2003 el sesquicentenario de la sanción de la Constitución Nacional la temática debía girar en torno a un contenido de la constitución histórica, excluyendo aquellos incorporados por medio de las posteriores reformas constitucionales. El espacio temático quedaba reducido. A ello se agrega que todos los institutos consagrados en el texto de 1853 fueron abordados por la doctrina a lo largo de los años. Infinidad de publicaciones lo corroboran. No parece equivocado afirmar que prácticamente no hay artículo de dicho texto constitucional que no haya merecido un análisis, un comentario o una reflexión. Dentro de este marco —con las limitaciones ya señaladas— había que elegir. La Constitución de 1853 producto del poder constituyente originario había creado al Estado Argentino, un Estado nuevo. Al repasar sus elementos componentes (población, territorio, poder y gobierno) cada uno de ellos ofrecía un nivel de importancia institucional que resulta obvio señalar. En la opción y partiendo del análisis del elemento humano o población se decidió circunscribir el estudio en torno a los principios y normas que sentaron las bases y dieron fisonomía a la política poblacional e inmigratoria argentina. El aporte del constituyente originario, la importancia del tema así como su permanente vigencia no obstante el siglo y medio transcurrido fueron razones de peso justificativas de la elección.

II. Los antecedentes nacionales. La influencia de Alberdi

1. No todos los elementos componentes del Estado nuevo empezaron totalmente a existir con él. Como acertadamente dice Germán Bidart Campos “los hombres que componían su población y el territorio en que esa población se distribuía eran anteriores, y esa anterioridad ya acumulaba su carga de pasado en el Estado nuevo” (1). Por tanto, resulta indispensable acudir a los antecedentes nacionales. Esta búsqueda permite la visualización inicial de por lo menos dos etapas: la anterior a 1853 y la que se inicia con la sanción de la constitución histórica. Un breve recorrido por los antecedentes permite señalar algunas particularidades de la etapa previa que no sólo son caracterizadores de la misma sino que son útiles para marcar diferencias con la que se inicia en 1853. Así:

a. Se emplearon pluralidad de expresiones para mentar a quienes integran la población, tales como: “todo vecino” (2), “todos los ciudadanos” (3), “hombre” (4), “miembros del Estado” (5) y “habitantes” (6).

b. Se reconoció a estos sujetos titulares los derechos civiles básicos y esenciales: “vida, honra, libertad, seguridad, igualdad y propiedad”

(1) Conf. BIDART CAMPOS, Germán José, “Historia e ideología de la Constitución Argentina”, Ed. Ediar, Bs. As., 1969, ps. 127/28.

(2) Reglamento para el ejercicio de la autoridad de la Junta del 28 de mayo de 1810, artículo X. Ver nota N° 6.

(3) Proyecto de Constitución para las Provincias del Río de la Plata, redactado por la Comisión Oficial nombrada en 1812, Capítulo V, artículo 1°. Ver nota N° 6.

(4) Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, de la Sociedad Patriótica, Capítulo 2167, artículo 5°. Ver nota N° 6.

(5) Constitución de 1819, Capítulo II, artículo CIX y Capítulo II, artículo CXXVI. Ver nota N° 6.

(6) Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815, Capítulo I, artículo I; Estatuto Provisional del 22 de noviembre de 1816, Capítulo 1°, artículo I; Reglamento Provisorio del 3 de diciembre de 1817, Capítulo I, artículo I; Constitución de 1826, Sección VIII, artículo 159, Sección VIII, artículo 179 y Proyecto de Constitución de Juan B. Alberdi, Capítulo II, artículo 16. Los precedentes citados en notas (2), (3), (4), (5) y (6) pueden leerse en ZARINI, Helio Juan, “Constitución de la Nación Argentina, concordada con sus reformas y antecedentes”, Ed. Astrea, Bs. As., 1973, ps. 45/46.

que se repetían en la mayoría de los precedentes siempre formulados de manera expresa y amplia. Las constituciones de 1819 (Cap. II, art. CXI) y de 1826 (Cap. VIII, art. 161) sumaron a estos derechos “la libertad de publicar las ideas por la prensa” y esta última (Sección VIII, art. 179) “el derecho de elevar sus quejas y ser oídos hasta de las primeras autoridades del país”. Sin duda alguna es en el Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberti (Cap. II, art. 16) donde la enumeración de derechos está formulaba con mayor amplitud y mejor técnica, indicando —por ejemplo— el alcance de los derechos, el sujeto pasivo, etc. (7).

c. Al igual que en materia de derechos también se utilizaron diversas expresiones sustantivas para denominar a los sujetos titulares de garantías: “todo individuo” y “ciudadano” (8), “ciudadano” (9) y el uso indistinto en un mismo texto de los términos “habitante”, “individuo” y “ciudadano” (10), o bien el genérico “todo hombre” (11).

d. En los primeros antecedentes en los que se reconocieron expresamente “derechos del hombre” no se recepcionaron en forma separada y específica los derechos de los extranjeros. No obstante lo expuesto, esta regla reconoció alguna excepción. En efecto, el Proyecto

(7) Conf. ZARINI, Helio Juan, op. cit. en nota N° 6, ps. 45/46.

(8) Reglamento de la Junta Conservadora del 22 de octubre de 1811, Sección Segunda, artículo 9°. Ver nota N° 11.

(9) Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811, artículos 1, 2, 3, y 4; Proyecto de Constitución de la Comisión especial nombrada en 1812, Capítulo XXI, artículo 27; Proyecto de Constitución para las provincias Unidas del Río de la Plata, de la Sociedad Patriótica, Capítulo 23, artículos 200 y 203. Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata del 27 de enero de 1813, artículos 149, 152, 153, 159, 263, y 164. Ver nota N° 11.

(10) Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815, Sección Séptima, artículos IV, XI, IX y XV; Estatuto Provisional del 22 de noviembre de 1816, Sección 4ª, Capítulo 3º, artículos 15, 19 y Sección 7ª Capítulo I, artículos 4, y 9 y Reglamento Provisorio del 3 de diciembre de 1827, Sección IV, Capítulo III, artículo XV y Sección VII, Capítulo I, Artículo IV; Constituciones de 1819 y 1826. Ver nota N° 11.

(11) Proyecto de Constitución de Juan B. Alberdi, artículo 19. Los precedentes citados en notas N° 8, 9, 10 y 11 pueden leerse en ZARINI, Helio Juan, “Constitución de la Nación Argentina concordada con sus reformas y antecedentes”, Ed. Astrea, Bs. As., 1973, ps. 64/72.

de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata del 27 de enero de 1813 en el art. 176 consagraba: "Los extranjeros de todas las naciones gozarán en el país de la misma seguridad en sus familias, personas y propiedades que los demás ciudadanos con tal que respeten las leyes y las autoridades constitucionales", y el Proyecto de Constitución de Alberdi en los artículos 21/23 integrantes del Capítulo II titulado "Derecho Público deferido a los extranjeros" regulaba pormenorizadamente los derechos de estos últimos, no obstante que en el art. 16 del Cap. II titulado "Derecho Público Argentino" garantizaba los derechos civiles a los habitantes de la Confederación sean naturales o extranjeros (12).

e. En materia de inmigración la mayoría de los precedentes omitió el tratamiento de esta temática. Cabe sin embargo destacar el Decreto sobre Inmigración del 4 de septiembre de 1812 (13) señalado como el primer antecedente de fomento inmigratorio, y el Proyecto de Constitución de Pedro de Angelis que en el art. 47 establecía entre las obligaciones y atribuciones del Congreso: "atraer la población extranjera, por leyes liberales y generosas y colonizar los puntos desamparados de la república" (14). Una consideración especial merece la obra de Alberdi, ya que el tema del aumento poblacional y el fomento inmigratorio constituyó una evidente preocupación y fue uno de los temas centrales de sus escritos y de su Proyecto de Constitución.

(12) Conf. ZARINI, Helio Juan, op. cit., en nota N° 11, p. 76, y ALBERDI, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", Volumen V, Clásicos Argentinos, Ediciones Estrada, 5ª edición, Bs. As., 1958, ps. 298/99 y 301/03.

(13) Diccionario de Legislación Argentina, T° VI, Biblioteca Jurídica Argentina, Bs. As., 1915, p. 340. Dice el texto: "Siendo la población el principio de la industria y el fundamento de la felicidad de los Estados, y conviniendo promoverla en estos países por todos los medios posibles, ha acordado el gobierno expedir y publicar el siguiente decreto: El Gobierno ofrece su inmediata protección a los individuos de todas las naciones y a sus familiares que quieran fijar su domicilio en el territorio del Estado, asegurándoles el pleno goce de los derechos del hombre en sociedad, con tal que no perturbén la tranquilidad pública y respeten las leyes del país". El citado texto obra en ZAVALÍA, Clodomiro, "Derecho federal", T° III, 3ª edición, Compañía Argentina de Editores, Bs. As., 1941, p. 39 según dato proporcionado por SEGOVIA, Juan Facundo en "Derecho Constitucional de los Extranjeros", p. 296. Ver nota N° 20.

(14) Conf. ZARINI, Helio Juan, "Derecho Constitucional", 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., p. 547.

2. La afirmación precedente se corrobora con solo analizar los aportes más significativos relacionados con el tema. Así:

1) En "Las Bases" (15) ya sea a través de la crítica que efectúa a otros textos como de propuestas concretas sienta los cimientos de una clara política inmigratoria, aunque algunos de sus criterios puedan no compartirse o merezcan alguna atenuación en la formulación normativa. En efecto:

a. En el Capítulo III formula serios reparos a la Constitución de 1826 porque "el progreso material, la población, la riqueza, los intereses económicos, que hoy son todo, eran cosas secundarias para los legisladores constituyentes de 1826". Igualmente merece su crítica el artículo 4º de dicho texto que concedía la ciudadanía "a los extranjeros que han combatido o combatiesen en los ejércitos de mar y tierra de la República" y no a quienes "habían importado capitales, máquinas, nuevos procedimientos industriales etc. y no se habían ocupado en derramar sangre argentina o extranjera".

b. Al comentar en los Capítulos IV, V, VI, VII, VIII y IX las Constituciones americanas de la época: Chile, Perú, Estados que formaron la República de Colombia (Ecuador, Nueva Granada y Venezuela), Méjico, Uruguay y Paraguay puntualizó "una serie de defectos" o "vicios por los que no debe imitarse". En la nómina de defectos o vicios enumerados hay dos que aparecen en forma reiterada con relación a las constituciones citadas: exclusión de todo culto no católico o sea no libertad religiosa y ausencia de normas sobre inmigración o disposiciones restrictivas para los extranjeros.

c. Al explicar "Cuál debe ser el espíritu del nuevo derecho constitucional en Sud-América" (Capítulo X) enuncia los medios prácticos de sacar a América emancipada del estado oscuro y subalterno en que se encuentra, y prioriza —entre otros— a la inmigración libre.

d. El análisis de la Constitución de California (Capítulo XI) lo hace circunscribiéndose a las cláusulas referentes al progreso de la población, de la industria y de la cultura.

(15) Conf. ALBERDI, Juan Bautista, op. cit. en nota N º 12, ps. 17/18, 25/52, 75/103, 240/255.

e. Se explyaya (en el Capítulo XV) sobre la inmigración y su fomento como medio de progreso y de cultura para la América del Sur.

f. Se aboca (en el capítulo XVI) a “La legislación como medio para estimular la población y el desarrollo de nuestras repúblicas” poniendo acento en la necesidad que la legislación no desvirtúe mediante trabas y limitaciones los grandes principios consagrados en el texto.

g. En el título del Capítulo XXXI sintetiza una idea central: En América gobernar es poblar. El fin político de la Constitución Argentina y en general de todas las constituciones de Sud-América debe ser convertir el territorio desierto en un país poblado como instrumento fundamental de su desarrollo y progreso. Caso contrario todos los propósitos serán meras ilusiones carentes de resultado. En Capítulos subsiguientes (XXXII y XXXIII) continúa con el desarrollo de este planteo y en varios párrafos exterioriza su temor de que, con la excusa de organizar y reglamentar el ejercicio de los derechos, las disposiciones reglamentarias se excedan y lleguen hasta el falseamiento o la anulación.

2) En el Proyecto de Constitución (16) normativiza las ideas que expusiera y fundara en doctrina. El poblamiento del territorio y el aporte inmigratorio están presentes en el Preámbulo y en la 1ª y 2ª parte del texto. Como acertadamente dice Jorge R. Vanossi la constitución de Alberdi era una constitución formulada para servir a una finalidad: eliminar el desierto, “o sea, para crear condiciones que permitieran modificar los datos de una realidad cuya transformación era el programa de los hombres que delinearon el modelo de 1837-1853 (población, capitalización, conquista del desierto, alfabetización, etc.” (17). La siguiente sinopsis así lo demuestra:

a. Entre los fines del Preámbulo se enunciaba “el aumento y mejoramiento de su población”.

(16) Conf. ALBERDI, Juan Bautista, “Proyecto de Constitución”, op. cit. en nota N° 12, ps. 294/328.

(17) Conf. VANOSSE, Jorge Reinaldo, “El estado de derecho en el constitucionalismo social”, Ed. Eudeba, primera edición de la edición de 1982 corregida y aumentada, septiembre/87, Bs. As., p. 342.

b. En la 1ª parte bajo el título “Principios, Derechos y Garantías” se garantizaban a los habitantes de la Confederación (sean nativos o extranjeros) a través de las normas de los artículos 16, 17, 18 y 19 los derechos de libertad, igualdad, propiedad y seguridad. Un catálogo de derechos del extranjero tenía consagración expresa en el art. 21 reiterando algunos de los ya recepcionados por el art. 16. Cabe recordar que para la concesión de estos derechos y garantías a los extranjeros, cualquiera sea el país de origen, el proyecto alberdiano no exigía reciprocidad y que tampoco podían ser objeto de alteración o disminución por las leyes y los tratados que regularan el ejercicio, tal como se desprende de los arts. 22 y 23. A toda esta normativa promotora del ingreso de extranjeros se añade el elocuente texto del art. 33: “La inmigración no podrá ser restringida, ni limitada en ningún modo, en ninguna circunstancia, ni por pretexto alguno”.

c. En la 2ª parte de la Constitución (Autoridades Argentinas), establecía como atribución del Congreso estimular la inmigración. Coincidentemente el presidente en el juramento que presta al asumir el cargo se comprometía a fomentar el progreso material estimulando la inmigración. En caso de incumplimiento podría ser acusado en el año siguiente al período de su mandato. También podrían serlo los Ministros si —entre otras causas— comprometieran el progreso de la población del país.

III. Los artículos de la Constitución de 1853. Debate y aprobación.

1. Debe quedar claro que no obstante lo expuesto precedentemente (en II-1-e) y 2) la temática del aumento poblacional y del fomento inmigratorio no fue exclusivamente abordada por Juan Bautista Alberdi sino por muchos otros, tal el caso de Echeverría (18) y de Sarmiento (19). Se fue formando una doctrina jurídico política pro-inmigratoria que al decir de Juan Facundo Segovia “alcanzó el cenit con el *Facundo* de Sarmiento y las *Bases* de Alberdi” (20). El constituyente

(18) Conf. ZARINI, Helio Juan, op. cit. en nota N° 14, ps. 545/46.

(19) Conf. EKMEKDJIAN, Miguel Angel, “Tratado de Derecho Constitucional”, T° II, Ed. Depalma, Bs. As., 1994, p. 720.

(20) Conf. SEGOVIA, Juan Fernando, “Derecho Constitucional de los extranjeros”, en “Atribuciones del Congreso Argentino”, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Ed. Depalma, Bs. As., 1986, ps. 296/97.

de 1853 recibió la influencia alberdiana, sin que ello signifique una total y absoluta identidad con su pensamiento ni la reproducción en el texto de la constitución histórica de los contenidos del proyecto de Constitución.

En 1853 el eje del tema fue el poblamiento del país y el fomento de la inmigración constituyó uno de los instrumentos para lograrlo. Si bien los artículos 25, 64 inc. 16 y 104 se refieren específicamente a la promoción de la inmigración con ellos no se agota el tratamiento de la cuestión. Resulta insuficiente efectuar un enfoque aislado del tema inmigratorio pues debe integrarse como una parte o capítulo de la política poblacional. Así lo entendió el constituyente originario y esto se visualiza no sólo con leer el contenido del Preámbulo, los artículos consagradorios de derechos y garantías de los habitantes y de los extranjeros sino también la cláusulas referidas a los indios (art. 64 inc. 15, C.N.), y a la colonización de tierras de propiedad nacional y de propiedad provincial como atribución del Congreso (art. 65 inc. 16, C.N.) y de las provincias (art. 104, C.N.) respectivamente (21).

2. El Preámbulo entre otros contenidos dispone “para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”. Esta fórmula no existía en el preámbulo inserto en el Proyecto de Constitución de Alberdi, y en el de la Constitución de Estados Unidos se omitió la invocación a “todos los hombres del mundo”.

3. El artículo 14 C.N. consagra los derechos de los “habitantes” (expresión que también figura en los artículos 16, 17, 18 y 19, C.N.). Si bien la doctrina ha remarcado la amplitud de la palabra “habitante” frente a otros términos más acotados recepcionados en diversos precedentes tal como se señaló en el punto II-1-a) este dato no sería significativo si sólo se consagraran derechos, libertades y garantías retaceados. A contrario, lo relevante de esta consagración es que a la amplitud del sustantivo mentado se suma la amplitud de un catálogo de

(21) El Constituyente al aprobar este texto se apartó del precedente de Estados Unidos y del Proyecto de Constitución de Alberdi, que en el artículo 67.3 sólo refería a los aborígenes cuando atribuye al Congreso “la colonización de las tierras desiertas y habitadas por indígenas”. También se distanció de las ideas de Alberdi en este tema expuestas en las “Bases”, fundamentalmente con relación a las expresadas en el Capítulo XIV.

derechos y garantías que pueden titularizarse y que producen efecto jurídico relevante.

Los constituyentes de 1853 al ponerse en consideración el art. 14 solo se circunscribieron a debatir el tema de la libertad de culto, la que se consagró. El texto fue aprobado por una mayoría de trece votos contra cinco en la sesión del 14 de abril de 1853.

A la rica normativa del artículo 14 hay que añadir la importancia que tuvo la consagración —entre otros— de dos principios constitucionales: a) el de capacidad jurídica (art. 15, C.N.) que significa la abolición de la esclavitud y, por tanto, el reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona humana (todo hombre es persona) y b) el de igualdad de *status* (arts. 14, 15 y 16, C.N.) que implica el reconocimiento uniforme de los derechos civiles y sociales a todos los habitantes incluyendo a los extranjeros y la igualdad de derechos fundamentales.

4. El artículo 20 C.N. que consagra el derecho de los extranjeros fue redactado por la Comisión de Negocios Constitucionales, con el único agregado que hizo José Benjamín Gorostiaga (diputado por Santiago del Estero) al añadir la expresión “conforme a las leyes” a los derechos de testar y casarse. Este artículo fue aprobado por mayoría de votos en la sesión del 25 de abril de 1853 (22). No sólo se lo igualó al nacional en el goce y ejercicio de derechos civiles, sino que sin imponerle la nacionalización se le facilitó poder acceder a ella.

El contenido de este artículo fue objeto de algunas críticas por su redundancia ya porque reitera derechos consagrados en el artículo 14 C.N. ya por la innecesariedad de la expresión “no están obligados... a pagar contribuciones forzosas extraordinarias” puesto que su imposición violaría el artículo 16 C.N. La justificación del artículo 20 se encuentra bien expresada en el voto en disidencia de los Doctores Guido Lavalle y Sagarna en el caso: “Scheimberg, Simón y otros s/ habeas corpus” (23) al sostener “que a consecuencia de ser redundante, destaca ante el extranjero, no acostumbrado a esa generosidad iguali-

(22) Asambleas Constituyentes Argentinas, Tº IV, p. 515.

(23) Fallos 164:244.

taria y solidaridad humana, aquellos derechos que particularmente debían interesarle”.

5. Del texto del artículo 25 C.N. (24) surge con claridad que dirige al gobierno federal dos mandas: a) el fomento de la inmigración europea y b) la prohibición de restringir, limitar o gravar con impuesto alguno la entrada de extranjeros con fines útiles.

El acta de la sesión del 25 de abril de 1853 sólo consigna que los artículos 23 a 28 fueron leídos, puestos a discusión y aprobados unánimemente (25). Si bien la aprobación unánime del artículo en el seno del Congreso Constituyente prueba que existió acuerdo en la formulación de su contenido, cuando la doctrina analiza el mismo centra su comentario en el punto referido al fomento de la inmigración europea. En torno a este tópico se advierten por lo menos tres criterios doctrinarios diferentes. Así:

a. *Se rechaza el contenido de la norma tal como está formulado.* Néstor P. Sagués no duda en afirmar que el mismo es “de índole racista, y es, por tanto, ilegítimo”. Lo considera un caso de carencia axiológica de norma o laguna constitucional de tipo axiológico, que impide aplicarla tal como está (26). El autor explica que las lagunas constitucionales de tipo axiológico “se producen cuando la Constitución trata injustamente un tema, dándole una solución tan ilegítima que no debe obedecerse (caso de derecho en sentido impropio o ‘derecho aparente’ lesivo de los principios de derecho natural). Este es un supuesto de cumplimiento racionalmente imposible de la constitución...” (27).

b. *Se rechaza el contenido de la norma aunque reconociendo que tuvo algún sentido en la época de su sanción y que la voluntad histórica del*

(24) El artículo 25 C.N. dice: “El Gobierno federal fomentará la inmigración europea, y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias o introducir y enseñar las ciencias y las artes”.

(25) Anales de Legislación Argentina, Tº 1852-1880 p. 39 y Asambleas Constituyentes Argentinas, Tº IV, p. 515.

(26) Conf. SAGÜES, Néstor Pedro, “Elementos de Derecho Constitucional”, edición actualizada y ampliada, Tº I, Ed. Astrea, Bs. As., p. 391.

(27) Conf. SAGÜES, Néstor Pedro, op. cit. en nota Nº 24, p. 77.

constituyente no fue discriminatoria. La expresión “fomento de la inmigración europea” provoca en Miguel A. Ekmekdjian una generalizada repulsa porque adjudica a dicha expresión “una fuerte dosis de autoritarismo” no obstante reconocer que ni Alberdi ni los padres fundadores admiraban a los europeos por su raza, sino por “sus hábitos de progreso” (28). Coinciden con esta línea de pensamiento Daniel Sabsay y José Miguel Onaindía quienes si bien le encontraban sentido a la cláusula en el momento de su sanción pues aludía a la inmigración que colaboraba con el progreso del país, afirman que la reforma constitucional de 1994 debió eliminar la expresión “europea” (29). Esta propuesta puede compartirse en cuanto a la conveniencia de la supresión aludida, pero resulta obvio destacar que este tema no pudo ser tratado por la Convención Constituyente de 1994 porque la ley 24.309 (30) no lo incluyó ni en el Núcleo de Coincidencias Básicas (art. 2º), ni como tema habilitado (art. 3º) y ello porque esa misma ley en el art. 7º vedaba a la Convención Constituyente introducir cualquier modificación a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el Capítulo Único de la primera parte de la Constitución Nacional. A ello se agrega que el artículo 6º de la misma ley dispuso que toda modificación, derogación o agregado que realizara dicha Convención apartándose de la competencia de los artículos 2º y 3º citados serán nulas de nulidad absoluta.

c. Se afirma que la referencia a la inmigración europea no implica una impronta racista en el texto constitucional. Para Humberto Quiroga Lavié la fórmula del artículo 25 C.N. “sólo prioriza dicha inmigración por considerarla más importante para los argentinos que la proveniente de otras latitudes” (31). En coincidencia, Germán J. Bidart Campos opina que el adjetivo “europea” no debe entenderse con un criterio territorial o geográfico exclusivamente. “Europea define una forma de civilización y de cultura que, cuando es participada por extranjeros de otras partes del mundo, habilita perfectamente el in-

(28) Conf. EKMEKDJIAN, Miguel Angel, op. cit. en nota Nº 19, p. 722.

(29) Conf. SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José Miguel, “La Constitución de los Argentinos”, Ed. Errepar, 1ª edición, Bs. As., 1994, p. 78.

(30) B.O. 31/12/993.

(31) Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina”, Zavalía Editor, Bs. As., ps. 146/147.

greso al país" (32). Según el autor se aludió a Europa no sólo por una cuestión de mayor afinidad de cultura y de estilo sino también por ser la parte del mundo donde podrían provenir los contingentes inmigratorios, y que una interpretación histórica y dinámica del artículo permite aseverar que se pensó "en una inmigración apta para el progreso moral y material de nuestra comunidad" (33).

Si bien es cierto que en la actualidad la calificación mentada puede resultar poco feliz, queda claro que el constituyente originario no tuvo intencionalidad discriminatoria. Esta afirmación no es meramente voluntarista y encuentra apoyatura suficiente. Así:

1. En el debate en torno a la libertad de cultos, prosperó el criterio amplio consagrado en el artículo 14 C.N. bien sintetizado por Benjamín Lavaisse (diputado por Santiago del Estero) al exponer con firmeza "Que como diputado debía promover para la Nación las fuentes de su prosperidad y que la inmigración de extranjeros, aunque de cultos disidentes era a su juicio una de las principales, que como sacerdote les predicaría luego el Evangelio y la verdad de su religión" (34).

2. Una interpretación no aislada de la primera parte del artículo 25 sino "in totum" ligando la cláusula de fomento con la prohibición de restringir o limitar el ingreso de extranjeros (cualquiera sea el país de origen) que traigan por objeto el trabajo y la enseñanza, evidencia que la finalidad perseguida fue la de fomento o promoción de una inmigración útil.

3. Una interpretación sistemática del texto constitucional permite advertir que el fomento de la inmigración no se consignó sólo en el artículo 25 C.N. ya que en los artículos 64 inciso 16 y 104 C.N. bajo la expresión sinónima "promover" (35) se otorgaron atribuciones al Con-

(32) Conf. BIDART CAMPOS, Germán José, "El derecho constitucional del poder", Tº I, Ed. Ediar, Bs. As., 1967, p. 329.

(33) Conf. BIDART CAMPOS, Germán José, "Manual de la Constitución Reformada", Tº I, Ed. Ediar, Bs. As., p. 421.

(34) Asambleas Constituyentes Argentinas, Tº IV, ps. 506/14.

(35) Diccionario de Sinónimos Castellanos, Editorial Sopena Argentina, edición 1950, Bs. As., p. 126.

greso y a las provincias en sus respectivas jurisdicciones locales, y que en estos dos artículos la inmigración a promover no tiene calificación alguna. Recuérdase que ambos artículos fueron aprobados por unanimidad, respectivamente, en las sesiones del 28 y 30 de abril de 1853 (36) y que la primera parte del artículo 104 fue propuesto por la Comisión de Negocios Constitucionales, pero a partir del punto y coma (;) que dice: “y promover la industria, la inmigración...” se agregó a propuesta de José Benjamín Gorostiaga (diputado por Santiago del Estero).

IV. Objetivos del constituyente en este tema. La política inmigratoria instrumentada a través de la normativa constitucional

1. Al momento de la sanción de la Constitución de 1853, el constituyente se enfrentaba con un escenario conocido: extensión territorial, escasa población, baja tasa de crecimiento medio, concentración de la población en determinadas zonas, existencia de varias regiones del territorio expulsoras de población, vastas extensiones pobladas por aborígenes, etc. La situación descrita generaba por lo menos cuatro necesidades básicas a cubrir convertidas en objetivos concretos:

- a. Atraer población para asentar en el dilatado territorio.
- b. Tender a la mejora de su calidad.
- c. Integrar y asimilar a los extranjeros con la finalidad de arraigo.
- d. Impulsar el progreso y crecimiento del país.

El fomento inmigratorio y la tolerancia religiosa, la libre navegación y el comercio —entre otros— constituían instrumentos aptos para el logro de estos objetivos y debían tener adecuada regulación constitucional. El Constituyente tenía en claro que el conocimiento y divulgación de las normas tuitivas constituirían un elemento de importancia para el ingreso de extranjeros. El inmigrante —el hombre en general— busca seguridad jurídica. Pero no hay poblamiento, ni inmigración porque una norma lo propicie, ni por una simple expresión de deseos sino porque confluyen una serie de hechos entre los que cabe mencionar a la circunstancia por la que atraviesa el país emisor y a las

(36) Asambleas Constituyentes Argentinas, Tº IV ps. 539 y 536.

condiciones políticas, económicas y sociales del país receptor. El tema inmigratorio no debe ser tratado como meramente humanitario. Resulta más que evidente que la consideración humana es justa y que existe la obligación de respetar escrupulosamente los derechos individuales y familiares de los inmigrantes. Pero esto es distinto a convertir a la inmigración en un problema esencial de filantropía (37).

2. La normativa constitucional analizada precedentemente proporciona suficientes elementos que permiten señalar algunos rasgos distintivos de la política poblacional implementada en el texto de 1853, la que al decir de Néstor P. Sagüés cambió la sociedad argentina remodelando su base poblacional (38). Amplitud, apertura, congruencia, originalidad y propensión a la perdurabilidad son sus principales notas tipificantes. La política inmigratoria inserta en la poblacional participa de las mismas características. Es, además, amplia y humanista (39), con clara tendencia a la hospitalidad (40). La instrumentación de ambas políticas se ha hecho a través de normas comprensibles, reconociendo algunas de ellas —como la primera parte del art. 15, el art. 25, el art. 64 inc. 15 y la segunda parte del art. 104— origen en la Comisión Redactora de 1853 (41). Dichas normas también se caracterizan por su correcta técnica de formulación, su fidelidad, y por el consenso logrado. Recuérdase que sólo hubo por parte de los Diputados integrantes del Congreso General Constituyente intervenciones, propuesta y/o aclaraciones puntuales que no originaron prolongados o innecesarios debates y que los artículos fueron aprobados —como se señalara al efectuar su análisis— por unanimidad o por mayorías considerables.

(37) Conf. CIAPUSCIO, Héctor P., "Presente de la inmigración argentina", *Inmigración*, año II, N° 5, 1960, Bs. As., ps. 309 y siguientes.

(38) Conf. SAGÜES, Néstor Pedro, *op. cit.* en nota N° 25, p. 390.

(39) Conf. ZARINI, Helio Juan, *op. cit.* en nota N° 11, p. 547.

(40) Conf. BIDART CAMPOS, Germán José, *op. cit.*, N° 31, p. 420.

(41) Conf. COLAUTTI, Carlos E., "Antecedentes de la Constitución Argentina", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979, ps. 37, 40 y 43. Advierta el lector que el autor presenta una transcripción artículo por artículo de las fuentes de la Constitución de 1853/60, debiendo hacerse la conversión numérica al texto originario de 1853.

V. La política poblacional e inmigratoria en las reformas de la Constitución de 1853

1. Las diversas modificaciones introducidas al texto histórico en 1860 y las más acotadas en 1866, 1898 y 1957 no afectaron el contenido normativo de la cláusula del preámbulo ni del articulado referido a esta temática. En 1860 se agregaron los artículos 32 a 35 y se suprimió el art. 51. Por tanto, se produjo una reenumeración. Los artículos 64 inc. 16 y 104 se transformaron en arts. 67 inc. 16 y 107, respectivamente.

2. La reforma de 1949 en materia de poblamiento e inmigración mantuvo el contenido del preámbulo, así como el de los artículos 14, 25, 67 inc. 16 y 107 que pasaron a numerarse como 26, 17, 68 inc. 16 y 100. El artículo 20 devenido en 31 reguló con amplitud el tema de la naturalización y reemplazó la enumeración de derechos del extranjero por la fórmula: "Los extranjeros que entren en el país sin violar las leyes, gozan de todos los derechos civiles de los argentinos...". Por decreto del 27 de abril de 1956 y proclama del 1º de mayo de 1956 se restableció la vigencia de la Constitución de 1853 con sus reformas posteriores, excluyendo la de 1949, y sin perjuicio de los actos y procedimientos que se habían cumplido con anterioridad al 16 de septiembre de 1955.

3. La reforma de 1994 no produjo modificación de la normativa en análisis porque como ya se señalara precedentemente la ley declarativa impidió la modificación de la parte dogmática, y los artículos 67 inc. 16 y 107 son los actuales 75 inc. 18 y 125. No obstante, con esta reforma se produjo un acrecimiento normativo. En el art. 75 C.N. —entre las atribuciones del Congreso— se consignó: "Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio" (inc. 19) y se otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de Derechos Humanos enumerados en forma expresa, más los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que en el futuro puedan gozar de la misma jerarquía, si cuentan con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de miembros de cada Cámara (inc. 22). De no menor trascendencia es la cláusula referida a los pueblos indígenas argentinos (inc. 17) marcando imperativamente la atribución congresional en cuanto al reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los mismos.

VI. Concreción del fomento inmigratorio en el ámbito de la realidad

1. No obstante exceder los límites de este trabajo y sólo como elemento complementario es útil recordar brevemente algunas cifras por demás ilustrativas. Desde 1857 a 1870 inclusive hubo saldo migratorio positivo. Desde esa fecha en adelante hasta 1939 también lo hubo, aunque con algunas excepciones registradas en los años 1891 y 1914/18 (42). La afluencia inmigratoria europea alcanzó su máxima expresión entre 1880 y 1930, lo que determinó que en algunos períodos el crecimiento migratorio resultó mayor que el vegetativo (43). A partir de 1952 se advierte un estancamiento inmigratorio que se puso de manifiesto por un decrecimiento de la inmigración europea y un aumento de inmigración latinoamericana, en especial de países limítrofes (44).

2. Este saldo corrobora lo que ya es conocido, es decir, que las corrientes inmigratorias responden a variados factores de aliento, incitación o estímulo y a factores de habilitación o de ausencia de impedimentos tanto por parte de los países emisores como de los receptores. Argentina aún con normas constitucionales protectoras no escapó a esta regla.

3. Un tema no menor lo constituye la necesidad de una planificación integral y realista. A diferencia de Argentina los países que recibieron gran cantidad de inmigrantes —como Australia, Canadá, etc.— o bien los que ubicaron —como Holanda— a sus nacionales en el extranjero han procedido siempre en base a planes concretos a corto, mediano y largo plazo y han mantenido en esta materia continuidad en las ideas y objetivos básicos.

(42) La población en el movimiento de la República Argentina en los años 1939 y 1940 y síntesis de los años anteriores. Informe N° 78, serie D° 6, Demografía, Bs. As., 1940, p. 145. Publicación de la Dirección General de Estadística de la Nación, cuadro 47.

(43) Conf. VENTURA, Ovidio, capítulo titulado "La inmigración en la Argentina" de la obra "Inmigración e integración", Terceras Jornadas de estudio de la Comisión Católica Internacional de Inmigración, 22 y 23 de octubre de 1969.

(44) Revista de Inmigración, año II, N° 5, 1960, p. 394.

VII. Epílogo

1. Resulta fácil advertir que en ciento cincuenta años no se han producido a nivel normativo constitucional cambios sustanciales en el programa diseñado por el constituyente histórico. La reforma constitucional de 1994 con las incorporaciones precedentemente transcritas contribuye a abonar lo afirmado en cuanto evidencia que subsisten los objetivos perseguidos en 1853.

2. Sin duda se puede afirmar que en el país ha existido desde siempre preocupación por el poblamiento territorial. Esta preocupación se ha exteriorizado en diversos ámbitos y en proyectos legislativos, en discursos presidenciales (fundamentalmente al hacer la apertura anual de las sesiones del Congreso), en debates políticos, en trabajos de investigación, etc. Pero manifestar preocupación por un tema no es sinónimo de exteriorización de un obrar eficiente y continuo en el orden de la realidad. Lo expuesto se corrobora con sólo repasar la legislación regulatoria infraconstitucional. Frente a grandes leyes sancionadas se encolumnan otras que obedecieron a razones o intereses de momento convirtiéndose —en muchos tramos de la vida institucional Argentina y durante largos períodos— en un conjunto asistemático y a veces contradictorio de normas reglamentarias. Sin duda los temores que Alberdi exteriorizó respecto a la legislación reglamentaria no eran infundados. ♦

JUAN BAUTISTA ALBERDI, LA CONSTITUCION DE 1853 Y LA LIBERTAD DE PRENSA

POR GERARDO ANCAROLA

Rendir homenaje a la Constitución Nacional de 1853 es, en realidad, rendirlo al notable grupo de convencionales reunidos en Santa Fe, que redactaron el venerable texto, quizás el más completo del constitucionalismo clásico de la segunda mitad del siglo XIX.

Porque, derrotado en los campos de Caseros Juan Manuel de Rosas, quienes lo depusieron se dedicaron de inmediato a la gigantesca tarea de construir una sociedad libre y progresista, diametralmente distinta al modelo autocrático, caudillista y retrógrado que signó a la dictadura. Entre los triunfadores figuraban no solo los que desde adentro del país secundaron el Pronunciamiento de Justo José de Urquiza sino, sobre todo, los proscriptos, que desde afuera de nuestras fronteras mantuvieron siempre, sin desfallecimientos ni claudicaciones, su frontal oposición al “gobernador propietario” de Buenos Aires (1).

Entre esa pléyade de exilados —desparramados en distintos países, en especial los limítrofes y, entre estos, fundamentalmente en Uru-

(1) La provincia de Buenos Aires, a diferencia de las restantes, no tuvo una constitución escrita antes de Caseros, sino un conjunto de leyes institucionales. Pero en la norma designada como “Limitaciones a las facultades del Poder Ejecutivo”, del 6 de junio de 1820, se habla del “Gobernador propietario” refiriéndose al que ha sido designado para ocupar legalmente el cargo, es decir “en propiedad”. Utilizamos la expresión porque, en el caso de Rosas, puede aplicarse en todo sentido. Véase SANMARTINO DE DROMI, María Laura, “Documentos constitucionales argentinos”, Ediciones Ciudad Argentina, Madrid, España, 1994, p. 587 y sigtes.

guay y Chile— había un grupo pequeño pero compacto, que pertenecía a lo que se conoce como la Generación del '37, integrada por un conjunto brillante de jóvenes, con la jefatura de Esteban Echeverría, que en realidad desarrolló su acción en dos fases: en un comienzo, con gran influencia de las ideas literarias del romanticismo y políticas de los doctrinarios franceses, fundaron la "Asociación de Mayo" y elaboraron así el primer plan de superación de las luchas intestinas que desangraban al país, plasmado en el "Dogma Socialista" (2). Luego, a finales de esa década, se sumaron al exilio para seguir bregando, desde el exterior, por derrocar al tirano. Casi veinte años más tarde, ya maduros, regresan, pero ahora se inspiran en el sistema republicano, representativo y federal que inventaron los norteamericanos, y son los que fundamentalmente inspiraron y redactaron aquí la Constitución y las restantes normas básicas; pero además, ocupan los cargos institucionales claves —presidente y vice de la República, ministros, gobernadores de provincias, legisladores, constituyentes, rector de la Universidad, director de la Biblioteca Nacional, funcionarios públicos de diversas jerarquías, etcétera— y ponen, en definitiva, los fundamentos para transformar un país como era entonces la Argentina —despoblado, desértico, semibárbaro y alejado de los grandes centros de cultura—, en una nación encaminada a la pujanza en todos los órdenes. Las dos grandes mentalidades de esa generación, y que influyen preponderantemente en la concreción del milagro, son Juan Bautista Alberdi y Domingo Faustino Sarmiento (3).

Al redactar la Constitución, esos convencionales tuvieron claro que el modelo que debían adaptar a nuestra realidad exigía diversos presupuestos básicos —estricta división de poderes, periodicidad en los cargos, garantía del goce de los derechos y de las libertades, un federalismo práctico, elecciones libres, supremacía de la Ley Fundamental, etcétera— y entre ellos, también como un requisito ineludible, la *libertad de prensa*, considerando a la palabra prensa en un sentido amplio.

(2) Sobre la Generación del '37, el "Dogma Socialista" y su influencia, hay una profusa bibliografía que no creemos pertinente citar aquí. En cuanto a las dos etapas en que se proyecta la acción de esa generación, lo venimos sosteniendo hace años; véase por ejemplo ANCAROLA, Gerardo, "José Manuel Estrada, tribuno del catolicismo", Colección Vidas, Ideas y Obras de los legisladores argentinos, Bs. As., 1998.

(3) De esto no puede haber duda alguna. Véase el ya clásico ensayo de BOTANA, Natalio, "La tradición republicana", Editorial Sudamericana, Bs. As., 1984.

Cabe recordar que en esa época la prensa era un medio casi insustituible de comunicación popular. Por eso, la gran mayoría de los hombres públicos ejercía también activamente el periodismo. Entre nosotros, esa fue la gran tradición. Basta sólo mencionar que la figura decisiva de las Jornadas de Mayo, Mariano Moreno, utilizó "La Gaceta" como la gran tribuna para exponer el ideario revolucionario.

Por ello, no podía extrañar que los proscriptos utilizaran también, como el arma más eficaz contra el régimen rosista, a la prensa escrita. De ahí que tanto en Chile como en Uruguay, los exilados cultivaron el periodismo de combate con gran eficacia. Domingo Faustino Sarmiento, por ejemplo despliega en Santiago —la capital chilena— como en Valparaíso, una ingente labor periodística. Escribirá sucesivamente en varios diarios como "El Mercurio", "La Crónica", "El Nacional", "La Tribuna" y "El Progreso". Debe subrayarse este último, porque allí dio a conocer, a partir del 2 de mayo de 1845 y en forma de "folletín", nada menos que "Facundo", su obra más notable y que tuvo una enorme difusión en nuestro país y en el exterior, y contribuyó en forma superlativa al desprestigio de Rosas y del caudillismo (4).

Pero otros exilados descollaron también —utilizando diarios o periódicos— como medio de lucha. Así por ejemplo, en Montevideo Miguel Cané y Andrés Lamas en "El Iniciador", Juan Cruz Varela, Valentín Alsina y Florencio Varela —quizás nuestro primer mártir por la libertad de prensa— en "El Comercio del Plata", José Mármol, Angel Navarro, Antonio Pillado y Francisco Pico en "El Conservador", José L. Bustamante en "El Correo de la Tarde", Juan Bautista Alberdi —durante los cinco años de su exilio en la capital uruguaya, de 1838 a 1843— lo hace en "El Iniciador" o en "El Nacional". En estos dos diarios también colaboraron Bartolomé Mitre, Félix Frías, Santiago Viola, Carlos Tejedor, Miguel Irigoyen y José Rivera Indarte.

En Chile, como dijimos, hay dos centros donde se instalan los proscriptos y escriben en los medios de prensa que allí se publican; uno es su capital, Santiago, y el otro es Valparaíso —el gran puerto— de intensa vida comercial e inclusive cultural. Ya dimos cuenta de la activi-

(4) Tampoco aquí puede haber discrepancias. "Facundo" tuvo una inmediata repercusión en el país y en el exterior. Es uno de los libros clave de nuestra literatura, e inclusive Azorín y Miguel de Unamuno lo han considerado incluido entre la mejor prensa castellana de la primera mitad del siglo XIX.

dad periodística de Sarmiento. Cuando Alberdi se traslada al país trasandino, donde permanecerá once años (de 1844 a 1855) escribiría en “El Progreso” y “El Siglo” (ambos de Santiago) y en “El Comercio” —que fundara—, “El Mercurio” y “El Diario” (estos de Valparaíso). En estos mismos diarios colaborarían, y en algunos casos hasta los dirigirían, otros proscriptos ilustres, como Félix Frías, Bartolomé Mitre, Demetrio Rodríguez Peña, Carlos Tejedor, Miguel Piñero, etcétera (5).

El aporte de Alberdi

Sin duda alguna, Juan Bautista Alberdi —la cabeza jurídica política más completa de todo el continente en la segunda mitad del siglo XIX— tuvo, a través de su libro “Bases”, una influencia decisiva en el texto aprobado en 1853 (6). Como no es este el tema que brevemente nos permitimos aquí tratar, no nos detendremos a analizarlo. Pero también en lo que hace a la libertad de prensa, y su regulación constitucional, la influencia del gran tucumano fue fundamental.

Por lo pronto, además de referirse a la prensa en el texto del libro, cuando en septiembre de 1852 se imprime la segunda edición, incluye un “proyecto de constitución concebido según las bases propuestas” (7) que tuvo una gran repercusión en la opinión pública y luego en los convencionales de Santa Fe (8).

(5) Una sintética, pero completa “cronología” de las publicaciones en las que escribían argentinos, consta en “Paren las rotativas” de Carlos ULANOVSKY (Espasa, Bs. As., 1997, p. 403 y sigtes.). También GALVÁN MORENO, Carlos, “El periodismo argentino”, Ed. Claridad, Bs. As., 1944; y FERNÁNDEZ, Juan R., “Historia del periodismo argentino”, Perlado Editores, Bs. As., 1943.

(6) El año pasado se cumplió el sesquicentenario de la gran obra. Con ese motivo se desarrollaron numerosos actos públicos, para analizar el libro y evocar a su autor, y se imprimieron nuevas ediciones del ensayo. Entre éstas, merece destacarse la reproducción facsimilar de la edición de Besanzon —de septiembre de 1856— impresa en París (Francia) por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y la “Librería Histórica”, que cuenta además con una completa investigación bibliográfica e introducción del presidente de la Corporación, doctor Jorge Aja Espil (ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Colección Histórica, Bs. As., 2002, 193 págs.).

(7) El proyecto de constitución de Alberdi, en la edición a que hacemos referencia en la nota anterior, que es la que manejamos, está incluido a partir de la página 173.

(8) La obra encontró una gran acogida en los círculos de opinión del país y del exterior. Sarmiento, por ejemplo, todavía en Chile, le escribe a Alberdi con desbordante

Y en ese proyecto, en el artículo 16 se establecía que la Constitución garantizaba una serie de derechos a "todos los habitantes de la Confederación, sean naturales o extranjeros", entre los cuales figuraba el de "*publicar por la prensa sin censura previa*". Ese es, quizás, el antecedente más directo de lo dispuesto luego, en el artículo 14, de la Constitución del '53.

Para Alberdi, no se trataba de un tema nuevo. El también, desde muy joven, prácticamente apenas llega a radicarse en Buenos Aires desde su Tucumán natal, tiene una activa participación en el periodismo, que lo ejerció con pasión durante toda su vida (9).

Y cuando se vio obligado a exilarse, primero en Montevideo y luego en Santiago, su actividad periodística fue intensa, y con plena conciencia de la importancia que revestía la prensa en las nacientes repúblicas latinoamericanas. Así por ejemplo, afirmaba en "El Comercio" de Valparaíso, el 13 de julio de 1848, "la prensa es una asamblea en la que cada periódico es un parlamentario". Y cinco años más tarde, en enero de 1853, completa esta noción, casi institucional, al sostener "...hablar de la prensa, es hablar de la política, del gobierno, de la vida misma de la República Argentina, pues la prensa es su expresión, su agente, su órgano" (10).

entusiasmo: "Su Constitución es un monumento... es nuestra bandera, nuestro símbolo..." y Bartolomé Mitre, a pesar de las profundas disidencias que las luchas políticas lo separarían del tucumano, treinta años más tarde reconocería que "...pocos libros arrojan más viva luz sobre los accidentes de la política argentina y ninguno contiene ideas más claras, puntos más seguros de partida para el estudio de nuestro derecho constitucional. Como todas las obras maestras, poco ha perdido de su interés y oportunidad" (transcriptos por LONGHI, Luis R. en "Génesis del derecho constitucional e historia constitucional argentina", Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1946, p. 549 y sigtes.).

(9) Para analizar la vida y la obra de Alberdi no puede eludirse la magna contribución de Jorge M. MAYER, en numerosos ensayos, sobre todo en el monumental "Alberdi y su tiempo", Editorial Eudeba, primera edición, Bs. As., 1963, 1008 págs.; y en "Las Bases de Alberdi", Edición Crítica, Editorial Sudamericana, Bs. As., 1969, 510 págs.

(10) Años atrás, con el auspicio de la Embajada de Chile en nuestro país, la historiadora Carolina Barros llevó a cabo una muy interesante investigación sobre la actividad periodística de Alberdi durante su exilio en el país trasandino y exhumó entonces notas y artículos desconocidos. Véase "Alberdi periodista en Chile", Carolina Barros (compiladora), Bs. As., 1997, 475 págs. El primer párrafo transcrito consta en la página 310 de dicho ensayo, y el segundo en ALBERDI, Juan Bautista, "Obras Completas", Bs. As., 1886, Tomo IV, p. 13.

Pero cuando se concreta la última de las tres recopilaciones de su vasta producción intelectual (11), con la dirección de Joaquín V. González, y que se conocerán como sus "Obras Selectas" —Editorial La Facultad, 18 tomos, Buenos Aires, 1920/25— se descubre una nueva reflexión de hondo contenido y significado. Es cuando afirma que sin una prensa independiente "...no hay gobierno libre", para a continuación definirla como "...un poder no delegado que el país retiene para ejercerlo él mismo, sin privar de su ejercicio a los mandatarios legítimos. Por medio de la prensa, el país colabora y concurre a la gestión de su gobierno, junto con sus mandatarios. Es tan esencial al gobierno del país —concluye— que abdicarla es lo mismo que abdicar de su soberanía y renunciar al rango de país libre" (12). Aquí, cuando utiliza la palabra "*país*", debe leerse pueblo.

La naturaleza jurídico-política de la libertad de prensa

Como es sabido, el artículo 14 de la Constitución establece que todos los habitantes de la Nación gozan de una serie de derechos fundamentales, que enuncia, y entre los cuales se encuentra el de "publicar sus ideas por la prensa sin censura previa". Pero en la sesión del 26 de abril de 1853, en la que se discutió este artículo, careciendo de taquígrafos, no consta en las actas que se hubiera hecho mención al tema, ya que el largo debate se centró, únicamente, en lo relativo al derecho a ejercer libremente el culto (13).

De todas maneras, queda claro que la libertad de prensa fue considerada como uno de los derechos fundamentales. Pero, ¿cuál era su naturaleza jurídico-política para los convencionales? Ante la ausen-

(11) La facundia intelectual de Alberdi fue asombrosa. Por ello, Jorge M. Mayer repetía que el historiador encontrará con frecuencia, en el futuro, inéditos trabajos del tumucumano, como los que hacemos mención en la nota precedente. El grueso de su producción puede encontrarse en: a) "Obras Completas", Bs. As., Imprenta de la Tribuna Nacional, 1886/87, 8 volúmenes; b) "Escritos Póstumos", edición a cargo de Manuel Alberdi, Imprenta La Europea, 1895/01, 16 volúmenes y c) "Obras Selectas", bajo la dirección de Joaquín V. González, Bs. As., Editorial de la Facultad, 1920/25, 18 volúmenes.

(12) "Obras Selectas", Tomo XVII, cit., p. 242.

(13) "Asambleas Constituyentes Argentinas", anotadas y coordinadas por Emilio Ravnani, Bs. As., 1937, Tomo IV, p. 509 y sigtes.

cia del debate, y sin olvidarnos que este tema, en las convenciones de 1860, iba a ser objeto de esclarecedoras consideraciones, primero en la convención revisora de la provincia de Buenos Aires y, posteriormente, en la Convención Nacional de ese mismo año con la incorporación de otro artículo clave —el 32— nos parece oportuno que analicemos el tema entre sus iniciales exégetas (14).

Por lo pronto, para Florentino González, el ilustrado colombiano que inauguró la cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, la libertad de prensa era “una poderosa salvaguardia de los derechos y las libertades en un país democrático” (15). A su vez, para quien lo sucedió en las mismas aulas, el inolvidable José Manuel Estrada, se trataba de una “institución de orden político” que constituía, por otra parte, “el más poderoso elemento de diseminación de las ideas” (16). Aristóbulo del Valle, que también dictó la asignatura en la UBA, aunque lamentablemente por muy poco tiempo, no menciona el tema. Por lo menos en la obra impresa (17). Y finalmente, por no citar sino a constitucionalistas del siglo XIX, Joaquín V. González, en su todavía insustituible “Manual”, la consideraba “un derecho natural del más noble linaje” (18).

Pero Alberdi, en cambio, en la frase que arriba transcribimos y, sobre todo, en la expresión *poder no delegado*, consideramos que encierra su verdadera naturaleza jurídica (19). En efecto, la primera de las

(14) Reiteramos que aquí nos circunscribiremos al texto de 1853.

(15) GONZÁLEZ, Florentino, “Lecciones de Derecho Constitucional”, Editorial Librería de Rosa y Bouret, París, segunda edición, circa 1873, p. 37.

(16) ESTRADA, José Manuel, “Obras Completas”, Tomo VI, segunda edición, ECYLA, Bs. As., 1927, ps. 217 y 233 respectivamente.

(17) DEL VALLE, Aristóbulo, “Derecho Constitucional”, Bs. As., imprenta de Juan A. Alsina, 335 págs., 1895.

(18) GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Editorial Estrada, duodécima edición, Bs. As., p. 154.

(19) Cuando advertimos esta definición de Alberdi, la hemos divulgado con entusiasmo por su gran fuerza expresiva. Véanse, entre otras, ANCAROLA, Gerardo, “Los derechos humanos y la libertad de prensa”, ponencia presentada en el XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho (IVR), organizado en nuestro país por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD) —entonces

acepciones que tiene la palabra *poder* según el Diccionario de la Real Academia Española —edición 1970, pág. 1049— es la de “dominio, imperio, facultad y jurisdicción” que Alberdi se lo atribuye al pueblo, a quien considera el titular de la soberanía. Y aunque se discutiera doctrinariamente la expresión “soberanía del pueblo”, en cuanto depositaria integral del poder en el más amplio sentido, se ha considerado que con aquella expresión “nuestra Constitución alude a una creencia compartida sobre la legitimidad del poder que se traduce en un principio general del derecho constitucional argentino, conforme al cual es indispensable el consentimiento popular para el ejercicio legítimo del poder. Esta creencia incluye la exigencia de *legitimidad* e implica el control popular de la acción gubernativa que se cumple de dos modos principales: a) *continuamente* por los órganos naturales de la opinión pública (*prensa*, partidos políticos y, en términos generales, los llamados factores de poder y grupos de presión) y b) *periódicamente* por el electorado, en los actos de renovación de los órganos políticos del gobierno” (20).

Esa soberanía popular (poder), según la letra y el espíritu de nuestra Constitución, el pueblo no la ejerce directamente sino a través de sus representantes. Por ello, el artículo 22 de la Constitución del 53/60 fulminaba todo tipo de democracia directa o semi directa. La nueva Constitución debilita la claridad de esta posición doctrinaria (por ejemplo, con los nuevos artículos 39 y 40). Pero, de todas maneras, en el esquema constitucional argentino hay un conjunto de poderes (facultades) que se *delegan* en distintos grados y a distintos órganos, otros que *no se delegan*, o que se *conservan*, o que están *implícitos* o que son *inherentes* (21).

presidida por Juan C. Smith— en La Plata y Buenos Aires, del 10 al 15 de agosto de 1997; “Alberdi y la libertad de prensa”, diario “La Nación”, Bs. As., 29/VIII/97; “Libertad de prensa y responsabilidad de la prensa”, comunicación en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en la sesión del 10 de septiembre de 1997; en los “Anales” de ese año y en separata.

(20) BIDEGAIN, Carlos María, “Curso de Derecho Constitucional”, Tomo II, p. 135, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995.

(21) Sobre el poder en nuestro sistema constitucional, pueden consultarse el excelente ensayo de Jorge AJA ESPIL “Constitución y Poder” (Editorial Tea, Bs. As., 1987), Néstor P. SAGÜÉS (“Elementos de Derecho Constitucional”, dos tomos, Editorial Astrea, Bs. As., 1993) y Carlos S. FAYT (“Nuevas Fronteras del Derecho Constitucional”, Editorial La Ley, Bs. As., 1995).

En la concepción de Alberdi, entonces, la libertad de prensa es uno de los poderes no delegados y que sigue conservando, es decir, para utilizar sus palabras que precisan con rigor el revolucionario concepto, "que el país —aquí quiere decir el *pueblo*— *retiene para ejercerlo él mismo, sin privar de su ejercicio a los mandatarios legítimos*" —debe entenderse a los gobernantes— rematando la frase con otras consideraciones no menos categóricas.

Además Alberdi, en el proyecto que acompañó a la segunda edición de las "Bases" —al que ya hicimos referencia—, se refería a la libertad de prensa "sin censura previa". Para Alberto G. Padilla, tomó esta expresión de la Constitución chilena de 1833 (22). Nosotros entendemos, en cambio, que pudo tener como fuente antecedentes argentinos anteriores y que Alberdi no podía desconocer, como por ejemplo el proyecto de constitución de la Sociedad Patriótica de 1812 (23) o la famosa "Carta de Mayo" de 1825 (24), en los que se utilizan frases muy similares.

Por eso, la libertad de prensa adquiere así para el insigne pensador una categoría excepcional, negando entonces toda posibilidad de censura. En este sentido afirma que "la censura previa es el robo oficial de la libertad de prensa, hecha por el gobierno: un crimen de lesa nación", negando inclusive, explícitamente, la posibilidad de una censura previa judicial porque "sería abdicarla" por parte del pueblo ya que para él "con el derecho de ejercerla, el pueblo que quiere ser libre, debe retener el derecho de juzgarla" porque de lo contrario, afirma

(22) PADILLA, Alberto G., "En torno a la libertad de prensa", Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales, Bs. As., 1973, p. 134.

(23) En el art. 210 de ese proyecto se establece "Todo hombre puede publicar sus ideas libremente y sin censura previa", SANMARTINO DE DROMI, María Laura, obra citada en nota 1, p. 2118.

(24) En la famosa "Carta de Mayo", el art. 4 establecía "...cada uno es libre de escribir, imprimir o hacer imprimir, sin licencia ni previa censura lo que bien le parezca". Obsérvese que, en cambio, Pedro de Angelis —el reconocido intelectual al servicio de Rosas— en un proyecto de constitución que, sugestivamente, presentó en junio de 1852 y que fuera difundido por la Imprenta del Estado, sostenía en la sec. quinta, inc. 32: "Proteger la libertad *moderada* de imprenta y demás derechos y garantías del ciudadano" (la bastardilla es mío). El adjetivo no puede extrañar sabiendo de quien provenía. Ambas referencias las tomamos de la recopilación de SANMARTINO DE DROMI, M. L., cit. En la nota anterior, de las ps. 1179 y 2459, respectivamente.

con su acostumbrada causticidad, la “libertad de prensa, es una libertad de Platón” (25). Reiteramos entonces que, como en otros muchos temas de la Constitución de 1853, en éste también debió ser fundamental la influencia de Juan Bautista Alberdi.

Cabe finalmente hacer notar, que al texto del artículo 14 debe vincularse —en lo que hace a la libertad de prensa— con todo el sistema constitucional; no es pues una frase aislada. Como dijimos al comienzo de estas reflexiones, nuestra Carta Magna está inscripta dentro del constitucionalismo clásico del siglo XIX que, tomando como modelo la constitución de los Estados Unidos de América de 1787 —pero perfeccionándolo, porque se asimiló la experiencia, la doctrina y la jurisprudencia americanas—, se estableció para el país —artículo 1º— la forma representativa, republicana y federal de gobierno. Como también recordamos, la forma representativa y republicana, implica asignarle al pueblo la titularidad del poder que sólo puede ejercerlo, a través de sus representantes o por las autoridades creadas por la Ley Fundamental (artículo 22). Pero, como todos los actos de los tres poderes del Estado son públicos, quedan sujetos al control popular. La libertad de prensa juega entonces un papel relevante, porque ese control requiere el acceso amplio a la información, que conlleva, simétricamente, la posibilidad de ejercer toda suerte de críticas.

Otra prueba de la manera en que la libertad de prensa figura engarzada en la letra y el espíritu de la Constitución de 1853 es que, en su artículo 69 —artículo 72 en la redacción definitiva del año 1860 y 83 en la nueva Constitución del año 1994—, al referirse a los proyectos desechados por el presidente de la República, cuando se explica el mecanismo de ratificación por ambas Cámaras de los proyectos objetados, se exige que “tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes —es decir de los legisladores— como las objeciones del Poder Ejecutivo *se publicarán inmediatamente por la prensa*” (26). En la sesión del 29 de abril de 1853 se debatió este artículo y la discusión quedó centrada entre los convencionales Juan F. Seguí y José Benjamín Gorostiaga, pero al terciar el convencional Martín Zapata —consigna

(25) ALBERDI, J. B., “Obras Selectas”, cit. Tomo XVII, pág. 242.

(26) “Asambleas Constituyentes, etcétera...”, obra citada en nota 13, Tomo IV, p. 532. Cabe hacer notar que la palabra veto no se incluye en el texto de la Constitución, pero figura en la discusión que consigna la respectiva acta.

el acta respectiva— se aclara definitivamente el sentido de la parte final del artículo, cuando expresa que la publicación en la prensa “...es como una garantía dada al país sobre los motivos y las razones que habían pesado en el ánimo de los legisladores; una garantía de haber obrado bien, puesto que cada uno lleva sobre sí, la responsabilidad de sus opiniones...” (27). Todo ello para transparentar la conducta, tanto del gobierno como de los legisladores, y donde la prensa, como se observa, es el gran vehículo para el control popular.

Ese sistema diagramado en la Constitución histórica, funciona en plenitud sólo cuando hay una efectiva libertad de prensa —reiteramos, en la actualidad la palabra prensa, en su sentido más amplio, abarca todos los medios de comunicación— que permite por una parte, que los gobernantes rindan cuenta responsablemente de su gestión y que los gobernados, ante la publicidad de esa rendición de cuentas, controlen. Para efectivizar ese control, la prensa tiene entonces un papel clave. De ahí que para Alberdi, en su revolucionaria definición, está dentro de los poderes no delegados, como también explicamos párrafos arriba.

Después, siete años más tarde, en la Convención Constituyente de 1860 se reforzaría el concepto con el agregado de un nuevo artículo, el 32, que le otorga más fuerza aún a la libertad de prensa y que prepara el camino para que, mirando en perspectiva, la sucesión de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación coloque hoy a nuestro país entre los de avanzada en cuanto a la concreta protección de esta “libertad institucional” (28), base de todas las demás libertades en las sociedades democráticas, abiertas y pluralistas. Porque, en definitiva, la Historia ha demostrado que cuando ella falta, o se la retacea, las restantes comienzan su eclipse, para finalmente desaparecer. Es decir, no hay sociedad libre —y por lo tanto su expresión jurídica, que es el Estado de Derecho— sin prensa libre. ♦

(27) Me remito a las aclaraciones de la nota precedente.

(28) El maestro del Derecho Constitucional sostiene esta expresión en diversas publicaciones de su producción intelectual. Véase, por ejemplo, en su “Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional”, Tomo VI, pág. 506 y sigtes., segunda edición, Editorial Plus Ultra, Bs. As., 1987.

REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCION NACIONAL EN SU 150 ANIVERSARIO

POR GREGORIO BADENI

I. La Constitución Nacional y la fundación de la Nación Argentina

La formulación constitucional de 1853/60 respondió a la doctrina del movimiento constitucionalista, concebido como un "movimiento de verdadera superación humana" (1) en el curso de la historia de la lucha del hombre por su libertad y su dignidad. Respondió a una concepción democrática de la vida social que, tras superar el enfrentamiento que mantuvo con ciertas ideas impregnadas por las formas sociales y políticas totalitarias, otorgó carácter prioritario al reconocimiento y a la protección de la libertad y la dignidad del hombre, forjando un conjunto de técnicas e instrumentos destinados a controlar y evitar el ejercicio abusivo del poder. Respondió a una idea política dominante que se impuso progresivamente, generando un firme proceso de perfeccionamiento social mediante la identificación del pueblo con los valores e ideales de la Constitución Nacional.

Tales valores no se circunscribieron al ámbito individual. Su manifestación se extendió en un marco social, donde la actuación del individuo refleja su natural necesidad de vivir y de convivir. Por tal razón, el individualismo y el carácter absoluto de las libertades, que a veces se le atribuyen a la Constitución, solamente tuvieron vigencia en el

(1) RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, "Significación jurídica y proyección institucional de la declaración de la independencia", p. 103, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1967.

campo de la teoría política como estereotipos utilizados para demostrar la irracionalidad absoluta de las ideas autocráticas. Fueron valores, relativamente generalizados, que nunca se tradujeron en realidades plenarias, aunque disfrutaron de la energía suficiente para impulsar a la sociedad política hacia el logro de un objetivo consubstanciado con la dignidad de la persona humana que, inclusive, posibilitó en su momento la expresión del constitucionalismo social y la inserción, por vía legislativa, de la más amplia gama de fenómenos políticos novedosos y útiles para el progreso democrático del país.

En su concepción filosófica, la Constitución respondió a los factores políticos, sociales, económicos e históricos que generaron el surgimiento de la Nación Argentina, así como también al contenido de la idea política dominante que estuvo presente desde el mismo momento de su fundación. Fue expresión cabal de las necesidades y aspiraciones del país, dentro del marco de sus posibilidades reales.

Ese criterio, aplicado para la formulación de las normas constitucionales, respondió a una metodología que estuvo presente en el informe elaborado, en 1860, por la Comisión de la Convención de la Provincia de Buenos Aires encargada de revisar el texto constitucional de 1853, donde se destacó que "La comisión no ha desconocido, al adoptar esta regla de criterio, que cada pueblo tiene su modo de ser; sus principios fundamentales de gobierno encarnados en sus costumbres, antecedentes históricos, sus instituciones de hecho que no están escritas y que tienen toda la fuerza de la ley aceptada; y por consecuencia, que cada pueblo tiene en sí mismo su Constitución, y que no es posible organizar bien una nación en teoría, prescindiendo totalmente de las leyes del tiempo y del espacio. Pero ha reconocido también, que no obstante estas verdades prácticas, el legislador debe propender a levantar los hechos a la altura de la razón, poniendo a la ley de parte de ésta, en vez de capitular con los hechos que no tienen razón de ser" (2).

Para disipar las dudas sobre la idea política dominante en la Constitución, es útil y necesario el conocimiento de las perspectivas de los hombres que la redactaron, para comprender el significado de los valores y de las instituciones que la integran.

(2) Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires, p. 92, Buenos Aires, 1860.

Esas instituciones fueron elaboradas por hombres que rechazaron la instrumentación de soluciones transitorias; por hombres sumamente idóneos que, con motivo de su intensa actuación política, tenían un cabal conocimiento de la realidad e ideas claras sobre las necesidades del país a los fines de su organización; por hombres que supieron interpretar y plasmar jurídicamente la voluntad del pueblo y el objeto al cual respondió la primera y única fundación de la Nación Argentina.

La redacción de la Ley Fundamental revela que fueron debidamente aplicadas las técnicas más modernas de formulación constitucional (3), en la búsqueda de la perdurabilidad de sus normas que permitiera, dentro de su cauce, el nacimiento y desarrollo de instituciones sociales y políticas que en ese momento no era posible prever. Se consiguió forjar los instrumentos para evitar la inestabilidad política y para que las normas constitucionales no quedaran a la zaga del dinamismo social.

Para consolidar la unidad nacional, el gobierno enérgico fue uno de los principales objetivos de los autores de la Constitución. Otro de sus objetivos fue la instauración de un gobierno con poder limitado, lo cual se tradujo en una fórmula muy sencilla: el gobierno debía ser fuerte para consolidar la unidad nacional y la democracia constitucional, pero esa fuerza jamás debía superar los límites establecidos por el reconocimiento y la vigencia de los derechos del hombre.

Otro de los propósitos fue la creación de un gobierno representativo, un gobierno ejercido por personas idóneas, por personas que supieran superar los intereses sectoriales recogiendo y plasmando en soluciones concretas, basadas sobre el bien común, las inquietudes y demandas de la población.

Los constituyentes querían un gobierno fuerte, un gobierno que respetara los derechos y un gobierno que fuese ampliamente representativo de los ideales que forjaron el surgimiento de la Nación Argentina. Todo ello en un marco racional y realista, que posibilitara la subsistencia del sistema sin necesidad de tener que apartarse del texto constitucional.

(3) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", t. III, ps. 570/605, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1978.

Los fundadores del sistema constitucional no abrigaron la ingenua ilusión de que la Constitución se pudiera defender por sí misma. Las leyes son creadas, cumplidas y violadas por los hombres. Por el contrario, se esmeraron por difundir la educación cívica y crear un conjunto de instituciones básicas, una maquinaria que pese a ser manejada por seres naturalmente imperfectos, egoístas y ambiciosos, pudiera funcionar correctamente para proyectar los intereses generales ligados con el florecimiento cultural, el desarrollo económico y la vigencia de los derechos individuales y sociales.

Esas técnicas reflejaban el pesimismo, o quizás el realismo, sobre la actuación que cabe esperar de los hombres en la vida política. Sin embargo, su aplicación permitió el desenvolvimiento de un sistema vigoroso, lo suficientemente eficaz para asegurar la defensa del país frente a sus enemigos y concretar la estabilidad interna. Esa estabilidad que, si bien no fue su única virtud, permitió la proyección del país en el seno de las naciones del mundo como modelo digno de admiración y de respeto, y que fue la fuente de un legítimo orgullo para varias generaciones de argentinos.

La extensión de los derechos políticos, la demanda de participación política, el requerimiento de responsabilidades en los gobernantes y los gobernados, fueron elementos debidamente valorados por los constituyentes quienes, con agudeza, encontraron las soluciones correctas. De tal modo, y superando el marco jurídico, la Constitución fue concebida como un instrumento de gobierno, como un auténtico símbolo de la nacionalidad y como una garantía eficaz para la dignidad del hombre. Como un modelo de conducta cívica que permitiera consolidar a la comunidad nacional y le sirviera de guía cada vez que, por dolorosas circunstancias, se apartara del recto camino indicado por ella.

Sobre tal base, en el célebre caso "Bressani c. Provincia de Mendoza", la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que "El valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante 40 años sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide enve-

jecer con el cambio de ideas, crecimiento y redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación" (4).

Corresponde destacar que la Constitución Nacional no fue formulada simplemente como un elemento jurídico destinado a establecer un orden y una jerarquía para las normas positivas. Fue concebida, esencialmente, para cristalizar el espíritu nacional y para proyectarlo, sin límites temporales, en un marco permanente de libertad y responsabilidad. Destacando este aspecto, Joaquín V. González señaló que "no debe olvidarse que es la Constitución un legado de sacrificios y de glorias consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir; que ella dio cuerpo y espíritu a nuestra patria hasta entonces informe, y que como se ama a la tierra nativa y el hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y al despotismo" (5), agregando que la Constitución Nacional "es uno de los instrumentos de gobierno más completos, más orgánicos, más jurídicos, sin ser por eso estrecho ni inmóvil, que hayan consumado los legisladores de cualquier país y época" (6). En igual sentido, resaltando la proyección y aplicabilidad de la Ley Fundamental, Linares Quintana expresa que "La Constitución Argentina es una de las más sabias, humanas, prudentes y perfectas constituciones del mundo" (7), manifestación que no es un juicio de valor, sino consecuencia de los profundos estudios e investigaciones que, durante más de 70 años, ha realizado y realiza ese autor sobre la materia constitucional y política.

La Constitución Nacional de 1853/60 fue una síntesis admirable de los objetivos perseguidos con motivo de la fundación de la Nación Argentina, empresa en la cual participaron activamente varias generaciones de argentinos y destacadas personalidades. Mariano Moreno, los integrantes de la generación de 1837, Dorrego, Echeverría, Alberdi, Urquiza, Fray Mamerto Esquiú, Sarmiento, Mitre, Mariano Fra-

(4) La Ley, 6-989.

(5) GONZÁLEZ, Joaquín V., prefacio del "Manual de la Constitución Argentina".

(6) GONZÁLEZ, Joaquín V., "Estudios Constitucionales", t. I, p. 14.

(7) LINARES QUINTANA, Segundo V., "La Nación Argentina hecha ley", p. 43, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1971.

gueiro, Mármol, Juan María Gutiérrez, Gorostiaga, Vélez Sársfield, Carlos Tejedor, Valentín Alsina, Facundo Zuviría, todos ellos y muchos más, en distintos momentos y por diferentes medios, colaboraron en la formación de la Ley Suprema, armonizando los ideales existentes para forjar no una obra teórica emanada de las especulaciones de un gabinete, sino la real expresión de la historia, del sentimiento y de las expectativas de un pueblo.

II. Perdurabilidad, interpretación y adecuación a la realidad

La eficacia de una constitución depende, en gran medida, de su adecuación a la realidad social y política, que le permite perdurar tanto espiritual como materialmente. Una constitución debe procurar ser la exacta manifestación de las necesidades materiales del pueblo y, además, debe satisfacer los valores espirituales de ese pueblo.

Sin embargo, y esto configura una constante en todos los sistemas políticos, por más perfectas que sean sus constituciones, el orden político reproduce sólo parcialmente el modelo escrito en el texto constitucional. La comprobación de este hecho puede ser sorprendente para el ciudadano común, pero se trata de una realidad acreditada por la ciencia política en el marco de todos los sistemas democrático constitucionales.

Ante esta realidad, y con el propósito de lograr una coincidencia absoluta y permanente entre el orden político y el orden constitucional, se acude con frecuencia a un enfoque sociológico según el cual la sociedad tiene su propio ordenamiento normativo, resultante de su comportamiento, y que los hechos consumados, con prescindencia de toda valoración, están por encima del texto de la ley escrita. Esta última se debe limitar a reflejar tales conductas, siendo necesaria su reforma cada vez que se advierta un cambio en el comportamiento social.

Consideramos que este enfoque es erróneo, y que se trata de una consecuencia de los excesos en que ha incurrido el positivismo al relegar la debida consideración que merecen ciertos valores, en particular el de justicia.

En materia constitucional, la comprobación de una relativa o transitoria falta de adecuación entre el orden político y el orden constitu-

cional, no es suficiente para sostener válidamente que una constitución es ineficaz y que debe ser reformada. Las leyes existen, precisamente, para encarrilar la conducta de los hombres sobre la base de valores que superan el marco jurídico y para indicar cuál es el camino del retorno cuando, por diversas circunstancias, se apartan de ellas. Si bien es cierto que la Constitución se debe adecuar al país, y no el país a la Constitución, también es cierto que el texto constitucional se debe elevar superando los vicios generados por las prácticas cotidianas incorrectas e indicando el camino a seguir para el progreso constitucional sobre la base de la idea política dominante en la sociedad.

La obra del constituyente, como toda obra humana, es esencialmente imperfecta. Sólo la soberbia nos puede inducir a creer en la perfección e inmutabilidad permanentes del texto de una ley. Pero también solamente esa soberbia nos puede conducir a la solución contraria creyendo, en abstracto, que a través de la reforma o del cambio de la Constitución, conseguiremos remediar los males que padece una sociedad cuando no hemos agotado, previamente, su estricta interpretación y aplicación para el logro de tal fin. Siempre ha sido más sencillo destruir o reformar a la Constitución que aplicar sus preceptos y bregar por su fiel cumplimiento.

Sobre el particular, Linares Quintana enseñaba, ya hace más de 30 años, que "No obstante la verdadera fiebre del reformismo constitucional que hoy parece manifestarse, la mayoría de los argentinos reconoce la admirable elasticidad de la Constitución Nacional, que le ha permitido adaptarse a las distintas condiciones en el curso de los tiempos sin envejecer" (8). Este autor cita en apoyo de su conclusión la opinión de Oyhanarte, quien ha reconocido que "el Estado de desarrollo ha surgido, entre nosotros, sin reforma de la Ley Suprema que lo consagre, y ello fue posible merced al empleo oportuno y caliente de determinado método de interpretación constitucional" que es el método dinámico basado sobre el artículo 67, inciso 16, de la Constitución, que establece, según Oyhanarte, "la política de prosperidad con clarividencia que sorprende" (9). En igual sentido, con referencia

(8) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas" t. II, p. 677, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1976.

(9) OYHANARTE, Julio, "Poder político y cambio estructural en la Argentina", ps. 21/23, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1969.

al método de interpretación constitucional, Vanossi ha expresado que “la interpretación constitucional es siempre sistemática, lógica y conectada con las consecuencias integrales que la aplicación de la norma conlleva en el ordenamiento general al cual pertenece” (10). A su vez, y con relación al derecho administrativo, Marienhoff destacaba que “Muchos problemas que plantea el derecho administrativo, hallan solución a través de principios contenidos en la Constitución” (11), principios que son los que conforman su esencia y resultan de la interpretación racional y coherente de sus normas.

Si una constitución, como lo hace la Constitución Nacional, se limita a consagrar en principios fundamentales, concisos, genéricos y flexibles los valores de la Nación, previendo su proyección en el tiempo y sin descender en el detalle, configura un grave error creer que la Constitución debe ser reformada para que se ajuste a la realidad del momento, sin que se hubieran agotado las soluciones que ofrece el método de la interpretación dinámica. Es que, como afirmó Mitre en la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires de 1870/73, “una constitución no es un juego de niños, no es una cosa que se puede andar variando todos los días, sin dar tiempo a las instituciones a que echen raíces profundas en la sociedad. Por el contrario, debe dejarse que el tiempo las consagre, las radique y que les dé toda la solidez y responsabilidad que desde el primer día no pueden tener, y que sólo el tiempo y la educación constitucional pueden darles” (12).

La perdurabilidad de una constitución es indispensable para lograr la concreción de su vigencia, y el medio más apropiado para concretar su adecuación al dinamismo de la vida social reside en su interpretación a la luz de los valores y de los principios determinantes de su sanción.

En una síntesis admirable sobre el tema, Alberdi decía que “El principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo

(10) VANOSSI, Jorge R., “Un caso concreto de control constitucional de la razonabilidad en relación con la igualdad ante la ley”, *La Ley*, 1979-B, 274.

(11) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, t. I, p. 207, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977. Este autor cita, a título de ejemplo, la teoría de la imprevisión y el derecho del concesionario para reclamar una indemnización del Estado en ciertos supuestos de revocación de la concesión.

(12) MITRE, Bartolomé, “Arengas”, p. 58.

lo posible sus reformas. Ellas pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis más o menos grave. Ellas son lo que las amputaciones al cuerpo humano; necesarias a veces, pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible o retardarse lo más. La verdadera sanción de las leyes reside en su duración. Remedemos sus defectos, no por la abrogación, sino por la interpretación. Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución" (13).

III. La desconstitucionalización en la Argentina

Con lamentable frecuencia, y para justificar la reforma o el cambio de la Constitución, se ha señalado que las frecuentes rupturas del orden constitucional en la Argentina obedecen a que el texto de la Ley Fundamental ha sido superado por los acontecimientos; que la Constitución ha quedado a la zaga de la realidad política y que su reforma se impone para consolidar la vigencia de la democracia a la luz de una presunta nueva idea política dominante que se habría corporizado en la sociedad argentina.

Quienes han presenciado, total o parcialmente, los fenómenos políticos producidos en el país durante los últimos 50 años, lanzan un interrogante sobre si tuvo o tiene vigencia la Constitución de 1853/60. En esos 50 años, lapso similar al que transcurrió entre los acontecimientos de 1810 y la sanción de la Constitución, se sucedieron gobiernos de jure y de facto; gobiernos que, bajo una fachada constitucional, renegaron de la Ley Fundamental y gobiernos inconstitucionales que se limitaron a respetar los valores históricos de la Constitución tan sólo frente a ciertas libertades civiles y no a las políticas; gobiernos que cumplieron con la Constitución y otros que, habiéndola invocado, la desconocieron en la práctica.

Esta situación de caos e inestabilidad ha deteriorado sensiblemente los valores constitucionales, relegando a un plano secundario la educación cívica y la capacitación del pueblo para la defensa de los principios democráticos generados por el movimiento constitucionalista.

Ha sido una constante en la historia política argentina de las últimas décadas buscar un responsable por las frustraciones y los fracasos experimentados por el pueblo, cuya causa fundamental, entende-

(13) ALBERDI, Juan Bautista, "Bases", p. 193, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1966.

mos, que ha residido en el progresivo estado de incultura cívica y republicana que le fue impuesto a la sociedad. Gran parte de la responsabilidad le ha sido asignada a la Constitución y, con pueril ingenuidad, se le han atribuido a la ley los defectos resultantes de la conducta de los hombres que no supieron -o no quisieron- dar cumplimiento a la letra y al espíritu de la Ley Fundamental. Tal actitud revela una confusión intelectual y una merma en las defensas morales de la ciudadanía para contrarrestar la eventual implantación de concepciones políticas totalmente extrañas para la tradición argentina (14).

Los graves inconvenientes que se han opuesto a la estabilidad y continuidad progresistas proyectadas por los constituyentes de 1853/60, y que desembocaron en un estado casi permanente de ruptura del orden constitucional, fueron generados por la difusión que tuvieron en el país las doctrinas totalitarias que se desarrollaron en Europa durante las últimas décadas del siglo XIX y, particularmente, en el curso del siglo XX (15).

El contenido de tales doctrinas era incompatible con la fundamentación filosófica de la Constitución Nacional que, respondiendo a los lineamientos del movimiento constitucionalista, había sido concebida, precisamente, para enfrentar y superar la expresión de toda especie de idea totalitaria; para resaltar la identificación de la cultura política argentina con las conquistas obtenidas en el curso de la lucha histórica del hombre por la libertad.

Al concluir la Primera Guerra Mundial, pareció que la doctrina personalista del constitucionalismo se había consolidado definitivamente. Esa impresión no sólo estaba avalada por la sanción, en casi todos los

(14) RODRÍGUEZ GALÁN, Alberto, sobre el particular, sostiene: "Con prudencia, que es la más alta virtud de la política, pero con firmeza, analicemos los cambios que la época exige, no sin recordar que nuestra Constitución, perfectible como toda obra humana, es el más acabado proyecto y programa político que tenemos los argentinos. La vigencia de su espíritu y de su letra está librada a la capacitación moral e intelectual con que sepamos elegir a los que nos gobiernen, y a la virtud con que éstos ejerzan el poder que reciban. Porque no debemos olvidar que sin virtud no hay conducta, sin conducta no hay autoridad y sin autoridad no hay gobierno. ("El requisito de la idoneidad para el ejercicio de la función pública representativa", p. 62, Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional, n° 1, Buenos Aires, 1978).

(15) ROSSETTI, Alfredo, "Introducción al estudio de la realidad estatal", p. 265, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1983.

países europeos, de textos constitucionales democráticos, sino también por el deterioro y desprestigio manifiesto de las concepciones totalitarias y absolutistas que se habían desenvuelto hasta ese momento. Sin embargo, en forma simultánea y bajo nuevas modalidades y características, renacieron con singular energía las doctrinas totalitarias transpersonalistas que consideran al hombre no como objeto final de la actividad política, sino simplemente como una herramienta o un instrumento para alcanzar otros fines que son presentados como valores superiores a la dignidad humana. Así, se inició un proceso de desconstitucionalización, con el surgimiento de diversos sistemas autocráticos en varios países europeos, cuyos máximos exponentes se asentaron en Rusia (1918), Italia (1922) y Alemania (1933), y cuya secuela se extendió al continente americano con la aparición de los regímenes neopresidencialistas.

Proyectando la evolución de este proceso a nuestros días, Su Santidad Juan Pablo II destacó que “Ya desde la primera mitad de este siglo, en el período en que se estaban desarrollando varios totalitarismos de estado, los cuales —como es sabido— llevaron a la horrible catástrofe bélica, la Iglesia había delineado claramente su postura frente a estos regímenes que en apariencia actuaban por un bien superior, como es el bien del estado, mientras la historia demostraría en cambio que se trataba solamente del bien de un partido, identificado con el estado. En realidad, aquellos regímenes habían coartado los derechos de los ciudadanos, negándoles el reconocimiento debido de los inviolables derechos del hombre que, hacia la mitad de nuestro siglo, han obtenido su formulación en sede internacional. ... El sentido esencial del estado como comunidad política, consiste en el hecho de que la sociedad y quien la compone, el pueblo, es soberano de su propia suerte. Este sentido no llega a realizarse si, en vez del ejercicio del poder mediante la participación moral de la sociedad o del pueblo, asistimos a la imposición del poder por parte de un grupo o todos los demás miembros de esa sociedad. Estas cosas son esenciales en nuestra época, en que ha crecido enormemente la conciencia social de los hombres y con ella la necesidad de una correcta participación de los ciudadanos en la vida política de la comunidad, teniendo en cuenta las condiciones de cada pueblo y del vigor necesario de la autoridad pública” (16).

(16) Su Santidad Juan Pablo II, “Redemptor hominis”, ps. 58/59, Ed. Paulinas, Buenos Aires, 1979.

Recogiendo la moda política de ese momento, el comunismo, el fascismo, el nacionalismo, con sus variantes vernáculas, se proyectaron doctrinariamente sobre el país como manifestaciones de un paternalismo irracional que desemboca en el culto a la intolerancia, a la violencia, la fuerza y en la supresión de una convivencia democrática. La paulatina absorción de la sociedad por el Estado, la sobreestimación de la política del bienestar, la búsqueda de personalidades dominantes y la relación mística con el líder, fueron claras manifestaciones de la profunda conmoción ideológica producida en el país por la difusión de las nuevas ideas totalitarias.

A medida que se fueron desarrollando tales doctrinas entre los núcleos dirigentes y los grupos políticos (17), la libertad, la igualdad, la dignidad, la vida, la responsabilidad republicana y otros valores trascendentes contenidos en los principios de la Constitución —que no perdieron ese carácter en la prédica teórica— se fueron desdibujando en la práctica, frente al anhelo creciente del hombre por ver materializada su seguridad material y por desligarse de responsabilidades cívicas, transfiriendo a un ente sobrehumano la solución de sus problemas personales (18). Aparentemente, “el individuo hoy espera todo del Estado y por eso mismo está dispuesto a abandonar todo en manos del Estado” (19).

En el curso de esta evolución, la búsqueda de protección y seguridad se tradujo en una despersonalización de la vida y en una actitud de desdén hacia los valores espirituales. Todo ello como consecuencia de una concepción materialista que conduce, necesariamente, a una sobrevaloración del valor seguridad con su secuela inevitable: la cada vez mayor restricción a las libertades públicas y privadas.

(17) El tema supera al objeto de análisis, pero es interesante profundizar la investigación, a través de la aplicación combinada de los enfoques histórico y sociológico, para verificar el grado de influencia que tuvo, a partir de la década del '20 del siglo XX, la difusión de las doctrinas totalitarias europeas sobre el proceso de desconstitucionalización y el pensamiento político en la Argentina.

(18) Sobre el particular, ver BYCHOWSKI, Gustaw, “Dictadores y discípulos”, p. 253, Ed. Mateu, Barcelona, 1947, y LIPSET, Seymour Martin, “El hombre político”, p. 163, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1968.

(19) LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, t. I, p. 352, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1977.

Esa sobrevaloración de la seguridad, los excesos resultantes del colectivismo, del corporativismo y de la planificación, en orden a la supresión, desnaturalización o limitación arbitraria de los derechos y libertades, todo ello realizado con el aparente y loable propósito de proteger al hombre (20), se reflejó en el notable crecimiento experimentado durante las últimas décadas en las actividades gubernamentales. Crecimiento cuyo objetivo reside en acelerar la satisfacción de las demandas sociales con prescindencia de una línea política arquitectónica basada sobre el bien común, y con un costo significativo: el deterioro de la personalidad individual y de la dignidad del hombre como valores básicos del sistema constitucional establecido en 1853/60.

Asimismo, y como corolario de esta expansión totalitaria, nos enfrentamos con un amplio espectro de normas jurídicas destinadas a fortalecer las prerrogativas del Estado en su relación con la sociedad y con los derechos y libertades del hombre, desembocando en una situación de privilegio y abuso del poder que es, precisamente, el núcleo cuya destrucción persiguieron los constituyentes de 1853/60. En cierto modo, la confusión ideológica entre el bien común y el bien del Estado, ha conducido a una paulatina sustitución de los fines personales de la Constitución por objetivos transpersonalistas que no se compadecen con la esencia de aquélla (21).

IV. El snobismo constitucional

El desarrollo de este proceso de desconstitucionalización se ha enfrentado, en los últimos años, con una saludable reacción manifestada tanto en el campo de la filosofía como de la ciencia política.

Se ha advertido que el desarrollo de aquellas concepciones totalitarias genera serios riesgos para la libertad y la dignidad del hombre e, inclusive, para la subsistencia de la democracia constitucional en el

(20) BIDART CAMPOS, Germán, "La recreación del liberalismo", p. 154, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1982.

(21) Las llamadas doctrinas de "la seguridad nacional" y del "Estado de necesidad", que se aplicaron para la solución de problemas de emergencia, prescindiendo de los medios que a tal fin prevé la Constitución Nacional, son una clara expresión de las doctrinas totalitarias.

marco de un Estado moderno (22). Se ha comprendido que es necesario establecer un equilibrio institucional, que permita verificar la vigencia de los postulados constitucionales sin interferir en el desenvolvimiento del Estado impuesto por el progreso tecnológico.

La concreción del equilibrio es propiciada, por algunos, a través de simples soluciones jurídicas que se agotan en su aspecto formal. Así, se propicia la creación de nuevas instituciones constitucionales en vez de eliminar las causas del desequilibrio revitalizando las instituciones existentes con los factores que gravitan sobre el comportamiento de los hombres: el ejemplo público y la educación para la libertad.

Partiendo de este enfoque jurídico formalista, se afirma que los mecanismos constitucionales destinados a dotar de eficiencia a la actividad gubernamental y a la tutela de los derechos individuales y sociales, son insuficientes para que se proyecte en el tiempo el cumplimiento de los fines a que obedeció la creación de la Nación Argentina. Se ha llegado a sostener que el Poder Judicial, el Congreso y los propios organismos administrativos dentro de la estructura actual del Poder Ejecutivo, no ofrecen soluciones satisfactorias para las necesidades modernas. Que es necesario avocarse a la refundación de la República, mediante nuevas instituciones constitucionales que sustituyan o complementen a las existentes.

Sin embargo, son escasas las reflexiones que apuntan a las causas determinantes de esa situación negativa que se pretende remediar, y a las virtudes que, a tal efecto, presenta la actual estructura constitucional argentina (23), cuyo curso de acción no alcanzó todavía la intensidad de desarrollo requerida para el pleno funcionamiento de la Ley Fundamental. Tampoco son frecuentes los estudios de investigación previos, elaborados conforme a los rigurosos lineamientos metodológicos aportados por la ciencia política, que permiten verificar la viabilidad jurídica, sociológica, histórica y política de las nuevas instituciones que se pretenden implantar.

(22) ROSSETTI, Alfredo C., "El problema de la democracia", p. 249, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1976.

(23) LÓPEZ, Mario Justo, "La doctrina de la separación de los poderes a la altura de nuestro tiempo", p. 29, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1981.

Parece que la reforma constitucional, como la forjada en 1994, y cualquiera que sea su contenido, constituye la panacea milagrosa que pondrá fin a los problemas del país. Pero, en el marco de este snobismo constitucional, no se ha tratado de descartar, con fundamento científico, una hipótesis significativa: los riesgos que pesan sobre la dignidad del hombre y el sistema democrático no son imputables a la Ley Fundamental —ni se pueden evitar mediante la creación de nuevas instituciones—, sino a la insuficiente educación y cultura cívica del pueblo, y a la falta de condiciones democráticas mínimas que posibiliten el funcionamiento eficiente e integral de la Constitución. En síntesis, la solución del problema transita por la senda del cumplimiento estricto de la Constitución debidamente interpretada y no por la de su reforma o sustitución.

La lucha social provocada por el intervencionismo estatal y sus implicancias en lo político; la crisis de los principios éticos que provocó el auge del materialismo; el desdén por los valores morales congruentes con la doctrina de que el fin justifica los medios; la centralización y concentración del poder político y económico con su secuela de desnaturalización del federalismo, que es uno de los pilares históricos sobre los cuales se basó la Nación Argentina y una de las técnicas más eficientes para evitar el abuso del poder (24); la exageración del colectivismo y de la planificación con sus consecuentes limitaciones a la libertad; son los frutos que, a lo largo de los últimos 60 años han deteriorado sensiblemente la gravitación que, en su momento, tuvo la Constitución Nacional sobre el pueblo. Con frecuencia se advierte que son muchos los que invocan y proclaman la Constitución, pero son pocos los que conocen su texto y, particularmente, su espíritu y mensaje. La Constitución se presenta como algo lejano e irreal. Como algo que no tiene vigencia efectiva, ya que sus disposiciones suelen ser desconocidas o desvirtuadas por gobernantes y gobernados, que tratan de justificar su acción sobre la base de una interpretación peligrosa y desconcertante de sus cláusulas más elementales, como paso previo, muchas veces, para justificar su reforma.

Mediante una reforma de las instituciones, y en las actuales circunstancias sociales y políticas, jamás se conseguirá mejorar el marco de libertad y progreso para el desarrollo político, social, económico y

(24) LOEWENSTEIN, Karl, "Teoría de la Constitución", p. 354 y ss., Ed. Ariel, Barcelona, 1970.

cultural del país. Para ello, deben cumplirse ciertas condiciones elementales de consenso. Sobre todo, se requiere restablecer una cultura política, una visión del bien común y un sentido elevado de responsabilidad cívica. Es que, cuando el pueblo y sus dirigentes carecen de una firme convicción arraigada en la libertad, la debilidad de la democracia será manifiesta, y su consolidación jamás se conseguirá mediante proclamas, mediante la fuerza o con reformas constitucionales. El artífice de la política global es el hombre, y el contenido y la eficacia de tal política dependerán de su educación. La educación cívica del pueblo, el conocimiento de la Constitución, de sus valores y espíritu, de su razón de ser, del proceso histórico que motivó su sanción, integran la esencia del sistema democrático argentino que establece, como imperativo ineludible, la capacitación de la comunidad para asumir la defensa de la Ley Fundamental, evitando así su reiterada vejación por obra de las doctrinas mesiánicas.

Para sostener la reforma constitucional, tampoco es válido sostener que se ha producido un cambio en la idea política dominante en la sociedad. Las profundas transformaciones que se han operado en el seno de la sociedad argentina, no importan un cambio de la idea política dominante que inspiró a los fundadores de la Nación y que los constituyentes de 1853/60 supieron volcar en el texto de la Ley Fundamental. A lo que sí han conducido esas transformaciones, es a una etapa de confusión. A una etapa donde se advierte un firme retorno hacia los valores democráticos y la búsqueda de un instrumento para afianzar el sistema democrático sin advertir que esa herramienta está al alcance de la mano, reclamando tan sólo su correcta interpretación, su estricto cumplimiento y su conveniente reglamentación.

Aquí sirve recordar las experiencias de 1972 y 1994, cuando se pretendió modificar una realidad angustiosa a través de la reforma de la Constitución Nacional mediante, inclusive, un procedimiento inconstitucional. Esas reformas, en lo que respecta a su contenido, fueron avaladas en su momento por amplios sectores políticos y por juristas prestigiosos. Se acudió, entonces, a la vía más fácil y dañina, a una maniobra sumamente torpe que fue aceptada por grupos políticos representativos. Sin embargo, nada se consiguió. Ni fue mejorada la Constitución, ni se evitaron los males que padeció el país. En vez de bregar por el fiel cumplimiento de la Constitución, reglamentando sus preceptos tal como ella lo impone, por el contrario, se optó por su violación con una serie de enmiendas que, además de no ser cumpli-

das, allanaron el camino para sumergir al país en uno de sus momentos más trágicos y sangrientos. Por eso, cuando hoy escuchamos voces enroladas en las filas de la fiebre reformista, constatamos que es cierto que algunos tienen mala memoria y que se olvidan de que “las fantasías políticas son pecados que no purgan los teorizadores sino los pueblos” (25).

Hoy se reproduce, una vez más, el ciclo calificado como “el snobismo constitucional” (26). Ciclo representado por el afán soberbio de incorporar a la Constitución Nacional las últimas novedades de la ciencia política, sin consultar las características y tradiciones del pueblo donde se aplican —y que son las determinantes de su eventual eficacia— ni las del pueblo al cual se quieren aplicar.

Se trata de esa euforia constituyente que hizo y hace estragos en las constituciones provinciales, imponiendo sus periódicas y constantes reformas para remediar los errores constituyentes del pasado. Se trata de esa moda constituyente que pretende incorporar a la Constitución Nacional las últimas novedades doctrinarias de los regímenes políticos europeos, los principios sociales más avanzados, las declaraciones y afirmaciones más atrevidas que, en la práctica, terminan siendo letra muerta, o asumiendo el rol de una curiosidad jurídica, o sirviendo de excusa para la permanencia en el poder de ciertos dirigentes o grupos políticos. Sin embargo, la historia política nos revela el fracaso de aquellas constituciones cuyos autores, pese a tener un amplio conocimiento de la ciencia política, olvidaron, en la soledad del gabinete de estudio o en la ilusoria cima del saber a la cual conduce la soberbia, que las leyes son hechas para los pueblos y no los pueblos para las leyes, y que los constituyentes no tienen derecho a equivocarse, ya que sus errores serán gravosas cargas en un camino sin retorno hacia nuevos fracasos y frustraciones.

En los momentos que vive el país, para encarar la solución de sus problemas y satisfacer sus necesidades más elevadas, se exige el restablecimiento de los valores y principios de la Constitución mediante el ejemplo resultante de su cumplimiento estricto y difusión. Es nece-

(25) ESTRADA, José Manuel, “La política liberal bajo la tiranía de Rosas”, p. 387.

(26) LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, t. III, p. 586, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1978.

sario difundir su texto, el espíritu y la interpretación de la Constitución —tantas veces invocada y tantas veces violada— para despertar en el pueblo su sentimiento de respeto por la Ley Fundamental como símbolo de la nacionalidad e instrumento de gobierno. Así, Alberdi, tras analizar el proceso político argentino, destacaba la necesidad de preservar la Constitución para conseguir, como primera etapa, la consolidación del sistema político y su estabilidad. Decía: “¿Tiene defectos? ¿Es incompleta? No la reemplacéis por otra nueva; la novedad de la ley es una falta que no se compensa por ninguna perfección; porque la novedad excluye el respeto y la costumbre, y una ley sin estas bases es un pedazo de papel, un trozo literario” (27).

El restablecimiento de las instituciones constitucionales requiere, como primer paso, verificar su acabado funcionamiento. Para ello, es necesario el transcurso de un lapso prudencial que aún no ha concluido. Una de las anomalías más graves del sistema político argentino a partir de 1930 fue ocasionada por las frecuentes rupturas del orden constitucional, que impidieron la puesta en marcha de todos los mecanismos previstos por los constituyentes de 1853/60. La Constitución, al establecer la estructura del sistema gubernamental, ha previsto el funcionamiento coordinado y armónico de los distintos órganos del poder. Pero el funcionamiento a pleno de ese mecanismo necesita del transcurso del tiempo. La renovación periódica y parcial de los gobernantes —con su consecuente equilibrio—, la inmovilidad de los jueces designados por una mayoría gubernamental transitoria, el control recíproco de los órganos para evitar la concentración y el abuso del poder, la manifestación política del principio federal, necesitan de cierta continuidad. Recién entonces se podrán juzgar los presuntos defectos del sistema constitucional, y recién entonces se podrá verificar seriamente si es necesario o no perfeccionar el texto constitucional, y si hay real consenso sobre el particular.

En un proceso de transición democrática como el que estamos experimentando, y de profundos cambios de política económica, resulta prudente adecuarnos a las reglas de juego fundamentales que, hace 150 años, supieron elaborar los constituyentes para organizar el país sobre la base de la libertad. Más aun teniendo en cuenta que la Cons-

(27) ALBERDI, Juan Bautista, “Bases”, cap. XXXIV, p. 194, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1966.

titución, lejos de obstaculizar esos logros, propicia firmemente la vigencia filosófica, política y económica de la libertad como camino idóneo para preservar el progreso y la dignidad del ser humano en el amanecer del siglo XXI.◆

ALTERNATIVAS DE LA ACEFALIA PRESIDENCIAL

POR FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA

Al conmemorarse los ciento cincuenta años de la sanción de nuestra Constitución histórica, nos parece interesante efectuar una reseña de la evolución de las instituciones establecidas en su texto. En este momento habré de referirme a la acefalía presidencial.

Cuadra tener presente que la palabra acefalía no figura en el articulado de la Constitución, pero desde que su uso es repetido y continuado para aludir a la falta del Presidente y del Vicepresidente de la Nación, habremos de seguir esa práctica en aras del mejor entendimiento de la tarea que tenemos en vista.

Es sabido que ya en el art. 72 del texto originario de 1853 se aludía al procedimiento a seguir en casos de falta del Presidente, o del Presidente y Vicepresidente de la Nación: en la primera situación, "el Poder Ejecutivo será ejercido por el Vicepresidente", y en la segunda situación, "el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia, hasta que cese la causa de inhabilidad o un nuevo Presidente sea electo", (este artículo pasó a ser el número 75 en el texto de 1860 —el 76 en el texto de 1949—, y el 88 desde la reforma constitucional de 1994). Es de recordar que en la Constitución de 1826 (art. 72) y en la de 1819 (art. LXI), se haría cargo provisoriamente del Poder Ejecutivo, el Presidente del Senado.

En nuestra opinión, la redacción del art. 75 del texto histórico de 1853/1860 era suficientemente claro y amplio como para abarcar y resolver todas las situaciones posibles, sin otro aditamento o reglamentación. Cabe asimismo recordar que en la Constitución de los

Estados Unidos (artículo II. Sección 1, párr. 5), se establece en primer lugar, que “por falta del Presidente, lo sucede el Vicepresidente, y que en caso de que falten ambos el Congreso puede estipular (*provide*) mediante una ley qué funcionario habrá de tener a su cargo las funciones del Presidente hasta que hayan cesado las causas de inhabilidad o se haya elegido un Presidente”. En virtud de esta norma se sancionaron sucesivamente tres leyes, en 1792, 1886 y 1947, hasta que la Enmienda XXV, aprobada el 10 de febrero de 1967, y que veremos más adelante, vino a resolver la cuestión en forma definitiva mediante una disposición con jerarquía constitucional.

En nuestro país se produjo una situación dramática cuando el 2 de enero de 1868 falleció el Vicepresidente Dr. Marcos Paz, quien estaba a cargo del Poder Ejecutivo en razón de que el Presidente Gral. Bartolomé Mitre se encontraba en el Paraguay al frente del ejército aliado, por la guerra con ese país. Ahora bien, como lo señalaba el Dr. González Calderón (“Derecho Constitucional Argentino - Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución”, Tomo III, pág. 297, Ed. J. Lajouane y Cía., 1923), desde 1866 se debatía en el Congreso la necesidad de sancionar una ley de acefalía, habiéndose discutido y aprobado en el Senado un proyecto en tal sentido presentado por el Senador Joaquín Granel, por el cual “el Vicepresidente 1ero. del Senado ejercería el Poder Ejecutivo Federal en caso de imposibilidad por cualquier causa del Presidente y Vicepresidente, mientras el pueblo nombre al ciudadano que debe ejercerlo, con arreglo a la Constitución”. Un año más tarde, en la sesión del 25 de julio de 1867, fue tratado el asunto en el alto cuerpo legislativo, aprobándose el siguiente proyecto de ley: Artículo 1. En caso de acefalía, por cualquier causa, del Poder Ejecutivo de la Nación, éste será desempeñado por el Presidente Provisorio del Senado o en su defecto por el Presidente de la Cámara de Diputados, y a falta de éstos por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia o el miembro más antiguo de ella”. El 9 de septiembre lo tomó en consideración la Cámara de Diputados, pero fue rechazado por mayoría de cuatro votos, y también lo fue uno que en su reemplazo había presentado la comisión de la Cámara.

Añade el Dr. González Calderón que “el 23 de mayo de 1868, ya ocurrido el caso que planteó la muerte del Dr. Paz, el Senado avocóse nuevamente el estudio de esta materia, y después de un largo debate aprobó el proyecto que es hoy la ley de acefalía del Poder Ejecutivo; la Cámara de Diputados intentó introducirle algunas modificaciones, pero

no pudo, a pesar de apoyarlas con dos tercios de votos, quebrar la unanimidad con que el Senado insistió en su sanción original" (op. cit., p. 297).

Es de tener presente que si bien, como dijimos anteriormente, la redacción del art. 75 del texto histórico de 1853/1860 era suficientemente claro y amplio como para abarcar y resolver todas las situaciones posibles, la circunstancia de que el fallecimiento del Vicepresidente Marcos Paz ocurrió durante el receso del Congreso, producía un problema mayor, pues las dificultades del transporte y de las comunicaciones en 1868 habrían de conducir a una dilatada y peligrosa vacancia del Poder Ejecutivo con el consiguiente caos institucional y político. Por ello entendemos que la ley 252, del 19 de septiembre de 1868, era perfectamente constitucional y que la predeterminación por ley de los funcionarios que habrían de desempeñar transitoriamente la Presidencia, contribuía en forma directa a subsanar ese grave problema. Lo mismo cabe pensar de la predeterminación por ley del orden sucesorio en nuestros días, desde que llenar la vacancia del Poder Ejecutivo por falta del Presidente y del Vicepresidente no admite dilaciones ni demora alguna, en el conflictivo y acelerado mundo moderno.

La ley 252 establecía que en caso de falta del Presidente y del Vicepresidente de la Nación, el Poder Ejecutivo sería desempeñado en primer lugar por el Presidente Provisorio del Senado, en segundo por el Presidente de la Cámara de Diputados, y a falta de éstos, por el Presidente de la Corte Suprema; por su lado el art. 3 disponía que el funcionario llamado a ejercer el Poder Ejecutivo debía convocar al pueblo de la República a nueva elección presidencial dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su instalación en el cargo. Es de observar que esta ley número 252, si bien disponía que la convocatoria a elecciones populares debía efectuarse dentro de los treinta días del comienzo del ejercicio de la Presidencia por el funcionario allí indicado, —lo cual por cierto era acertado—, dejaba sin embargo en indefinición algunos problemas que podrían haberse planteado (como ser, plazo para la realización efectiva de las elecciones o para que el nuevo Presidente electo asuma el cargo).

La ley 252 se mantuvo vigente durante 107 años —hasta 1975—, y tuvo aplicación en dos oportunidades. Éstas fueron en 1962 y en 1973. El Presidente Arturo Frondizi fue depuesto por un golpe militar el 29

de marzo de 1962; el Vicepresidente Alejandro Gómez había renunciado anteriormente, en el año 1958. En tal situación, asumió la Presidencia el Presidente Provisorio del Senado, Dr. José María Guido, quien prestó juramento ante la Corte Suprema de Justicia por aplicación de las normas de la ley 252. Sin embargo este caso no encuadraba exactamente dentro de las prescripciones constitucionales respectivas ni de la ley 252, pues evidentemente la única "*destitución*" allí aludida era la que tuviera lugar como consecuencia de un juicio político. Planteado el problema judicialmente, la Corte Suprema dijo que "la acefalía se configura ante la falta de Presidente y Vicepresidente de la Nación sin que incumba a la Corte Suprema pronunciarse acerca de las causas determinantes de esa falta". (Fallos: 252:177, "Luis María Pitto").

La segunda aplicación de la ley 252 tuvo lugar en 1973, ante las renunciaciones del Presidente y Vicepresidente de la Nación, Dres. Héctor Cámpora y Vicente Solano Lima, asumiendo provisoriamente el Poder Ejecutivo el Presidente de la Cámara de Diputados, Dr. Raúl Lastiri, quien convocó a elecciones. Es de recordar que el Presidente y el Vicepresidente renunciantes habían accedido al poder por aplicación de la reforma al texto de 1853/1860 efectuada por una llamada "Ley declarativa fundamental", y el "Estatuto fundamental", del 24 de agosto de 1972 dictados por el gobierno de facto existente en ese momento.

La ley de acefalía número 252 fue sustituida por la ley N° 20.972, aprobada por ambas Cámaras del Congreso de la Nación el 11 de julio de 1975. El 5 de dicho mes y año el Poder Ejecutivo envió al Senado de la Nación un proyecto de ley reglamentaria del art. 75 de la Constitución Nacional, que derogaba la ley 252. Dicho proyecto fue modificado en el Senado, eliminándose a los "ministros del Poder Ejecutivo" de los funcionarios con aptitud para ocupar la Presidencia e incluyéndose en su reemplazo a los "gobernadores de provincia".

En nuestra opinión, la ley 20.972 adolecía de vicios de constitucionalidad, no compartiendo, en consecuencia, las opiniones favorables a su constitucionalidad emitidas por dos distinguidos constitucionalistas: el Dr. Jorge R. Vanossi, quien sostenía que las leyes 252 y 20.972 eran "perfectamente constitucionales en cuanto significan aplicaciones y reglamentaciones razonables del marco trazado por el art. 75 de la Constitución Nacional" ("Tres cuestiones opinables en torno a la acefalía presidencial", pub. en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, tomo XLII, año 1982, N° 2, pág. 89 y siguientes); y el Dr.

Carlos E. Colautti, quien afirmaba que “los debates sobre la constitucionalidad de las normas que reglamentan la acefalía —tanto en el caso de la ley 252 como en la 20.972—, son meramente académicos. La elección de las opciones legales, dentro del amplio marco que admite el art. 88 (antes art. 75) son privativas del Congreso”, si bien más adelante sostenía que “debemos admitir, no obstante, que la solidez constitucional de la solución de la ley 20.972 es hoy aún más débil, si tenemos en cuenta que la reforma de 1994, al establecer la elección directa, ha suprimido toda intervención del Congreso en la designación del Presidente de la República” (“Datos para una interpretación de la ley de acefalía”, pub. en *La Ley*, 2002-B, 1174).

Cabe tener presente sin embargo, que si bien la discusión hoy (año 2003) de la constitucionalidad de la ley 20.972 es una “tarea académica” desde que ha sido modificada en cinco de sus siete artículos por la ley N° 25.716, cuando se sancionó la ley 20.972 estaban vigentes (aún parcialmente) las reformas introducidas al texto constitucional de 1853/1860 por la llamada “Ley Fundamental” del 24 de agosto de 1972 emanada de un gobierno “de facto”, que establecía la elección directa del Presidente y Vicepresidente de la Nación, sistema por el cual había sido elegida la entonces presidenta.

Nos parece sencillamente insólito que por aplicación de lo que campanudamente disponía el art. 1 “in fine” de la ley 20.972 (que, por otra parte, en lo substancial repite el art. 1 de la actual ley 25.716), en tanto establecía que en caso de acefalía, el Poder Ejecutivo sería desempeñado transitoriamente en primer lugar por el Presidente provisorio del Senado, luego por el Presidente de la Cámara de Diputados y a falta de éstos, por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, “hasta tanto el Congreso reunido en Asamblea haga la elección a que se refiere el art. 75 de la Constitución Nacional”, pudiera entenderse que el Congreso efectuaría dicha elección presidencial.

La única interpretación válida y congruente del art. 75 “in fine” (hoy art. 88 “in fine”) es que cuando la Constitución dice “hasta que un nuevo Presidente sea electo”, no puede sino aludir a un Presidente elegido según la forma y el procedimiento para la elección presidencial que establece el mismo texto (es decir la elección popular indirecta o directa, indicada en los arts. 81 al 85 del texto de 1853/60, o art. 94 y siguientes de la reforma de 1994).

La intervención del Congreso, en el texto de 1853/1860 estaba determinada y concreta: las juntas de electores elegían al Presidente y Vicepresidente, el escrutinio lo efectuaba el Congreso y en caso de que no hubiera mayoría, el Congreso decidía entre los más votados (arts. 81 al 85).

Igualmente el art. 67, inc. 18, de 1853/60 indicaba entre las atribuciones del Congreso, la de admitir o desechar los motivos de dimisión del Presidente o Vicepresidente de la República; y declarar el caso de proceder a nueva elección; hacer el escrutinio y rectificación de ella. En el texto actual del art. 75. Inc. 21, se incluye dicho precepto hasta el punto donde dice "y declarar el caso de proceder a nueva elección", excluyendo la parte final, lo cual es obvio en razón del sistema adoptado ahora de elección directa. De ello nunca se podía deducir que la elección la realizara el Congreso: sólo podía declarar el caso de que se proceda a una nueva elección, pero no realizar la elección por sí mismo. Esta misma tesis es sustentada por el Dr. Marcelo Bazán Lazcano ("La elección del Presidente y del Vicepresidente de la Nación", en La Ley, 2001-E, 1135, y "¿Tiene el Congreso atribuciones electivas?", en "La Ley actualidad", del 22 de octubre de 2002).

De ninguna cláusula de la Constitución resulta que el Congreso tenga la atribución de "elegir" a un Presidente permanente, y las facultades implícitas del art. 75, inc. 32, lo son para "legislar, no para administrar ni juzgar. Esto implica mantener hasta en esta cláusula subsidiaria, férreamente, el principio de división de poderes, fundamento del sistema republicano" (conf. Ekmekdjian, "Tratado de derecho constitucional", t. IV, pág. 687). Como sostenía Agustín de Vedia, "no existe poder alguno que no derive claramente de la Constitución. No se presume la existencia de ningún poder. Es necesario probar que ha sido otorgado y señalar la disposición que expresa o tácitamente lo confiera" ("Constitución Argentina").

Si se entendiera que cuando el art. 75 "in fine" del texto de 1853/60 (art. 88 "in fine" en la reforma de 1994) significara, como lo decía la ley 20.972, art. 1 "in fine" que corresponde hacer al Congreso la "elección", o ahora por la ley 25.716, la "designación" a que se refiere el art. 88 de la Constitución Nacional, ello sería claramente inconstitucional desde que se adjudicaría al Congreso una atribución que no resulta ni expresa ni implícitamente de la Constitución Nacional.

El distinguido constitucionalista Dr. Gregorio Badeni en un trabajo sobre "La invalidez del decreto 1399/02" (publicado en *La Ley*, 2002-F, 1067), así como también lo había sostenido en una comunicación dirigida a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas el 10 de julio de 2002, bajo el título de "Cuestiones constitucionales de una convocatoria electoral anticipada", sostiene que el nombramiento de un Presidente por la Asamblea Legislativa prevista en la ley de acefalía N° 20.972, "...no es provisoria sino definitiva y el mandato de la persona electa se extiende hasta la conclusión del período presidencial en cuyo curso se produjo la acefalía. Tal situación se impone porque, si se pretendiera generar un nuevo período presidencial otorgando un mandato de cuatro años a la persona designada por la Asamblea, se estaría soslayando el principio de la elección popular prevista por los artículos 94 y 98 de la Ley Fundamental. Por el contrario si limitamos el mandato de la persona designada, imponiéndole el deber de convocar a elección de Presidente y Vicepresidente, carecería de sentido racional la modificación introducida en este aspecto a la ley 252".

Por nuestra parte, compartimos sólo parcialmente esta posición doctrinaria. Pues, como lo hemos sostenido anteriormente, entendemos que es de manifiesta inconstitucionalidad que una ley acuerde al Congreso de la Nación una atribución que de ninguna manera resulta del articulado de la Constitución Nacional, pensando en consecuencia que la modificación introducida por la ley 20.972 (y que repite la nueva ley de acefalía 25.716), carecía de sentido racional, por inconstitucional. En tal aspecto compartimos la tesis expuesta por la Dra. Susana Cayuso en su trabajo "La acefalía presidencial" (pub. en columna de opinión, diario *La Ley* del 16 de septiembre de 2002). Por ello entendemos que lo que constitucional y racionalmente corresponde es volver a la ley 252, quizá con algunos ajustes producto de nuestra experiencia política y constitucional.

Una situación inédita se produjo en el año 1989, en razón de las renuncias presentadas por el Dr. Raúl R. Alfonsín y el Dr. Víctor Martínez a sus cargos de Presidente y Vicepresidente de la Nación, respectivamente, motivadas por la grave situación económica-social existente. En tal circunstancia y habiéndose realizado ya las elecciones presidenciales para nombrar a su sucesor, la Asamblea Legislativa entendió que en tal situación correspondía que asuman el poder los candidatos ya electos —los Dres. Carlos S. Menem y Eduardo Duhalde—, quienes juraron sus cargos el 8 de julio de 1989, previa acepta-

ción de las renunciaciones de los Dres. Alfonsín y Martínez. De tal manera se soslayó la aplicación rigurosa de la ley de acefalía entonces vigente, la N° 20.972.

El 20 de diciembre de 2001 presentó la renuncia al cargo de Presidente de la Nación el Dr. Fernando de la Rúa; el Vicepresidente, Dr. Carlos Álvarez había renunciado un año antes. En tal situación se reunió la Asamblea Legislativa el 23 de diciembre presidida por el Presidente Provisorio del Senado de la Nación, en cumplimiento de las normas de la ley de acefalía y se resolvió designar Presidente Provisorio al entonces Gobernador de San Luis, Dr. Adolfo Rodríguez Saa, con mandato hasta el 5 de abril de 2002, momento en que debería asumir el Gobierno el candidato que resultara vencedor en las elecciones presidenciales previstas para el 3 de marzo de 2002. Pero al perder apoyo político, el Dr. Rodríguez Saa debió renunciar el 30 de diciembre de 2001. Ante ello, se reunió nuevamente la Asamblea Legislativa y designó Presidente al Senador Nacional, Dr. Eduardo Duhalde, el 1° de enero de 2002, con cargo de completar el período presidencial dejado trunco por el Dr. De la Rúa, o sea hasta el 10 de diciembre de 2003. Por ello entendemos que el Dr. Duhalde inviste el carácter de Presidente *Provisorio* de la Nación Argentina, y no el de Presidente de la Nación Argentina, como figura en los documentos oficiales. La legitimidad de origen de un Presidente de la Nación lo da la elección popular prevista en el texto constitucional.

Ante la decisión del Dr. Duhalde de convocar a elecciones populares para la elección del Presidente y Vicepresidente, se dictó el decreto de fecha 5 de agosto de 2002, N° 1399/02 por el cual resuelve hacer efectiva en forma indeclinable la presentación de su renuncia al cargo y convocar a elecciones anticipadas para el 30 de marzo y 27 de abril de 2003. Estas fechas fueron modificadas por la ley N° 25.684 del 28 de noviembre de 2002 (B.O. del 3 de enero de 2003), fijándose el día 27 de abril de 2003 para dicha elección y el 18 de mayo para una eventual segunda vuelta. Asimismo la Cámara de Diputados aceptó el 28 de noviembre de 2002 la renuncia anticipada de Duhalde, al 25 de mayo de 2003, como anteriormente lo había dispuesto el Senado.

Es de tener presente que la ley 25.684 fija las fechas del 27 de abril y 18 de mayo de 2003 para la elección del Presidente y del Vicepresidente de la Nación, "por el período 10 de diciembre de 2003 - 10 de diciembre de 2007", sobre la base de lo que determina la ley de acefa-

lía 25.716 en su art. 4. "En caso de existir Presidente y Vicepresidente de la Nación electos, éstos asumirán los cargos acéfalos". Por una razón de orden práctico, cabe aceptar la pertinencia de dicha disposición, pues habiendo un Presidente constitucional elegido por el pueblo, carecería de sentido racional un Presidente Provisorio. Pero dicho Presidente elegido por el pueblo debe terminar su mandato de manera inexorable el 25 de mayo de 2007, por aplicación del art. 91 de la Constitución Nacional, así como por las consideraciones que efectuaremos más adelante.

Por otro lado, el Dr. Carlos María Bidegain, en su "Curso de derecho constitucional - El Gobierno Federal", tomo IV, págs. 36/37, señala que a la Asamblea Legislativa —reunión conjunta de ambas Cámaras—, compete la "consideración de la renuncia del Presidente o del Vicepresidente (art. 75, inc. 21, Const. Nac.); en esta ocasión la Asamblea se pronuncia también por la admisión o rechazo de los motivos de la dimisión y declara el caso de proceder a una nueva elección". Al parecer no fue ese el procedimiento que se siguió para la aceptación de la renuncia de Duhalde, pues la Cámara de Diputados aprobó dicha renuncia anticipada el 28 de noviembre de 2002, "como lo había hecho el Senado la semana última" (conf. diario La Nación del viernes 29 de noviembre de 2002, págs. 1 y 6). De tal manera se quebró una práctica, que si bien había sido objeto de una polémica el 22 de junio de 1867, se mantenía desde entonces (conf. Ricardo Gil Lavedra "El Congreso y la sucesión presidencial" publ. en el diario La Nación del miércoles 5 de julio de 1989).

La situación que se plantea por la presentación y consiguiente aceptación de la renuncia anticipada del Presidente por parte del Congreso, ha dado lugar a comentarios críticos por parte de la doctrina especializada. Así se ha dicho que desde que Duhalde fue nombrado por la Asamblea Legislativa hasta la finalización del período presidencial en que se produjo la vacante (es decir, hasta el 10 de diciembre de 2003), la renuncia anticipada de Duhalde trae como consecuencia que la Asamblea Legislativa deba designar otro Presidente Interino hasta la fecha indicada del 10 de diciembre de 2003. Desde que el Dr. Fernando de la Rúa había asumido la Presidencia el 10 de diciembre de 1999, su período se extendía hasta el 10 de diciembre de 2003 (art. 90 de la Const. Nac.).

Sin embargo, desde que ambas Cámaras del Congreso aceptaron la renuncia de Duhalde al 25 de mayo de 2003 (art. 75, inc. 21, Const.

Nac.) y por ley 25.684 se aprobó la realización de elecciones el 27 de abril de 2003, podría entenderse que los obstáculos constitucionales quedan superados en ese aspecto. Pero falta señalar que el art. 95 de la Constitución Nacional establece que la elección presidencial “se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del *mandato* del Presidente en ejercicio”. Aquí cabe diferenciar entre *mandato* y *período presidencial*, como lo hace el Dr. Badeni (op. cit. “Cuestiones constitucionales de una convocatoria electoral anticipada”, p. 16), quien sostiene que el *mandato* es “La representación política asignada a la persona electa para que ejerza la Presidencia de la Nación ... Si el Presidente renuncia, fallece o es separado definitivamente de su cargo, se extingue su mandato aunque no hubiera concluido el período presidencial... de cuatro años que establece el art. 90 de la ley fundamental”. En tal línea de interpretación es evidente que la nueva elección presidencial nunca hubiera podido realizarse dos meses antes de la aceptación de su renuncia, fecha en que termina su “mandato”. ¿Será que el art. 95 de la Constitución Nacional debiera decir que la elección de un nuevo Presidente debe efectuarse dentro de los dos meses anteriores a la finalización de su *período* presidencial? ¿O será que el texto constitucional confunde o no distingue entre “mandato” o “período presidencial”?

González Calderón sostenía (op. cit., ps. 315/317), que “...al prescribir la Constitución el intervalo de un período para la reelección, su propósito es que transcurran seis años completos; en otras palabras que el período de intervalo sea siempre un lapso de seis años... En cualquier tiempo que sea elegida una fórmula presidencial, lo es por seis años; en otras palabras no se eligen Presidente y Vice para completar un período truncado por acefalía total del Ejecutivo”, agregando en la nota 55 de la pág. 315, que “...para la Constitución es *período* el lapso de tiempo que ella establece para la duración del Presidente en su cargo... de modo que un interinato no es un período presidencial, lo repito una vez más, pues un período son seis años”.

Podría decirse entonces que el “mandato” de Duhalde terminará el 25 de mayo de 2003, fecha de aceptación de su renuncia, y en tal orden de consideraciones, la fecha fijada del 27 de abril para la realización de las elecciones concuerda con el plazo máximo de dos meses determinados por el art. 95 de la Constitución Nacional.

Creemos interesante hacer una brevísima reseña de las fechas fijadas por la legislación de nuestro país como comienzo de los períodos

presidenciales, las que por cierto se han caracterizado por una marcada volatilidad, conforme con los cambiantes intereses y situaciones políticas del momento, reconociendo expresamente que durante el lapso que transcurrió entre las primeras presidencias históricas a partir de Mitre hasta el año 1930, se mantuvo la fecha del 12 de octubre, es decir durante un período de 66 años (de 1862 hasta 1928). Así, asumieron en la fecha del 12 de octubre los Presidentes Mitre (1862-1868), Sarmiento (1868-1874), Avellaneda (1874-1880), Roca (1880-1886), Juárez Celman - Pellegrini (1886-1892), Saenz Peña - Uriburu (1892-1898), Roca (1898-1904), Quintana - Figueroa Alcorta (1904-1910), Saenz Peña - De la Plaza (1910-1916), Yrigoyen (1916-1922), Alvear (1922-1928), y por último Yrigoyen (1928-1930). Aclaro que los Vicepresidentes que asumieron por fallecimiento o renuncia de los Presidentes, también habían asumido sus cargos originarios en la fecha del 12 de octubre de los años correspondientes.

En razón de las numerosas interrupciones constitucionales que tuvieron lugar a partir de 1930 cambiaron sustancialmente las fechas de inicio de los períodos presidenciales. Así Justo asumió el 20 de febrero de 1932 y Ortiz en igual fecha de 1938; Perón el 4 de junio de 1946 y en igual fecha de 1952; Frondizi el 1º de mayo de 1958; Illia el 12 de octubre de 1963; Cámpora el 25 de mayo de 1973; Perón el 12 de octubre de 1973; Alfonsín el 10 de diciembre de 1983; Menem el 8 de julio de 1989 y en la misma fecha de 1995; De la Rúa el 10 de diciembre de 1999.

En los Estados Unidos, el inicio de los períodos presidenciales se había fijado en la fecha del 4 de marzo de los años correspondientes, en virtud de una ley del año 1792, que así lo había determinado. Como George Washington había asumido y jurado su cargo el 30 de abril, su primer período presidencial se vio disminuido en casi dos meses (ver Corwin, "La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual", p. 201, Ed. Fraterna, 1987). Esa fecha se mantuvo durante más de 140 años, hasta que por la Enmienda XX, aprobada el 23 de enero de 1933, se dispuso que "los períodos del Presidente y Vicepresidente terminarán al mediodía del 20 de enero... oportunidad en que comenzarán los períodos de sus sucesores". Corwin (op. cit.) agrega que el primer período presidencial de Franklin D. Roosevelt se vio también reducido por aplicación de dicha Enmienda constitucional. Lo que cuadra destacar es que en los Estados Unidos la iniciación de los períodos presidenciales tiene consagración constitucional expresa desde hace 70 años.

El 28 de noviembre de 2002 fue aprobada por ambas Cámaras del Congreso la nueva ley de acefalía que lleva el N° 25.716 (B.O. del 8 de enero de 2003). Esta ley modifica los artículos 1, 2, 3, 4 y 6 de la anterior ley de acefalía N° 20.972, manteniendo así los arts. 5 y 7: el art. 5 dispone que “cuando la vacancia sea transitoria el Poder Ejecutivo será desempeñado por los funcionarios indicados en el artículo 1 y en ese orden, hasta que reasuma el titular”; el artículo 7 derogaba la ley 252.

En nuestra opinión, la ley 25.716 es pasible de las mismas tachas constitucionales de la ley 20.972, solo que ahora agravadas. Resulta pueril (por no decir hipócrita) que en los arts. 1, 2 y 3 se reemplace la palabra “elección” de la ley 20.972 por la palabra “designación” y en el art. 4 se reemplace la palabra “elección” de la ley 20.972 por la palabra “determinación”, cuando la estructura ambigua y el uso indeterminado e incierto de las palabras usadas puede conducir a pensar que se refieren al Presidente “electo” según la parte final del artículo 88 de la Constitución Nacional.

Aparte de ello, es totalmente objetable constitucionalmente que en el art. 4 de la nueva ley se incluya una cláusula por la cual “el tiempo transcurrido desde la asunción prevista en este artículo hasta la iniciación del periodo para el que hayan sido electos, no será considerado a los efectos de la prohibición prevista en el último párrafo del art. 90 de la Constitución Nacional”. Claramente la Constitución determina en el art. 90 “in fine” que el Presidente y Vicepresidente, “si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser *elegidos* para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período”. O sea que lo que establece el texto no es que en la situación descrita no pueden volver a asumir el cargo sino con el intervalo de un período, desde que el artículo va más allá al disponer que ni siquiera pueden ser elegidos sino con intervalo de un período. Igualmente el art. 91 de la Const. Nac. es suficientemente claro al establecer que “el Presidente de la Nación cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se lo complete más tarde”.

Cabe tener en cuenta que en una situación análoga, se subsanó el problema al incluir la Disposición Transitoria Décima en el articulado de la Constitución reformada: “el mandato del Presidente de la Nación que asuma su cargo el 8 de julio de 1995 se extinguirá el 10 de diciembre de 1999”. Esta cláusula ya cumplió su papel en la circuns-

tancia a que estuvo destinada y no puede ahora ser interpretada extensivamente para abarcar casos futuros. Por ello, entendemos que la disposición de la ley 25.716 en tal sentido excede el marco de interpretación constitucional posible, desde que el espíritu del art. 91 es claro en fijar el límite estricto de cuatro años para la duración del período presidencial, sin que "evento alguno" pueda ser motivo para un alargamiento del plazo.

Ahora bien, el art. 75 del texto de 1853/60 (hoy art. 88) establece en su primer párrafo la situación de falta del Presidente de la Nación y en su segundo párrafo los casos en que falten simultáneamente el Presidente y el Vicepresidente. Podemos preguntarnos: y en las situaciones en que falte solamente el Vicepresidente, sea por destitución, muerte, renuncia o inhabilidad, ¿cuál es la solución a adoptar?

En la historia institucional y política de nuestro país, desde el año 1853 han sido numerosos los casos en que la Vicepresidencia de la Nación quedó vacante, sea por renuncia o por fallecimiento del Presidente, lo que motivó la asunción de la Presidencia por parte del Vicepresidente, sin que se llenara el cargo que dejaba vacante; también hubo casos en que el Vicepresidente falleció o presentó su renuncia sin que el cargo fuese ocupado por un nuevo Vicepresidente.

Podemos citar entre otros casos, el del Vicepresidente Marcos Paz que falleció en 1868; por renuncia de Juárez Celman asumió el Vicepresidente Carlos Pellegrini, quien gobernó sin Vicepresidente (1890-1892); por renuncia de Luis Saenz Peña asumió el Vicepresidente José Evaristo Uriburu (1895); por fallecimiento de Manuel Quintana asumió el Vicepresidente Figueroa Alcorta (1906); por muerte de Roque Saenz Peña asumió el Vicepresidente Victorino de la Plaza (1914); por muerte de Ortiz asumió el Vicepresidente Ramón Castillo (1942); por muerte de Perón asumió María Estela Martínez (1974).

Asimismo como dijimos hubo casos del fallecimiento del Vicepresidente: Pelagio Luna, Vicepresidente de Yrigoyen, falleció en 1919; o casos de renuncia del Vicepresidente: el Dr. Alejandro Gómez, Vicepresidente de Frondizi, dejó el cargo en 1958; Eduardo Duhalde, Vicepresidente de Menem, renunció en 1991; Carlos Álvarez, Vicepresidente de la Rúa, renunció en el 2000. En ninguno de esos casos la Vicepresidencia fue cubierta, quedando vacante dicho cargo.

Hubo un solo caso en que la vacancia del Vicepresidente fue llenada mediante la convocatoria a una nueva elección: el Vicepresidente Quijano falleció el 3 de abril de 1952 en ejercicio del cargo y antes de asumir por un nuevo período. En esa situación se llamó a elecciones en 1954, siendo elegido Teisaire durante la vigencia de la Constitución de 1949 que, si bien establecía la elección directa, también fijaba en seis años el período correspondiente al Presidente y Vicepresidente. Por ello pensamos que dicha elección no era procedente.

Es cierto que se puede citar un antecedente anterior en el tiempo. En 1928 Francisco Beiró había sido nombrado para ejercer el cargo de Vicepresidente por parte de los colegios electorales, acompañando a Hipólito Yrigoyen en su segunda presidencia. Beiró falleció el 22 de julio de ese año, o sea antes de asumir el cargo previsto para el próximo 12 de octubre. Reunidos nuevamente los colegios electorales designaron Presidente a Enrique Martínez. Este procedimiento produjo encendidas polémicas y críticas en su momento, pues los colegios electorales habían terminado su misión con anterioridad, y además ¿qué seguridad habría de que los nuevos colegios electorales tuvieran integración idéntica a los anteriores?

Esa falta de interés en llenar la vacancia de la Vicepresidencia obedece, por una parte a que importante doctrina constitucionalista le ha quitado entidad a las funciones que le corresponden (que son dos, indicados en los arts. 57, 58 y 88 de la Constitución Nacional: presidir el Senado sin voto, salvo empate, y reemplazar al Presidente en caso de vacancia transitoria o definitiva de éste.), por lo que ha sido catalogado como un "funcionario de reserva" aunque reconociéndole la "gran jerarquía" que supone presidir el Senado de la Nación (conf. Miguel A. Ekmekdjian, "Tratado de Derecho Constitucional", tomo IV, p. 279, Ed. Depalma, 1997). Cabe asimismo recordar que "Sarmiento no se cansaba de hacerle saber a Adolfo Alsina que la función vicepresidencial era la de tocar la campanilla en el Senado" (conf. Francisco de Durañona y Vedia, "Mi tribuna con la historia - Algunas respuestas jurídicas a circunstancias políticas", p. 174, Ed. Abaco, 1997).

Sin embargo, nosotros opinamos que siendo el Vicepresidente de la Nación un funcionario establecido por el texto constitucional desde 1853 hasta la actualidad, dicho cargo no puede ni debe quedar vacante. Así, parte de la doctrina ha reivindicado el papel del Vicepresidente, desde González Calderón (op. cit., ps. 286/288), hasta Roberto

García Martínez, "La Vicepresidencia de la República" (La Ley, 145-802), y del mismo, "Las funciones del Vicepresidente de la República" (La Ley, 1985-C, 897); Jesús Abad Hernando, "El Vicepresidente de la Nación" (La Ley, 1989-A, 976), etc.

Pero igualmente pensamos que en el caso de vacancia de la Vicepresidencia, ésta no puede ser llenada por elecciones populares, desde que el Vicepresidente es elegido por cuatro años (art. 90, Const. Nac.). En tal orden de pensamiento, Bidegain (op. cit., p. 244) afirmaba que "en caso de falta del Vicepresidente por cualquiera de las causales de cesación o por haber asumido en forma definitiva la Presidencia, no corresponde la convocatoria a elecciones para designarle un reemplazante, disponiendo el art. 58 de la Const. Nac., que el Senado designará un Presidente Provisional que lo presida en tal caso. Por otra parte dicha convocatoria no se compaginaría con el principio de elección simultánea de ambos funcionarios (arts. 94/98, Const. Nac.), ni con el de duración de cuatro años del cargo (arts. 90 y 91, Const. Nac.)". Puede asimismo, confrontarse de Marcelo Bazán Lascano, "En torno a la propuesta de sustitución electoral del Vicepresidente de la Nación", pub. en La Ley, 1992-D, 1027.

Otras opiniones en este tema específico piensan que el Presidente Provisorio del Senado deberá asumir la Vicepresidencia de la Nación (Gerardo Raúl Mosquera en "La Sucesión del Vicepresidente", pub. en La Ley, actualidad, del martes 15 de octubre de 1991), y Carlos M. A. Mosca, en "Controversias sobre un cargo vacante", pub. en La Ley Actualidad del jueves 26 de marzo de 1992, de conformidad con un proyecto presentado en la Cámara de Diputados que establecía que en caso de muerte, destitución o renuncia del Vicepresidente, la Asamblea Legislativa "elegirá al funcionario que concluirá el mandato", designación ésta que debería recaer en un Senador Nacional; Diputado Nacional o Gobernador de Provincia.

Por nuestra parte, pensamos que es mucho más efectivo, práctico y directo adoptar un procedimiento como el que existe en este punto en los Estados Unidos, si bien señalando que ello habría de hacer imprescindible una reforma de la Constitución, como por otra parte se hizo en los Estados Unidos. Allí, por la Enmienda XXV, aprobada el 10 de febrero de 1967 se dispone en la sección 2, que "Cuando estuviere vacante el cargo de Vicepresidente, el Presidente nombrará un Vicepresidente, previa confirmación por el voto de la mayoría de ambas

Cámaras del Congreso”, asegurándose de tal modo la unidad política del Poder Ejecutivo. La primera ocasión en que “se hizo uso de la sección 2 de la Enmienda XXV, fue cuando el Vicepresidente Spiro Agnew renunció a su cargo el 10 de octubre de 1973; dos días después Nixon nominó a Gerald Ford como su reemplazante, y al renunciar Nixon el 9 de agosto de 1974, Ford se convirtió en el Presidente, proponiendo a Nelson Rockefeller para llenar la vacante en el segundo cargo del Ejecutivo” (conf. Mario Daniel Montoya, “El Vicepresidente de los Estados Unidos - Su acceso a la Presidencia y reemplazo en caso de vacancia”, pub. en *La Ley*, 1991-D, 1301). De tal manera entre el 9 de agosto de 1974 y el 20 de enero de 1977 (fecha de asunción del Presidente Carter), en los Estados Unidos, tanto el Presidente de la Nación como el Vicepresidente no habían sido elegidos por el voto del pueblo, no obstante que la situación fue perfectamente constitucional.

En nuestra opinión, como corolario de todo lo expuesto aquí anteriormente, habría que volver a la vieja ley 252, añadiéndose al texto, como lo proponía Jorge R. Vanossi (conf. diario *La Nación* del 3 de octubre de 1987), que el acto electoral para elegir nuevo Presidente de la Nación, se deba realizar dentro del término perentorio de 90 días a partir de la convocatoria, siendo éste un deber del Presidente provisional del Senado, o en su defecto, del Presidente de la Cámara de Diputados. ♦

DOS REVOLUCIONES QUE HAN HECHO HISTORIA

(UN ESTUDIO SOBRE LA INFLUENCIA DE LAS
REVOLUCIONES NORTEAMERICANA Y FRANCESA EN EL
DESARROLLO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL)

POR ALBERTO B. BIANCHI

*It was the best of times, it was the worst of times
it was the age of wisdom, it was the age of foolishness,
it was the epoch of belief, it was the epoch of incredulity,
it was the season of Light, it was the season of Darkness,
it was the spring of hope, it was the winter of despair,
we had everything before us, we had nothing before us,
we were all going direct to Heaven, we were all going the other way.*
Charles Dickens, A Tale of two Cities.

SUMARIO: I. A modo de presentación. A) La Revolución en Norteamérica. II. Vida constitucional en las colonias inglesas en Norteamérica. III. Hacia la revolución. IV. Los congresos preconstitucionales. V. Las primeras constituciones estatales. El *Bill of Rights* de Virginia. VI. La Declaración de la Independencia. VII. Los Artículos de Confederación y Unión Perpetua. VIII. Nacimiento de la Constitución de los Estados Unidos: la Convención Constituyente de 1787. IX. La batalla por la ratificación y la defensa de la nueva Constitución. X. Incorporación del *Bill of Rights*. B) La Revolución Francesa. XI. Las instituciones políticas antes de la Revolución. XII. La cuestión económica. XIII. La revolución de las ideas. XIV. La Revolución en marcha. De los Estados Generales a la Asamblea Nacional. XV. Obra constitucional de la Asamblea Nacional. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. XVI. La efímera monarquía constitucional de 1791. XVII. La Primera República. XVIII. El Comité de Salvación Pública. El Terror. XIX. El Directorio. La Constitución del Año III (1795). XX. Conclusiones.

I. A modo de presentación

a. Una aclaración inicial

Cuando el señor Director del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, doctor Jorge

R. Vanossi, nos invitó a participar en este libro de homenaje al Sesquicentenario de la Constitución de 1853, me encontraba escribiendo este trabajo el cual es continuación de uno anterior publicado hace unos meses (1). Mi primer impulso, entonces, fue dejarlo de lado por un momento, para preparar una contribución directamente relacionada con esta efemérides. Sin embargo, luego pensé que un estudio sobre la influencia de las revoluciones norteamericana y francesa en el desarrollo del Derecho Constitucional, está directamente vinculado con la Constitución argentina de 1853, la cual fue escrita por un grupo de ciudadanos que arrastraban una buena dosis de influencia francesa en su cultura, pero que al momento de escribir la Constitución viraron hacia los Estados Unidos.

Por tal motivo el lector no encontrará aquí (y asumo mi omisión) una referencia directa a la historia, principios o articulado de la Constitución de 1853, el cual sí está presente en los restantes trabajos que conforman este volumen, pero hallará, en cambio, un resumen de los acontecimientos históricos que dieron origen a las dos revoluciones que más han influido en la vida constitucional argentina y de las cuales, sin dudas es tributaria la Constitución de 1853.

Finalmente, no quiero cerrar esta introducción, sin agradecer públicamente al doctor Jorge R. Vanossi esta invitación a participar en un trabajo colectivo en el cual están congregados muchos de los representantes más encumbrados de nuestro derecho constitucional y administrativo.

b. Tres revoluciones constitucionales

En el transcurso de los cien años que van desde 1688 hasta 1789 nació el derecho constitucional a impulsos de tres revoluciones: la inglesa de 1688, la norteamericana de 1776 y la francesa de 1789. Las dos primeras fueron exitosas y permitieron dar comienzo a una tradición jurídico-política ininterrumpida en los siglos posteriores, cuando fecundaron las instituciones nacidas embrionariamente en el medioevo inglés. La tercera, pese a sus nobles ideales, fracasó en los hechos y desembocó en el Terror, devorando a los propios revolucionarios.

(1) BIANCHI, Alberto B., "Orígenes históricos del Derecho constitucional. (Un estudio sobre la formación de la constitución inglesa)", Revista RAP, Año XXV, Nro. 289, p. 71, octubre de 2002.

rios. Sus principios tardarían más de cincuenta años en hacerse presentes y serían necesarias dos revoluciones más —las de 1830 y la de 1848— para dar comienzo a la estabilidad institucional que Francia ha alcanzado desde la Quinta República. No obstante ello, la gesta de 1789 constituye un hito fundamental en el desarrollo del Derecho Constitucional. De la primera revolución me he ocupado ya en un trabajo anterior (2), y de las dos restantes me ocuparé aquí, como modesta contribución a la difusión de la enseñanza sobre estos tres acontecimientos centrales en el mundo jurídico-político.

A) LA REVOLUCIÓN EN NORTEAMÉRICA

II. Vida constitucional en las colonias inglesas en Norteamérica

a. Primeros asentamientos

Este primer punto tiene como objeto describir el surgimiento del derecho constitucional en los Estados Unidos y el centro de esta cuestión, sin dudas, es la Declaración de la Independencia, la sanción de la Constitución en 1787 y la incorporación de las primeras diez enmiendas en 1791, conocidas como el *Bill of Rights*, nombre que recuerda su antecedente inglés de 1689. Pero no es menos cierto que antes de llegar hasta la convención constituyente de Philadelphia, los norteamericanos recorrieron un proceso que históricamente se inicia en 1496 cuando Enrique VII les otorgó al marino veneciano Giovanni Gaboto (3) y a sus tres hijos (4) una carta encomendándoles emprender un viaje a las tierras descubiertas por Colón, encontrar nuevos territorios y tomar posesión de ellos en nombre de la Corona inglesa (5). Gaboto cumplió su cometido y luego de haber descubier-

(2) Trabajo citado en nota anterior.

(3) En los textos ingleses figura como John Cabot.

(4) Uno de ellos, Sebastián (1476-1557), también fue un conocido marino y explorador que realizó numerosos viajes a América comisionado por Enrique VIII de Inglaterra y luego por la corona española.

(5) La Carta otorgada a Gaboto y todos los documentos de este período están recopilados en: *The Federal and State Constitutions Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America* (Compiled and Edited Under the Act of Congress of June 30, 1906 by

to las islas de Newfound Land y de Saint John (actual territorio de Terranova en Canadá) navegó hacia el sur llegando hasta el Golfo de Méjico, tomando posesión de todos esos territorios en nombre de Inglaterra (6). Comenzaba así la vida colonial inglesa en Norteamérica, cuya muy apretada e imperfecta síntesis trataré de abordar en los párrafos siguientes (7).

Noventa años después del viaje de Gaboto, la reina Isabel I le otorgó en 1584 a sir Walter Raleigh, una patente para formar un establecimiento en las tierras descubiertas por aquél. Estos territorios fueron denominados Virginia en homenaje a la ostentada condición de la reina. Poco después en 1606, Jacobo I concedió a un grupo de súbditos una nueva carta para tomar posesión de "aquella parte de América comúnmente llamada Virginia" (8), lo que dio lugar al establecimiento sucesivo de dos compañías coloniales, la de Virginia al sur, y la de Plymouth al norte. La Carta de Virginia fue modificada luego en 1609 y 1611 y en 1621 la autoridad colonial dictó una Ordenanza estableciendo dos consejos y una asamblea general para el gobierno de la

Francis Newton Thorpe) Washington, DC: Government Printing Office, 1909. La Universidad de Yale ha hecho una versión electrónica de ellos que puede consultarse en el sitio de la Universidad dentro del llamado Avalon Project.

(6) Existe una disputa entre anglosajones y franceses, ya que éstos sostienen que las tierras de América del Norte fueron exploradas por otro marino italiano, el florentino Giovanni da Verrazano, por encomienda de Francisco I de Francia. Parecería que Verrazano hacia 1524 había sido comisionado por un grupo de banqueros para encontrar un paso hacia la China y emprendió viaje en el buque francés La Dauphine, llegando hasta las costas de New York.

(7) Un estudio de la historia de cada una de las colonias puede verse en los Comentarios de Story a la Constitución. STORY, Joseph: *Commentaries on the Constitution of the United States; With a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States, before the Adoption of the Constitution*, Hilliard, Gray and Co., Boston, 1833 (3 vol.).

(8) "JAMES, by the Grace of God, King of England, Scotland, France and Ireland, Defender of the Faith, &c. WHEREAS our loving and well-disposed Subjects, Sir Thorn as Gales, and Sir George Somers, Knights, Richard Hackluit, Clerk, Prebendary of Westminster, and Edward-Maria Wingfield, Thomas Hanharm and Raleigh Gilbert, Esqrs. William Parker, and George Popham, Gentlemen, and divers others of our loving Subjects, have been humble Suitors unto us, that We would vouchsafe unto them our Licence, to make Habitation, Plantation, and to deduce a colony of sundry of our People into that part of America commonly called VIRGINIA...".

Colonia (9). La de Plymouth obtuvo una carta de Jacobo I en 1620. Sus territorios bajo el gobierno de Oliver Cromwell fueron designados como New England y sería en ellos donde se establecerían ese mismo años los Padres Peregrinos.

b. El Pacto del Mayflower (Mayflower Compact) de 1620

Hacia 1620 la política religiosa implementada por Jacobo I, era completamente hostil hacia los puritanos. Su brazo ejecutor era William Laud, Arzobispo de Canterbury, encargado de controlar las reuniones, lugares de oración y sermones de aquellos. Como consecuencia de esto algunos miembros de la secta puritana decidieron emprender viaje hacia América lejos de todo tipo de persecución u hostilidad (10). El 16 de septiembre de 1620 el grupo de los llamados Padres Peregrinos (*Pilgrim Fathers*) zarpó del puerto de Plymouth a bordo del Mayflower, con intención de establecerse en Virginia donde habían obtenido licencia para su asentamiento (11).

(9) "An Ordinance and Constitution of the Treasurer, Council, and Company in England, for a Council of State and General Assembly".

(10) Según dice André Maurios, la política de Laud hacia los puritanos fue la causa directa del viaje de los Padres Peregrinos, quien traza un buen perfil de su personalidad autoritaria en materia religiosa. MAURIOS, André: *A History of England*, Jonathan Cape, London, 1937, p. 286.

(11) Pertenecientes a una congregación separatista refugiada en Leiden, los Padres Peregrinos decidieron emprender una nueva vida en las colonias inglesas. Gracias a la política liberal de la Compañía de Virginia obtuvieron la licencia para fundar una "plantación particular", con el derecho de establecerse donde lo eligieran dentro del vasto territorio de esa compañía y gozar de su propia forma de gobierno. Trataron de establecerse cerca del límite septentrional del territorio de la compañía, alrededor de la desembocadura del río Hudson. Si hubiesen logrado su objetivo habrían hecho un pacto civil después de instalarse, como lo prueba la carta de despedida del pastor de Leiden, reverendo John Robinson, quien, suponiendo que constituirían una "comunidad civil", les aconseja elegir con cautela a sus gobernantes. Sin embargo, el *Mayflower* zarpó ya entrado el año y tardó tanto tiempo en la travesía que el 10 de noviembre de 1620, cuando enfrentó vientos en contra mientras navegaba al sur de Cape Cod, los viajeros decidieron doblar el cabo y anclar donde ahora se conoce como puerto Provincetown con el fin de "buscar un lugar para habitar". Esta decisión violó la licencia, ya que ahora se hallaban bajo la jurisdicción de la Compañía de Virginia del Norte, por entonces reorganizada como Consejo de New England. Al mismo tiempo, algunos de los "advenedizos" que habían conseguido pasaje en el *Mayflower* a instancias de los mercaderes londinenses que financiaban esta aventura, "consideraban [...] que cuando tocaran tierra, aquéllos harían uso de su libertad, pues nadie tendría el poder de gobernarlos, ya que la licencia era para Virginia". William Bradford, historiador y por 31 años goberna-

Luego de algunas vicisitudes climáticas que les impusieron una alteración en su destino final, el 11 de noviembre de 1620 llegaron a lo que luego sería New England, cerca de lo que es hoy Cape Code (Massachusetts), y allí redactaron y firmaron el llamado Pacto del Mayflower, considerado por algunos como la primera constitución escrita de América, que sometía a los pasajeros a un cuerpo político civil y que tenía la facultad de elaborar y promulgar leyes, a las que se someterían todos los colonos. Este pacto estableció el principio básico del gobierno de la mayoría, que perduró en la colonia de Plymouth hasta su absorción en 1691 por la Compañía de la Bahía de Massachusetts. Puede ser considerado como el documento inicial de la historia constitucional de los Estados Unidos. Si bien esta última comienza más de un siglo después, con las primeras declaraciones de derechos de las colonias, y se materializa definitivamente con la Constitución de 1787, no es menos cierto que este acuerdo muestra la determinación de un reducido grupo de emigrantes ingleses por vivir bajo el imperio de una ley basada en el consenso popular y por establecer su propio gobierno civil.

El texto del Pacto muestra un evidente sentido contractualista de la fundación del gobierno: “...*Los suscritos, súbditos leales a nuestro au-*

dor de la colonia de Plymouth, sostiene que las amenazas de los “advenedizos” de hacer lo que les viniese en gana al desembarcar fueron una de las causas de que el pacto se redactara con urgencia y se terminara antes de llegar a tierra. La otra razón que el historiador esgrime resulta incluso más significativa: una “combinación” —como él la llama— entre ellos mismos “podía ser tan sólida como cualquier licencia y en cierto sentido más segura”. En otras palabras, un pacto libremente acordado sería un fundamento más firme que una licencia de una compañía, que podía ser revocada. Los pactos eclesiásticos o convenios, como entonces se les denominaba, eran frecuentes entre los puritanos ingleses y los presbiterianos escoceses. Cuando un grupo de hombres y de mujeres decidía dejar su parroquia y establecer una nueva, redactaban un convenio en el que se comprometían a vivir con amor y caridad, a conducirse según el Nuevo Testamento, a apoyar económicamente a su Iglesia, así como a obedecer a las autoridades religiosas que eligiesen. Cada adulto que fuera aceptado como miembro de la Iglesia debía “hacer suyo [firmar] el convenio”. En virtud de sus constantes viajes, los Padres Peregrinos debieron firmarlo en tres ocasiones, ya que para ellos era natural hacer lo mismo con propósitos civiles cuando se encontraban fuera de cualquier jurisdicción reconocida. Los 41 suscriptos en el Pacto del Mayflower incluían a cada jefe de familia, a cada adulto soltero —sin exceptuar a los que habían amenazado con causar problemas—, así como a la mayoría de los sirvientes. Los únicos varones que no firmaron fueron los menores de edad y dos marineros que se vieron obligados a esperar un año. Vid. MORISON, Samuel Eliot: *El Pacto del Mayflower* en: Compendio Histórico de los Estados Unidos, recopilado por Daniel Boorstin, versión española del Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 15.

gusto soberano Jacobo ... Habiendo emprendido ... un viaje para fundar la primera colonia en el norte de Virginia, por la presente ... uno por uno pactamos y nos reunimos en un cuerpo civil y político, para nuestro mejor orden, conservación y apoyo de los propósitos antes mencionados; y en virtud de lo cual se promulguen, establezcan y ejecuten todas las leyes, ordenanzas, decretos, constituciones, disposiciones, justas y equitativas que, oportunamente, se estimen como más satisfactorias y convenientes para el bienestar general de la Colonia, y a las cuales prometemos la debida sumisión y obediencia..." (12).

c. Aspectos del gobierno colonial

A diferencia de las colonias españolas en América, que tuvieron gobiernos centralizados y fuertemente ligados a la metrópoli, sus equivalentes inglesas no estaban sujetas a un estatuto único para su gobierno y políticamente no estuvieron controladas tan de cerca por la Corona. Inglaterra estaba más interesada en el control comercial e impositivo de los productos que exportaban antes que en el del gobierno cotidiano de las colonias. De hecho algunas tuvieron sus propias asambleas legislativas, bien que todas sus autoridades estaban sujetas, teóricamente, al Rey y al Parlamento. Dentro del variado mosaico institucional que presenta el ordenamiento colonial inglés, una de las características comunes más nítidas es la base contractual de la relación entre el gobierno y habitantes, muy diferente por cierto de la estructura reglamentaria de la sociedad colonial española. Podría decirse que las colonias surgieron y se fueron desarrollando políticamente tal como Locke describe la formación del estado y del gobierno en su Segundo Tratado. Una segunda característica, derivada de la esca-

(12) El texto completo en inglés dice: "*In the name of God, amen. We, whose names are underwritten, the Loyal Subjects of our dread Sovereign Lord King James, by the Grace of God, of Great Britain, France, and Ireland, King, Defender of the Faith, &c. Having undertaken for the Glory of God, and Advancement of the Christian Faith, and the Honour of our King and Country, a Voyage to plant the first Colony in the northern Parts of Virginia; Do by these Presents, solemnly and mutually, in the Presence of God and one another, covenant and combine ourselves together into a civil Body Politick, for our better Ordering and Preservation, and Furtherance of the Ends aforesaid: And by Virtue hereof do enact, constitute, and frame, such just and equal Laws, Ordinances, Acts, Constitutions, and Officers, from time to time, as shall be thought most meet and convenient for the general Good of the Colony; unto which we promise all due Submission and Obedience. IN WITNESS whereof we have hereunto subscribed our names at Cape-Cod the eleventh of November, in the Reign of our Sovereign Lord King James, of England, France, and Ireland, the eighteenth, and of Scotland the fifty-fourth, Anno Domini; 1620*".

sa relación política entre metrópoli y colonias, fue el crecimiento del sentido popular del gobierno. Aun cuando la participación de la población en actos electorales era baja, medida en estándares actuales, el régimen colonial tenía una base democrática.

Históricamente, como vimos, las colonias nacen con los primeros asentamientos, que fueron seguidos por una constante oleada de nuevas migraciones de colonos producida a lo largo del siglo XVII, no sólo al continente sino también a los territorios insulares (13). Esta población se engrosaba también con los crecientes contingentes de esclavos negros que llegaban a América del Norte, habiendo sido Carolina la primer colonia en importarlos a gran escala (14). En un comienzo las interferencias entre el gobierno central y estos primeros pobladores fueron escasas. Las sucesivas crisis de los dos primeros reyes Estuardo y luego la Guerra Civil, impidieron que pudiera prestárseles demasiada atención a las colonias las que hasta la restauración monárquica en 1660 florecieron pacíficamente al amparo de sus cartas fundacionales. Durante este período fueron otorgadas, entre otras, la Carta de la Bahía de Massachusetts (1629); la de Maryland (1632); las concesiones particulares otorgadas en New Hampshire (1629 y 1632) y las concesiones de Maine (1622 y 1639). Incluso en este período tuvieron lugar acuerdos libremente celebrados entre los habitantes de las colonias con el objeto de establecer reglas de gobierno. Puede mencionarse por ejemplo, las llamadas *Fundamental Orders*, también llamado Constitución Original de la colonia de New Haven suscripto en enero de 1639, lo que permite advertir la existencia de la raíz contractual del gobierno en estos asentamientos originales. Este documento otorgado diecinueve años después del desembarco de los Padres Peregrinos posee las bases de una rudimentaria constitución, donde se prevé la realización de dos asambleas anuales, y la elección en ellas de un Gobernador (15).

(13) Según datos proporcionados por Paul Johnson, entre 1612 y 1646 arribaron a las islas caribeñas aproximadamente 40.000 ingleses, siendo Barbados la que mayor concentración poblacional logró por aquella época. JOHNSON, Paul: *A History of the American People*, Harper Collins, 1997, p. 62. En adelante: JOHNSON, A History.

(14) El gran incremento se produjo a lo largo del siglo XVIII. En 1714 había menos de 60.000 esclavos, que aumentaron a 78.000 en 1727, a 263.000 en 1754 y a 697.000 en 1790. JOHNSON, A History, ps. 74 y 77.

(15) "...there shall be yearly two General Assemblies or Courts, the one the second Thursday in April, the other the second Thursday in September following; the first shall be

La primera manifestación de autoridad parlamentaria, en el orden comercial, tuvo lugar en 1651 cuando fue sancionada la Ley de Navegación (*Navigation Act*) que obligaba a que los productos exportados por las colonias debían embarcarse en buques de bandera inglesa, con tripulación inglesa y no podían tocar ningún puerto sin haber desembarcado primero en Inglaterra. Luego, con la restauración de la monarquía en 1660 comienza un período de mayor preocupación de la corona inglesa por sus territorios americanos y se produce la fundación de las llamadas provincias reales. Si bien fue continuada la práctica de otorgar cartas (16), New Hampshire y Massachusetts pasaron a ser provincias reales bajo el reinado de Carlos II. En 1684 Jacobo II decretó la unificación de las colonias de, New Jersey y New England en una única provincia real, el dominio de New England y en 1685 New York fue convertida en provincia también. Luego de la Gloriosa Revolución de 1688 se produjo un nuevo cambio. Hasta ese momento las colonias veían en el Parlamento inglés un aliado en sus luchas contra la Corona, pero al crecer el Parlamento en importancia luego de la Revolución, éste se tornó en enemigo de las colonias pues sus leyes comenzaron a oprimirlas económicamente.

No es fácil como puede verse diseñar un modelo único de gobierno colonial pues no lo hubo exactamente. En primer lugar las cartas otorgadas para el establecimiento de las colonias fueron de diverso tipo. Las hubo privadas como la otorgada a William Penn, que dio origen a Pennsylvania, o la de Cecil, Lord Baltimore, que originó la colonia de Maryland; otras cartas fueron otorgadas a compañías como en el caso de Virginia, o New York, que se originó en una carta otorgada inicialmente por Holanda a la Dutch West India Company. No obstante en todas ellas se distingue una autoridad ejecutiva que puede haber sido designada por el rey o bien por el propietario de la colonia. También

called the Court of Election, wherein shall be yearly chosen from time to time, so many Magistrates and other public Officers as shall be found requisite: Whereof one to be chosen Governor for the year ensuing and until another be chosen, and no other Magistrate to be chosen for more than one year: provided always there be six chosen besides the Governor, which being chosen and sworn according to an Oath recorded for that purpose, shall have the power to administer justice according to the Laws here established, and for want thereof, according to the Rule of the Word of God; which choice shall be made by all that are admitted freemen and have taken the Oath of Fidelity, and do cohabit within this Jurisdiction".

(16) Tal por ejemplo la de Connecticut de 1662, y la de Carolina de 1665.

se destaca una asamblea legislativa, que en algunas ocasiones designa a la autoridad ejecutiva y tiene autoridad en materias que hoy llamaríamos municipales, pero es el parlamento inglés el que ejerce autoridad en cuestiones impositivas y de regulación del comercio internacional, y tal como veremos enseguida fue lo que en definitiva desencadenó la Guerra de la Independencia. Por último cada colonia tiene sus tribunales propios aunque estaba prevista una apelación final ante el Privy Council, que fue empleada en pocas ocasiones dado el dispendio de tiempo y dinero que ello implicaba, pero permitió no obstante desarrollar la idea del control judicial por un tribunal superior, que luego influiría en la idea de la supremacía constitucional en la medida en que el Privy Council, como tribunal superior podía controlar la legalidad de la legislación colonial (17). El Privy Council, ejercía además un control de naturaleza administrativa de la legislación colonial a través del llamado *Committee on Trade and Plantations* (Comisión del Comercio y las Plantaciones) (18).

d. La libertad religiosa

Al igual que en la organización política, la diversidad religiosa fue una característica del período anterior a la independencia, donde en cada colonia predominaba un culto, en muchos casos excluyente de los otros. La multiplicidad de variantes que las colonias ofrecían en este terreno, tiene explicación también en los variados fines que impulsaban a los colonos hacia América. Para algunos era simplemente una empresa comercial, una oportunidad para hacer fortuna, para otros era la ocasión para huir de la persecución religiosa, y otros en fin, pretendían una vida mejor y con más libertades. En Virginia la religión oficial era la anglicana pues así lo ordenaba la carta otorgada por la reina Isabel I a Sir Walter Raleigh, lo que derivó en cierta intolerancia religiosa hacia otros grupos tales como los cuáqueros que debieron emigrar, al igual que los católicos. Maryland por el contrario, practicaba la tolerancia religiosa, con preeminencia del catolicismo. Había sido fundada por George Calvert, primer Lord Baltimore, católico expulsado de Virginia y el nombre de la colonia se debía a la reina

(17) Sobre la labor del Privy Council en este terreno véase: *History of the Supreme Court of the United States, Vol. I Antecedents and Beginnings to 1801*, by Julius GOEBEL jr., Macmillan Publishing Co., New York, 1971, ps. 73-95. En adelante: GOEBEL, *History*.

(18) GOEBEL, *History*, ps. 60-65.

Henriette Marie, esposa católica de Carlos I (19). Por lo demás en Maryland había sido en 1649 una ley de tolerancia religiosa (*Maryland Toleration Act*) a impulsos de Cecilius Calvert hijo del fundador de la colonia. Los puritanos que huían de la persecución de Jacobo I y desembarcaron forzosamente en New England impusieron su religión en la colonia, pero olvidaron pronto su condición de refugiados religiosos e impusieron rápidamente una dura política hacia los disidentes, en el intento por mantener lo que para ellos era la verdadera religión. También en Massachusetts el puritanismo fue la religión oficial. En Carolina la religión oficial era la Anglicana pero había tolerancia religiosa, en Pennsylvania fundada por cuáqueros que huían de Virginia también se respetó la libertad religiosa, lo mismo que en Rhode Island y en Georgia, última de las colonias en ser fundada (20).

e. La libertad de expresión

La lucha por la libertad de expresión en las colonias norteamericanas, no fue tan sangrienta como en la madre patria, pero exhibe de todos modos algunos casos dignos de mención. Básicamente, la legislación inglesa represiva de la imprenta fue aplicada en las colonias con similar rigor, de modo que los súbditos ingleses en América fueron testigos también del encarcelamiento de sus editores y de la quema de los libros aparecidos sin licencia previa (21). Por aquel entonces era común que las legislaturas popularmente elegidas dictaran normas por medio de las cuales se imponían penas draconianas a través de procedimientos sumarios a quienes publicaran críticas en su contra. Las autoridades del estado de Massachusetts designaron censores en 1662 y en 1690 Benjamin Harris hizo aparecer la primera edi-

(19) Era hija del rey Enrique IV de Francia.

(20) La fundación de Georgia se debe a James Oglethorpe un rico filántropo y miembro del Parlamento. Oglethorpe quien se hallaba interesado en la reforma del sistema carcelario, estaba preocupado por las pésimas condiciones de vida que sufrían los detenidos por pequeñas deudas. Como medio de ayudarlos en 1732 obtuvo una carta del rey Jorge II para establecer una colonia y se trasladó con ellos hacia América. Pero inmediatamente comenzaron a afluir hacia el nuevo asentamiento contingentes de todo tipo y raza, lo que impidió que los propósitos originales de Oglethorpe, de instalar un mundo regido por la ley y la justicia, se vieran cumplidos, pues rápidamente comenzó el contrabando de esclavos y la corrupción. JONSHON, A History, p. 89.

(21) CARTER, T. Barton; FRANKLIN, Marc A.; and WRIGHT, Jay B.: *The First Amendment and the Fourth State*, 6th ed., The Foundation Press, New York, 1994, p. 27.

ción del que sería el primer diario de las colonias denominado *Public Occurrences* (Acontecimientos Públicos), cuya segunda edición fue prohibida. En 1704 aparecía el segundo periódico, *Boston Newsletter*, cuya primera edición informaba a sus lectores que era publicado sin autorización.

El sistema de la licencia, desaparecido en Inglaterra en 1695, sobrevivió en las colonias treinta años más. Su declinación comenzó a principios de la década de 1720 cuando James Franklin (hermano de Benjamin) fue incriminado por desobedecer la orden de obtener licencia para la publicación de su *New England Courant*. En 1721 Benjamin Franklin publicó en su *Pennsylvania Gazette* algunos ensayos publicados por dos periodistas liberales de Londres —que escribían bajo el seudónimo de Cato— en los que se exaltaba la libertad de expresión calificándosela como el “derecho de todo hombre extendido hasta donde no dañe o controle los derechos de otro; y éste es el único freno o límite que debe sufrir”. Se afirmaba asimismo que la libertad de expresión y el gobierno libre fructifican juntos o se hunden juntos: en aquellos desdichados países en donde el hombre no es dueño de su lengua, prácticamente puede decir que nada posee ... la libertad de expresión es tanto el síntoma como el efecto del buen gobierno”.

En este ambiente en el que se comenzaba a respirar el oxígeno cívico de la libertad de expresión, tuvo lugar en 1734 el caso Zenger, probablemente el más importante para la libertad de expresión en todo el período colonial (22). El caso tuvo lugar como consecuencia de una disputa política entre el Gobernador de New York, William Cosby, un individuo codicioso y autócrata, y James Alexander, un abogado perteneciente a la facción de Lewis Morrison. Alexander escribió anónimamente unos artículos criticando a Cosby en el *New York Weekly Journal* de propiedad de Zenger. La ira de Cosby se dirigió contra el propietario del diario y luego de fracasar en su intento de someterlo a un gran jurado, logró detenerlo bajo la acusación de sedición, planteada ante los tribunales del estado. Zenger —al no poder hacer frente a la elevada fianza que se le impuso— estuvo detenido durante ocho

(22) El relato de este caso figura en general en todos los trabajos que tratan sobre la libertad de expresión, entre ellos: CARTER, *The First Amendment*, ps. 27/28; NELSON, Harold L.; TEETER, Dwight L.; LE DUC, Don R.: *Law of Mass Communications, Freedom and Control of Print and Broadcast Media*, 6th ed., The Foundation Press, New York, 1989, ps. 24/26.

meses mientras Alexander mantenía el diario en actividad y preparaba la campaña en contra del Gobernador. Al mismo tiempo, como abogado, asumió la defensa del editor detenido, pero una artimaña de Cosby se lo impidió ya que el juez De Lancey —Presidente de la Corte del estado designado por Cosby— lo expulsó del colegio de abogados. Alexander entonces le encomendó a Andrew Hamilton, uno de los mejores abogados de Philadelphia, que tomara a su cargo la defensa de Zenger.

Desde el punto de vista procesal, el principal problema de aquella consistía en que, según los principios del *common law*, la mera publicación de los artículos lo hacía culpable con indiferencia de la verdad contenida en los mismos. De todos modos, los jueces desde 1670 no podían influir en la decisión de los jurados y éstos se mostraban favorables a la libertad del editor. El argumento central de la defensa elaborada por Hamilton fue la necesidad de preservar la libertad de publicar la verdad. Sin embargo se vio forzado a cambiar de estrategia pues el Tribunal le impidió desarrollar este análisis. Hamilton entonces se refirió directamente a la importancia que para la libertad de los individuos tiene criticar al gobierno y obtuvo la absolución de sus defendido (23).

En los años que precedieron a la Guerra de la Independencia la libertad de expresión enfrentó un nuevo desafío que provino no tanto del gobierno como de las facciones políticas en pugna. Los diarios patriotas eran ardientes defensores de la causa de la independencia.

(23) Dijo: "Quien daña y oprime al pueblo bajo su administración lo obliga a quejarse y reclamar para tornar luego ese reclamo en el fundamento de una nueva opresión y enjuiciamiento. Desearía poder decir que no hay casos de esta naturaleza ... esta cuestión traída ante la Corte y ante ustedes señores del jurado, no es de poca importancia; no es la causa de un pobre editor o del estado de New York solamente la que ustedes están juzgando. No! Por sus consecuencias, ella puede afectar a todo hombre libre que vive bajo el gobierno británico en la mayor parte de América. Es la mejor causa; es la causa de la libertad; y no tengo dudas de que vuestra recta conducta en este día les dará el derecho a la estima no solo de sus conciudadanos sino a la de todo hombre que prefiere la libertad a una vida en esclavitud, los bendecirá y honrará como aquellos que frustraron los intentos de la tiranía y que mediante un veredicto imparcial e incorrupto han asegurado los fundamentos para ustedes, para vuestra posteridad y para sus semejantes, de que la naturaleza y las leyes de nuestro país nos han dado un derecho —la libertad— tanto de desenmascarar como de oponernos al poder arbitrario en esta parte del mundo al menos, diciendo y escribiendo la verdad". Párrafo traducido de la transcripción parcial que efectúan. NELSON, *Law of Mass Communications*, ps. 25/26.

Sostenían que la libre expresión era un derecho natural y lo ejercieron vigorosamente durante lo que se conoció como el período de la Prensa Partisana (24). Paralelamente los diarios conservadores, favorables a la Corona, fueron perseguidos y sus propietarios sufrieron el ataque de turbas violentas que destruyeron sus equipos con el propósito de escuchar solamente la voz de la revolución. Luego de finalizada la Guerra de la Independencia, floreció un gran número de periódicos ya que publicarlos no era técnicamente difícil; el problema, en todo caso, era su sostenimiento económico. Cualquiera que tuviese una imprenta podía, teóricamente, publicar su propio diario. Así, en la década de 1780, nacieron aproximadamente sesenta nuevos diarios cuyo número se incrementó a cuatrocientos cincuenta en la década siguiente. El contenido de ellos de todos modos no era sustantivo. En general estaban al servicio de los partidos políticos y lo que antes de la guerra revolucionaria había sido la lucha entre patriotas y realistas se transformó luego de aquella en la disputa entre Federalistas (partidarios de la Constitución) y Republicanos (opositores a la Constitución). Ambos partidos poseían órganos de prensa que los apoyaban apasionadamente (25).

III. Hacia la revolución

a. Los factores económicos. El mercantilismo británico

Los historiadores coinciden en señalar que las restricciones económicas impuestas por el mercantilismo británico fueron uno de los principales factores que desencadenaron la Guerra de la Independencia en los Estados Unidos. El mercantilismo fue el arma económica de los recientes estados nacionales en los siglos XVII y XVIII. Perseguía como objetivo principal, la autosuficiencia económica y la prosperidad para el Estado el cual a los efectos comerciales era concebido como un individuo, por lo que resultaba particularmente importante la obtención de un balance favorable de intercambio comercial, ya que si se exportaban más mercaderías de las que fuesen importadas, más

(24) CARTER, *The First Amendment*, p. 28.

(25) Los Federalistas fundaron en 1789 en New York un diario llamado *Gazette of the United States*, bajo la dirección de John Fenno y los republicanos en 1791 —luego de la separación entre Hamilton y Jefferson— establecieron el *National Gazette* en Filadelfia editada por Philip Freneau. CARTER, *The First Amendment*, p. 28.

aumentaba el poder económico de la nación. Al igual que Inglaterra, las otras potencias europeas también deseaban un balance favorable en el intercambio con sus colonias de modo que éstas eran empleadas por las metrópolis para producir las materias primas esenciales a bajo costo y proporcionar un mercado ilimitado que absorbiese el sobrante de productos manufacturados, ofreciendo nula competencia económica (26).

(26) El mercantilismo no fue en realidad una doctrina formalmente expuesta por un grupo de teóricos, sino en todo caso un conjunto de prácticas y creencias, entre las que cabe destacar la idea de que era preferible exportar a terceros que importar bienes o comerciar dentro del propio país, la convicción de que la riqueza de una nación depende sobre todo de la acumulación de oro y plata y el supuesto de que la intervención pública de la economía es justificada si está dirigida a lograr los objetivos anteriores. El mercantilismo se desarrolla a partir de la unificación y consolidación de los Estados nacionales. Su marco fue la revolución comercial de esa época, centrada en la transición de las economías locales a las nacionales, del feudalismo al capitalismo mercantil, del comercio exterior rudimentario al comercio internacional extensivo. Los descubrimientos de ultramar a finales del siglo XV y la apertura de las minas de plata americanas durante el siglo XVI, no solamente estimularon el comercio exterior, sino que también provocaron un abundante flujo de metal susceptible de utilizarse como moneda que alentó el desarrollo de una economía basada en el dinero y los precios. El uso intensivo del dinero, la expansión del comercio, la revolución en la producción agraria, y el declive de la producción de subsistencia, apresuraron el debilitamiento de la autoridad de la Iglesia y de la ley canónica y aceleraron el crecimiento de la empresa privada y la aparición del capitalismo mercantil como fuerza dominante de la economía. Estos cambios políticos y económicos se expresaron en el mercantilismo. El deseo de un Estado-nación fuerte, también yacía detrás del énfasis sobre el tesoro, así como en la acumulación de metales preciosos, entonces considerados, generalmente, como la forma más deseable de riqueza; también se creía deseable, tanto como fuerza de poder como estímulo al comercio. A causa de que los países no productores de metales preciosos, únicamente podían aumentar sus *stocks* de estos metales mediante un excedente continuo de exportaciones sobre las importaciones, los problemas del comercio exterior y, en particular, los de la balanza de pagos, se consideraron muy importantes en los escritos mercantilistas. Una fuerte autoridad central se consideraba como algo esencial para la expansión de los mercados y la protección de los intereses comerciales. Se consideraba los intereses del individuo como subordinados al Estado. De acuerdo con este principio, se aceptó y alentó la regulación del interés y los salarios, la ordenación de la industria por medio de la concesión de privilegios de monopolio y el empleo de medidas proteccionistas y restricciones generales sobre las actividades de los individuos. Se fomentó el crecimiento de las industrias porque permitían a los gobiernos obtener ingresos mediante el cobro de impuestos que a su vez les permitían costear los gastos militares. Así mismo la explotación de las colonias era un método considerado legítimo para obtener metales preciosos y materias primas para sus industrias. El mercantilismo tuvo gran éxito al estimular el crecimiento de la industria, pero también provocó fuertes reacciones en contra de sus postulados. El más célebre y clásico ha sido el de Adam Smith *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of*

Para librarse de la dependencia de los países que le proveían de materias primas, el Parlamento sancionó diversas leyes de navegación en los siglos XVII y XVIII en las cuales se estableció un listado de artículos de primera necesidad, tales como el azúcar, el tabaco, el índigo etc., que los colonos deberían exportar solamente a Inglaterra, donde los derechos de exportación, tasas de embarque y movimiento de la mercadería, hacían que el transporte de las mismas resultara sumamente costoso. Incluso en 1672 este impuesto fue extendido al comercio intercolonial. Ya mencioné anteriormente que esta política comenzó en 1651 con la primera Ley de Navegación sancionada durante el gobierno de Cromwell, la que fue seguida por otra de 1660. Dichos productos al ser exportados debían pagar un fuerte arancel. Para completar este panorama, la incipiente competencia que ofrecían las industrias coloniales fue coartada o eliminada por medio de leyes que restringieron el comercio de la lana (27) (1699), de los sombreros (28) (1732) y del hierro (29) (1750).

Cierto es que el mercantilismo también beneficiaba a las colonias pues algunos productos, el índigo por ejemplo, se vendían a buen precio y en otros se le aseguraba al productor americano el monopolio del mercado inglés, tal el caso del tabaco. No obstante ello el bienestar económico de las colonias estaba en manos de quienes tomaban las decisiones en Londres. En vísperas de la revolución, Thomas Jefferson estimaba que por lo menos la mitad de los plantadores de tabaco de Maryland y Virginia estaban en manos de sus acreedores británicos, sin esperanza alguna de cancelar sus deudas. Esta penurias eran mitigadas con el contrabando y otras formas de evasión impositiva, las que durante el período de la guerra franco-india finalizada en 1763, surtieron efecto en la medida en que los británicos estaban ocupados en su lucha imperial con Francia. Por lo demás, duran-

Nations (Una Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones), publicado en 1776. Véase: SCHUMPETER, Joseph, A.: *Historia del Análisis Económico*, Ariel, Barcelona, 1971, Parte II, Caps. 5-7; HECKSCHER, E. F. *La época mercantilista*, Fondo de Cultura Económica, México, D. E., 1943.

(27) Esta ley restringía la manufactura de lana en Irlanda, y prohibía la exportación de artículos de lana de cualquier colonia americana.

(28) La ley, promulgada a instancias de los fabricantes de fieltros, prohibía o restringía la fabricación de sombreros en las colonias del norte.

(29) Esta norma restringía o prohibía la industria del hierro en las colonias.

te este período las colonias estuvieron fuertemente ligadas a su metrópoli por temor a caer en manos de los franceses (30). Sin embargo, con la derrota de estos últimos —que les costó nada menos que la pérdida del Canadá— los ingleses pusieron nuevamente toda su atención en la política colonial.

En las dos décadas siguientes una serie de hechos se congregaron para producir la pérdida de las colonias. La victoria contra los franceses trajo una oleada de inmoderación en la política británica impulsada por el entonces joven rey Jorge III (1760-1820) quien a diferencia de su abuelo Jorge II (1727-1760) —quien consciente de sus naturales limitaciones supo rodearse de ministros eficaces— intentó restaurar el predominio político de la Corona sobre el parlamento y prefirió la influencia de los favoritos de la corte, o de quienes tuvieran cierta habilidad para manipular la corrupción en la Cámara de Comunes (31). Su personalidad, además, contrastaba con la de aquellos que serían líderes de la revolución. George Washington, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, Thomas Jefferson, James Madison y John Adams, además de su natural talento, contaban con una firme resolución, que del otro lado del Atlántico se opondría exitosamente al rey Jorge (32). Se sucedieron entonces numerosos esfuerzos reales y parlamentarios para reforzar la política mercantilista, y en rápida sucesión fueron sancionadas la ley del azúcar (*Sugar Act*) de 1764; la ley de 1764 que privó de valor legal los bonos o cartas de crédito emitidas en las colonias (*Currency Act*), la ley de sellos (*Stamp Act*) de 1765, las leyes impositivas de Townshend de 1767 (33), la ley del té (*Tea Act*) de 1773, y las

(30) JOHNSON, A History, p. 126.

(31) Johnson describe a Jorge III como un rey autosuficiente, ignorante, inflexible y obstinado. A History, p. 127.

(32) Pese a ello y paradójicamente, los ministros de Jorge III y el mismo rey estaban alineados entre los whigs quienes por sus convicciones políticas no debían haber tenido una política hostil hacia las colonias. Pero muchos de los integrantes del gabinete del Rey, el Duque de Richmond, el Marqués de Rockingham, Lord Camdem y el General Conway, tal como señalan Morison, Commager y Leuchtenburg, carecían de habilidad política para manejar la situación que se avecinaba. Vid. MORISON, Samuel Eliot; COMMAGER, Henry Steele and LEUCHTENBURG, William E.: *The Growth of the American Republic*, 7th edition, Oxford University Press, 1980, Vol. I, p. 137. En adelante: MORISON et al, *Growth of the American Republic*.

(33) Se llamó así a un grupo de leyes que establecieron nuevos impuestos sobre diversos productos, inspiradas por Charles Townshend, a la sazón ministro de economía (*Chancellor of the Exchequer*).

llamadas leyes coercitivas o intolerables (*Coercitive Acts*) de 1774, que virtualmente impusieron el estado de sitio sobre la ciudad de Boston y todo Massachusetts luego del famoso *Boston Tea Party* en el cual un cargamento de té fue arrojado a las aguas del puerto como protesta por el impuesto que gravaba ese producto. Estos hechos finalmente, condujeron a la revuelta armada cuando en abril de 1775 en la ciudad de Lexington (Massachusetts), soldados británicos abrieron fuego contra un grupo de pobladores matando a ocho de ellos.

b. Los factores religiosos. El Gran Despertar

En paralelo con el levantamiento económico en contra de Gran Bretaña, las colonias comenzaron a desarrollar un movimiento de protesta de tono religioso. Hacia 1750 tuvo lugar el llamado Gran Despertar (*The Great Awakening*) caracterizado por el resurgimiento de las corrientes calvinistas y de su énfasis evangelizador, que tuvo una marcada influencia en el desencadenamiento de la Revolución Norteamericana (34). Sus primeras manifestaciones fueron una serie de sermones predicados alrededor de 1740 por presbiterianos ambulantes, a los que se los denominaba "de La Nueva Luz". Se trataba de un renacer del fervor puritano unido al énfasis puesto en la especial misión asignada al pueblo norteamericano. Trataban de volver al antiguo fervor evangélico, introduciendo una gran dosis de emotividad y de sentimiento en sus explicaciones. Atacaban las disposiciones de la iglesia de Inglaterra a través de todos los medios a su alcance. En Connecticut y Massachusetts, sobre todo, miembros puritanos de la secta congregacionista, se negaban a aceptar los beneficios legales o la tolerancia que se ejercía con ellos, ya que al considerarse como la única ortodoxia verdadera, no aceptaban permisos ni licencias. Sostenían que la tolerancia que recibían no era igualdad ni libertad, sólo hipocresía y consideraban que la libertad de conciencia era un derecho inalienable, por lo que preferían perder su libertad y posesiones antes de contribuir a algo a lo que no podían estar obligados.

Consideraba asimismo que la obligación de sostener Iglesias contrarias a sus convicciones era contraria a la Ley de Dios. Un ejemplo

(34) Tal como explica Paul Johnson, en su momento este movimiento no tuvo conciencia de sí mismo, ni puede establecerse una fecha para su comienzo o su fin. De hecho, el nombre que recibe le fue dado por Joseph Tracey en un *best seller* llamado *The Great Awakening: a History of the Revival of Religion in the Times of Edwards and Whitefields*, publicado en 1842. A History, p. 110.

es el panfleto (atribuido a E. Williams) publicado en 1774 bajo el título de *The Essential Rights of Protestants, a seasonable Plea for Liberty of Conscience and the Right of Private Judgement in matters of Religion, without any control from Human Authority*. En él se definía la libertad natural como la facultad de estar desligado de cualquier poder superior, sólo sujeto a la ley de naturaleza, la cual manifiesta que es la ley de Dios.

Durante los años previos a la Revolución estas posturas desembarcaron, en una encendida defensa de la necesidad de la rebelión y la prédica de los clérigos llegó a ser una punta de lanza del movimiento general de oposición a Gran Bretaña. El Reverendo John J. Zubly, en su obra *The Law of Liberty*, señalaba que si el Evangelio era una ley de libertad, oponerse a este principio era contravenir la voluntad de Dios. Entonces aquellos que menospreciaban las libertades de los colonos, aquellos que negaban sus derechos —es decir Inglaterra— atacaban la ley fundamental de Dios. De ese modo, la resistencia a la política inglesa se concebía como la única vía para apartarse de la cólera divina: El parlamento inglés, con su política de opresión económica había ofendido al Señor y las transgresión de los pactos y cartas originales eran crímenes contra de Dios. Incluso se llegó a afirmar que el propio rey Jorge III estaba instigado por el demonio (35).

c. La literatura prerrevolucionaria

En paralelo y como consecuencia de estos acontecimientos políticos económicos y religiosos, comenzaron a circular por las colonias una serie de escritos (panfletos, folletines), que contribuyeron a avivar el fuego de la independencia y constituyen la literatura prerrevolucionaria (36), la que puede ser encuadrada en tres tipos. El primero lo integran aquellos panfletos que fueron una respuesta directa a los acontecimientos del momento. Un segundo grupo es el de los escritos que resultaron de polémicas personales e intercambios de ideas sobre un determinado tema. Así, por ejemplo, el *Common Sense* de Thomas Paine, al que me referiré más adelante, fue criticado y rebati-

(35) Sobre este tema puede verse: GAUSTAD, Edwin Scott: *The Great Awakening in New England*, Quadrangle, Chicago, 1968.

(36) Véase: SCHLESINGER, Arthur: *Prelude to Independence*, Alfred A. Knopf, New York, 1966, ps. 215-216.

do especialmente desde las posturas políticas conservadoras (*tories*). Otra célebre polémica fue la que mantuvieron East Apthorp y Jonathan Mayhew cuyo tema de fondo era la creciente influencia de la Iglesia anglicana en New England (37). En tercer lugar están los panfletos que transcribían oraciones conmemorativas, o sermones predicados en los días oficiales de ayuno o acción de gracias, que reflejaban los sentimientos de la población, su modo de pensar, así como, en muchos casos, la íntima unión existente entre ideales puritanos y los principios políticos. Entre estos últimos cabe mencionar uno titulado *A Discourse Concerning Unlimited Submission and Non-resistance to the Higher Powers*, un sermón predicado por Jonathan Mayhew en el domingo siguiente a la fecha en la que se conmemoraba en Inglaterra la ejecución del rey Carlos I. Además de éste último, pueden mencionarse dentro de la lista de folletos o panfletos de esa época los siguientes: *A Letter to the People of Pennsylvania* (Joseph Galloway, Pennsylvania, 1760), *The Rights of the British Colonies asserted and proved* (James Otis, Boston, 1764), *The Rights of Colonies Examined* (Stephen Hopkins, Providence, 1765), *Letters from a Farmer in Pennsylvania to the Inhabitants of the British Colonies* (John Dickinson, Philadelphia, 1767-68), *A Summary View of the Rights of British America* (Thomas Jefferson, Virginia, 1774). Dentro de esta serie de trabajos uno de los más influyentes fue el *Common Sense*, escrito por Thomas Paine en 1776.

d. Thomas Paine y el *Common Sense*

Una figura destacada de la Revolución Norteamericana fue Thomas Paine, quien a sus escritos vibrantes en defensa de la libertad, unió un espíritu idealista y aventurero que tanto le permitió ser director de un periódico, como ponerse a las órdenes de George Washington para combatir al ejército británico, polemizar con Edmund Burke sobre la Revolución Francesa, y formar parte de la Convención Nacional en Francia junto con Sieyès, Danton, y Condorcet para ser luego encarcelado por los mismos revolucionarios durante el Terror por haberse negado a votar la muerte del Rey y formular críticas al totalitarismo revolucionario.

Había nacido en Norfolk, Inglaterra, en 1737, dentro de una familia cuáquera de escasos recursos económicos. Luego de tener diversas

(37) Véase: BAILYN, Bernard: *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, 1992, ps. 96-97.

ocupaciones, fue nombrado recaudador de impuestos, posición que se vio forzado a abandonar hacia 1774 luego de haber presentado una petición de aumento de salarios para su gremio. Por ese entonces ya se había casado dos veces, enviudando de la primera y divorciándose de su segunda esposa. Fue en esas circunstancias que conoció en Inglaterra a Benjamin Franklin, quien le aconsejó emigrar hacia América. De modo que a los treinta y siete años, sin dinero, solitario y marcado por el fracaso, Paine emigró sin otro pasaporte que una carta de recomendación de Benjamín Franklin.

Muy pronto se encontró instalado en Philadelphia al frente del *Pennsylvania Magazine*, donde publicó una serie de artículos que lo colocaron entre los guías morales de su generación. Abogó por el arbitraje internacional; criticó el duelo, pidió mayores libertades para las mujeres y atacó la esclavitud de los negros. Tanta influencia tuvo su artículo sobre esta última cuestión, que poco después de haber aparecido se fundó en Philadelphia la primera sociedad norteamericana en contra de la esclavitud. Paine fue asimismo el primero que después de la matanza de Lexington, abandonó toda idea de reconciliación con Gran Bretaña y empezó a predicar a favor de la independencia.

En enero de 1776 escribió un ensayo titulado *Common Sense* (Sentido Común) en el cual expuso ardientemente las ideas de la libertad, el que enseguida tuvo una gran difusión convirtiéndose en lectura predilecta de todos quienes estaban convencidos de romper con Inglaterra. Decía allí que la causa americana es en gran medida la causa de la Humanidad (38) en prueba de lo cual no ofrecía más que simples hechos, argumentos directos y sentido común (39). El dinero que obtu-

(38) "*The cause of America is in a great measure the cause of all mankind. Many circumstances hath, and will arise, which are not local, but universal, and through which the principles of all Lovers of Mankind are affected, and in the Event of which, their Affections are interested*". Más adelante señalaba "*The sun never shined on a cause of greater worth. 'Tis not the affair of a city, a country, a province, or a kingdom, but of a continent—of at least one eighth part of the habitable globe. 'Tis not the concern of a day, a year, or an age; posterity are virtually involved in the contest, and will be more or less affected, even to the end of time, by the proceedings now. Now is the seed time of continental union, faith and honor. The least fracture now will be like a name engraved with the point of a pin on the tender rind of a young oak; The wound will enlarge with the tree, and posterity read it in full grown characters*".

(39) "*In the following pages I offer nothing more than simple facts, plain arguments, and common sense...*".

vo con esta publicación fue generosamente destinado al Ejército Continental donde además se alistó para pelear llegando rápidamente a ser ayuda de campo del general Greene. Durante ese período escribió otra obra célebre llamada *The Crisis* (La Crisis) compuesta de dieciséis ensayos, en la cual exhortaba a seguir la causa revolucionaria a los colonos que todavía poseían sentimientos de lealtad hacia Gran Bretaña. Finalizada la Guerra de la Independencia se trasladó nuevamente a Inglaterra en 1787 donde sus ideas liberales expuestas en su obra *The Rights of Man* (Los Derechos del Hombre) escrita para contestar las *Reflections on the Revolution in France* (Reflexiones sobre la Revolución en Francia) de Burke lo estaban conduciendo a la cárcel, acusado de alta traición por el gobierno del Primer Ministro William Pitt. Huyó entonces a Francia donde fue incorporado a la Convención en 1792, pero terminó en prisión por orden de Robespierre cuando la Revolución adquirió el sesgo totalitario que el Terror le impuso. Liberado en 1794, escribió un libro denominado *The Age of Reason* (La Edad de la Razón) en el que expuso sus ideas deístas acerca de la religión.

En 1802 regresó a los Estados Unidos, pero en lugar de ser recibido como un héroe fue combatido por los principios religiosos expuestos en esta última obra. Murió en 1809, pobre y sin reconocimiento alguno (40).

IV. Los congresos preconstitucionales

Desde mediados de la década de 1750 y por espacio de poco más de veinte años, los norteamericanos se reunieron en varias oportunidades respondiendo a convocatorias originadas en la necesidad de hacer valer sus derechos ante la Corona británica. Históricamente estas reuniones son cuatro, el congreso de Albany, el congreso de la Ley de Sellos, y los dos Congresos Continentales, siendo el segundo de ellos el más importante en la medida en que produjo dos documentos cen-

(40) Su vida inquieta no se detuvo ni siquiera después de fallecido. Inicialmente fue enterrado en su propiedad en New Rochelle, pues no se permitió que descansara en un cementerio dadas sus ideas religiosas. Diez años después de su muerte un seguidor, William Cobbett, exhumó sus restos con el fin de repatriarlos a Inglaterra y erigir un monumento a su memoria, pero Cobbett murió y nunca más se supo el paradero de aquellos. Véase: CONWAY, Moncure Daniel: *The Life of Thomas Paine*, The Putnam Publishing Group (reprint), 1990.

trales: la Declaración de la Independencia y los Artículos de la Confederación, luego sustituidos por la Constitución de 1787. Me voy a referir a cada una de estas asambleas para mencionar los documentos que fueron aprobados en cada una de ellas, pues marcan en los hechos y los textos la creciente impopularidad de la Corona y del Parlamento que hizo crisis en 1776 y constituyen el antecedente directo de la convención de Philadelphia de 1787 y de la Constitución que ella produjo.

a. El congreso de Albany de 1754

La década de 1750 vio nacer en las colonias la necesidad de agruparse para enfrentar problemas comunes que Inglaterra no parecía observar. En 1754 y por inspiración de Benjamín Franklin, a quien me referiré específicamente más adelante, las colonias decidieron reunirse en una asamblea general para discutir entre otros asuntos la defensa de la frontera norte contra los franceses y sus aliados los indios. No estaba aun en la agenda de este congreso la lucha en contra de Inglaterra, ni menos aun la independencia, pero no hay dudas de que esta reunión es uno de los hitos de ese camino. La asamblea tuvo lugar en la ciudad de Albany donde se congregaron delegados de New England, New York, Pennsylvania y Maryland. Surgió de allí el llamado *Albany Plan of Union*, cuya redacción pertenecía a Franklin y a Thomas Hutchinson (41), en el cual sustancialmente se proponía al Parlamento inglés el dictado de una ley que creara autoridades centrales, dando forma a una suerte de confederación de colonias (42). La idea era que existiera un Presidente General elegido por un Gran Consejo, elegido a su vez por representantes del pueblo de las colonias y en el cual cada colonia tendría un número proporcional de representantes, el que se reuniría por primera vez en la ciudad de Philadelphia y se renovarían cada tres años. El Consejo tenía autoridad legislativa para regular el comercio con los indios y establecer nuevos asentamientos. Sus leyes, que no podían contradecir la legislación inglesa, debían ser aproba-

(41) MORISON et al, *Growth of the American Republic*, vol. 1, p. 114.

(42) "It is proposed that humble application be made for an act of Parliament of Great Britain, by virtue of which one general government may be formed in America, including all the said colonies, within and under which government each colony may retain its present constitution, except in the particulars wherein a change may be directed by the said act, as hereafter follows".

das por el Rey y su consejo y quedaban tácitamente aprobadas luego de tres años de requerida su aprobación (43).

b. El congreso de la Ley de Sellos (Stamp Act) de 1765

Diez años después del congreso de Albany, las colonias se reunieron nuevamente en una asamblea similar convocada en New York, pero esta vez con motivo de la protesta general originada por el impuesto de sellos creado por medio de la *Stamp Act* de 1765. La asamblea tuvo lugar en octubre de 1765 con participación de delegados de nueve colonias. El congreso aprobó una declaración de derechos reclamando para sí, en primer lugar, las mismas libertades que las que gozaban los súbditos ingleses que vivían en Inglaterra (44). Reafirmaron luego el principio de legalidad en materia tributaria (45), y la necesidad de regularse a sí mismos en materia impositiva (46). Criticaron específicamente el impuesto de sellos creado (47); reclamaron la aplicación del juicio por jurados (48), el ejercicio del derecho de petición (49) y

(43) *"That the laws made by them for the purposes aforesaid shall not be repugnant, but, as near as may be, agreeable to the laws of England, and shall be transmitted to the King in Council for approbation, as soon as may be after their passing; and if not disapproved within three years after presentation, to remain in force"*.

(44) *"That His Majesty's liege subjects in these colonies, are entitled to all the inherent rights and liberties of his natural born subjects within the kingdom of Great-Britain"*.

(45) *"That it is inseparably essential to the freedom of a people, and the undoubted right of Englishmen, that no taxes be imposed on them, but with their own consent, given personally, or by their representatives"*.

(46) *"That the only representatives of the people of these colonies, are persons chosen therein by themselves, and that no taxes ever have been, or can be constitutionally imposed on them, but by their respective legislatures"*.

(47) *"That the late Act of Parliament, entitled, An Act for granting and applying certain Stamp Duties, and other Duties, in the British colonies and plantations in America, etc., by imposing taxes on the inhabitants of these colonies, and the said Act, and several other Acts, by extending the jurisdiction of the courts of Admiralty beyond its ancient limits, have a manifest tendency to subvert the rights and liberties of the colonists"*.

(48) *"That trial by jury is the inherent and invaluable right of every British subject in these colonies"*.

(49) *"That it is the right of the British subjects in these colonies, to petition the King, Or either House of Parliament. Lastly, That it is the indispensable duty of these colonies, to*

señalaron que la situación económica creada con la carga impositiva que debían soportar no les permitiría seguir comprando mercaderías en Gran Bretaña (50).

c. El primer Congreso Continental

Pero la política británica no habría de cambiar en absoluto. La Corona y el Parlamento hicieron oídos sordos a estos reclamos y continuaron, como ya vimos, con la creciente imposición de gravámenes hasta que en 1774 se produjo el famoso *Boston Tea Party* que terminó con un cargamento de té arrojado a las aguas del puerto de Boston. La respuesta inmediata fue la sanción de las llamadas leyes intolerables o coercitivas entre las cuales se dispuso clausurar el puerto hasta que los bostonianos pagaran el té que habían destruido y otorgar poderes especiales al gobernador de Massachusetts convirtiéndolo en una suerte de dictador. Comenzó entonces a organizarse la resistencia a estas leyes y se propuso reunir una convención similar a las dos anteriores. Ella tuvo lugar en el Carpenter's Hall de Philadelphia entre el 5 de septiembre y el 26 de octubre de 1774 y fue luego conocida como el Primer Congreso Continental. Asistieron representantes de todas las colonias con excepción de Georgia y entre ellos puede mencionarse algunos de los hombres que serían luego los padres de la futura nación, entre ellos, Samuel y John Adams de Massachusetts, George Washington y Patrick Henry de Virginia.

El Congreso aprobó dos documentos importantes. El primero de ellos, suscripto el 14 de octubre, constituye una típica declaración de derechos. Comienza con una exposición de motivos sobre los agra-

the best of sovereigns, to the mother country, and to themselves, to endeavour by a loyal and dutiful address to his Majesty, and humble applications to both Houses of Parliament, to procure the repeal of the Act for granting and applying certain stamp duties, of all clauses of any other Acts of Parliament, whereby the jurisdiction of the Admiralty is extended as aforesaid, and of the other late Acts for the restriction of American commerce".

(50) *"That the duties imposed by several late Acts of Parliament, from the peculiar circumstances of these colonies, will be extremely burthensome and grievous; and from the scarcity of specie, the payment of them absolutely impracticable. That as the profits of the trade of these colonies ultimately center in Great-Britain, to pay for the manufactures which they are obliged to take from thence, they eventually contribute very largely to all supplies granted there to the Crown".*

vios provocados por las recientes leyes (51) y luego declara una serie de derechos fundamentales, basados en la teoría política de que los habitantes de las colonias por las inmutables leyes de la naturaleza (*the immutable laws of nature*) gozaban de las mismas libertades y garantías que los súbditos ingleses en el Reino Unido, pues sus antepasados al salir de Inglaterra hacia América no se despojaron de ninguno de los derechos que entonces poseían (52). Entre esos derechos figura el de estar representados y participar en una legislatura en cuestiones impositivas y de política interna (53), el de ser juzgados por sus pares y vecinos (54) y de ejercer el derecho de reunión y petición (55).

(51) "*Whereas, since the close of the last war, the British parliament, claiming a power, of right, to bind the people of America by statutes in all cases whatsoever, hath, in some acts, expressly imposed taxes on them, and in others, under various presences, but in fact for the purpose of raising a revenue, hath imposed rates and duties payable in these colonies, established a board of commissioners, with unconstitutional powers, and extended the jurisdiction of courts of admiralty, not only for collecting the said duties, but for the trial of causes merely arising within the body of a county:*

And whereas, in consequence of other statutes, judges, who before held only estates at will in their offices, have been made dependant on the crown alone for their salaries, and standing armies kept in times of peace: And whereas it has lately been resolved in parliament, that by force of a statute, made in the thirty-fifth year of the reign of King Henry the Eighth, colonists may be transported to England, and tried there upon accusations for treasons and misprisions, or concealments of treasons committed in the colonies, and by a late statute, such trials have been directed in cases therein mentioned..."

(52) "*That our ancestors, who first settled these colonies, were at the time of their emigration from the mother country, entitled to all the rights, liberties, and immunities of free and natural-born subjects, within the realm of England. That by such emigration they by no means forfeited, surrendered, or lost any of those rights, but that they were, and their descendants now are, entitled to the exercise and enjoyment of all such of them, as their local and other circumstances enable them to exercise and enjoy*".

(53) "*That the foundation of English liberty, and of all free government, is a right in the people to participate in their legislative council: and as the English colonists are not represented, and from their local and other circumstances, cannot properly be represented in the British parliament, they are entitled to a free and exclusive power of legislation in their several provincial legislatures, where their right of representation can alone be preserved, in all cases of taxation and internal polity, subject only to the negative of their sovereign, in such manner as has been heretofore used and accustomed...*"

(54) "*That the respective colonies are entitled to the common law of England, and more especially to the great and inestimable privilege of being tried by their peers of the vicinage, according to the course of that law*".

(55) "*That they have a right peaceably to assemble, consider of their grievances, and petition the king; and that all prosecutions, prohibitory proclamations, and commitments for the same, are illegal*".

Sostuvieron también la ilegalidad de que Gran Bretaña tuviera un ejército en las colonias en tiempos de paz sin el consentimiento de aquellas (56). Peticionan finalmente la derogación de una serie de leyes que consideran violatorias de sus derechos.

El segundo documento, denominado *The Articles of Association*, fue suscrito el 20 de octubre. Tenía un contenido económico-comercial pues pretendía presionar al Parlamento británico para que derogara las llamadas leyes intolerables, estableciendo a tal fin la suspensión de toda exportación, importación y consumo de mercaderías, bienes, o productos ingleses. Acusaba directamente al gobierno británico de las penurias económicas por las que atravesaban las colonias debido al ruinoso sistema de administración impuesto (57) y planteaba básicamente la necesidad de llevar adelante una independencia económica completa respecto de Gran Bretaña, prometiendo incluso mejorar la ganadería (58) y la agricultura, así como ciertas industrias, como la de la lana para lograr un autoabastecimiento (59). Se preveía además la creación de una comisión que vigilara el cumplimiento de este acuerdo (60).

d. El Segundo Congreso Continental

Al finalizar el Primer Congreso Continental los delegados se comprometieron a reunirse nuevamente en mayo de 1775. Cumpliendo

(56) *"That the keeping a standing army in these colonies, in times of peace, without the consent of the legislature of that colony, in which such army is kept, is against law".*

(57) *"...the present unhappy situation of our affairs is occasioned by a ruinous system of colony administration, adopted by the British ministry about the year 1763, evidently calculated for enslaving these colonies..."*

(58) *"We will use our utmost endeavours to improve the breed of sheep, and increase their number to the greatest extent..."*

(59) *"We will, in our several stations, encourage frugality, economy, and industry, and promote agriculture, arts and the manufactures of this country, especially that of wool..."*

(60) *"That a committee be chosen in every county, city, and town, by those who are qualified to vote for representatives in the legislature, whose business it shall be attentively to observe the conduct of all persons touching this association; and when it shall be made to appear, to the satisfaction of a majority of any such committee, that any person within the limits of their appointment has violated this association, that such majority do forthwith cause the truth of the case to be published in the gazette; to the end, that all such foes to the rights of British-America may be publicly known, and universally contemned as the enemies of American liberty..."*

con este acuerdo, se congregaron nuevamente el 10 de mayo de ese año en Philadelphia dando inicio al Segundo Congreso Continental, cuando ya había comenzado las primeras hostilidades con el ejército inglés en las ciudades de Lexington y Concord. Este Segundo Congreso se extendería a lo largo de toda la guerra de la independencia y concluiría recién en marzo de 1789 con la Constitución ya sancionada, para dar paso al Congreso de los Estados Unidos. Acudieron a esta reunión las trece colonias y entre sus delegados se hallaban Samuel y John Adams, Benjamin Franklin, John Hancock, Patrick Henry, Thomas Jefferson y George Washington. Las posturas más radicales pretendían declarar inmediatamente la independencia de Gran Bretaña, mientras que otras más conservadoras prefirieron darle una última chance a la metrópoli inglesa. No obstante se acordó formar el Ejército Continental y el 15 de junio se designó Comandante en Jefe a George Washington. Se suscribió también un documento titulado *Declaration of Causes of Taking up Arms* (Declaración de las Causas para Tomar las Armas) en el cual Inglaterra fue considerada potencia agresora y se dio a las colonias el derecho para armarse en contra de los británicos.

A diferencia del primer Congreso, éste tuvo una prolongada vida institucional y sus frutos fueron perdurables en la vida institucional de los Estados Unidos. Tal como dije más arriba, fue este segundo Congreso el que aprobó la Declaración de la Independencia en 1776 y más tarde en 1777 fueron suscriptos los Artículos de la Confederación que entraron en vigencia recién 1781, documentos éstos que por su importancia serán analizados por separado. Sin perjuicio de ello, el Congreso autorizó la emisión de papel moneda, estableció empréstitos públicos para sufragar los gastos de guerra, creó un sistema postal y dispuso la creación de la primera Armada de guerra. No ejerció sin embargo poderes fiscales. Fue asimismo este Segundo Congreso el que convocó a la Convención de Philadelphia de 1787 que sancionó la Constitución de los Estados Unidos.

V. Las primeras constituciones estatales. El *Bill of Rights* de Virginia

En pleno fervor revolucionario, estando reunido el Segundo Congreso Continental, los estados comenzaron a darse sus propias constituciones a partir de la Declaración de la independencia. Surgieron de este movimiento general las constituciones que menciono en or-

den cronológico: Delaware (21 de septiembre de 1776); Pennsylvania (28 de septiembre de 1776); Maryland (11 de noviembre de 1776); North Carolina (18 de diciembre de 1776); Georgia (5 de febrero de 1777); New York (20 de abril de 1777); Vermont (8 de julio de 1777); y South Carolina (19 de marzo de 1778) (61). Pero corresponde a Virginia el honor de haber sido el primer estado que aun antes de haberse declarado la Independencia, tenía ya una Constitución acompañada de un Bill of Rights.

En efecto, una convención reunida desde el 6 de mayo hasta el 29 de junio de 1776 en la ciudad de Williamsburg, Virginia, produjo el 12 de junio el *Bill of Rights*, cuyo autor fue George Mason y pocos días después, el 29, sancionó la Constitución anticipándose con ello a la Declaración de la Independencia del 4 de julio. El *Bill of Rights*, que luego sirvió de modelo para todas las restantes, incluso para las diez primeras enmiendas a la Constitución federal sancionadas en 1791. Tenía dieciséis artículos en los cuales se expresaba en primer lugar "que todos los hombres son por naturaleza iguales, libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales no pueden ser privados cuando entra en una sociedad" (62). Indudablemente esta cláusula acusa una fuerte influencia de Locke. Señala luego que todos los poderes derivan del pueblo (63); que el gobierno debe ser instituido para el bien común, protección y seguridad del pueblo (64); que los poderes ejecutivo y legislativo deben estar separados y ser distintos de la judicatura (65), que las elecciones de los miembros de la legisla-

(61) New Hampshire y New Jersey habían dictado sus constituciones el 5 de enero y el 2 de julio de 1776, pero la primera lo había hecho todavía como colonia y la segunda aún se reconocía como una provincia del dominio británico.

(62) "I. That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety".

(63) "II. That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants, and at all times amenable to them".

(64) "III. That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people...".

(65) "V. That the legislative and executive powers of the state should be separate and distinct from the judicative...".

tura deben ser libres (66); que la suspensión o ejecución de las leyes sin el consentimiento de los representantes del pueblo constituye un agravio a sus derechos (67). En materia de procesos criminales establecía que el acusado tiene el derecho a conocer las causas de su acusación a ser confrontado con los acusadores y los testigos y a ser juzgado por sus pares (68) y prohibía las fianzas y multas excesivas, los castigos crueles e inusuales y la prohibición de llevar adelante arrestos o allanamientos sin orden previa (69). Finalmente establecía que las controversias sobre propiedad privada debían ser resueltas en juicio por jurados (70); que la libertad de prensa es una de las más importantes (71) y que la religión no puede ser impuesta por la fuerza, pues cada uno es libre de profesar el culto que desee según los dictados de su conciencia (72).

(66) "*VI. That elections of members to serve as representatives of the people in assembly ought to be free...*".

(67) "*VII. That all power of suspending laws, or the execution of laws, by any authority without consent of the representatives of the people is injurious to their rights and ought not to be exercised...*".

(68) "*VIII. That in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation to be confronted with the accusers and witnesses ... that no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the judgement of his peers*".

(69) "*IX. That excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed; nor cruel and unusual punishments inflicted*".

"*X. That general warrants, whereby any officer or messenger may be commanded to search suspected places without evidence of a fact committed, or to seize any person or persons not named, or whose offense is not particularly described and supported by evidence, are grievous and oppressive and ought not to be granted*".

(70) "*XI. That in controversies respecting property and in suits between man and man, the ancient trial by jury is preferable to any other and ought to be held sacred*".

(71) "*XII. That the freedom of the press is one of the greatest bulwarks of liberty and can never be restrained but by despotic governments*".

(72) "*XVI. That religion, or the duty which we owe to our Creator and the manner of discharging it, can be directed by reason and conviction, not by force or violence; and therefore, all men are equally entitled to the free exercise of religion, according to the dictates of conscience; and that it is the mutual duty of all to practice Christian forbearance, love, and charity towards each other*".

VI. La Declaración de la Independencia.

a. Antecedentes

A medida que se desarrollaba el Segundo Congreso Continental, la idea de la independencia iba ganando terreno a pasos agigantados. Ya el 26 de marzo de 1775 South Carolina había aprobado una Declaración en la cual repudiaba la dependencia del monarca inglés y en los primeros días de abril North Carolina decidió también apoyar la independencia. Las resoluciones aprobadas por su Asamblea representativa, contenían una lista de agravios contra el monarca inglés similares a las que Jefferson volcó luego en la Declaración de la Independencia. A esta decisión se unió Rhode Island en el mes de mayo del mismo año y las demás colonias fueron sumándose. El 10 de mayo la Asamblea de Malden en Massachusetts sondeó la opinión del resto de las ciudades sobre la independencia y habiendo obtenido un resultado favorable, aprobó un documento por medio del cual se instruía a sus delegados en el Congreso a votar por la independencia. También Virginia acordó el 15 de mayo, por unanimidad, requerir al Congreso que declarara la independencia, recomendando a los Estados la constitución de gobiernos independientes. El borrador de tal resolución, elaborado por Jefferson, adoptó la misma teoría del imperio inglés que posteriormente reflejará la Declaración: la única conexión existente, entre las colonias y Gran Bretaña se hallaba en la figura del rey, con quien las colonias voluntariamente habían suscrito un pacto de protección. Poseían un mismo poder ejecutivo, pero las Cámaras legislativas eran completamente independientes. Recordemos que la Declaración de Independencia fue entendida como la ruptura de esa sumisión voluntaria al monarca, a causa del incumplimiento, por parte de éste, de su deber de protección.

b. Redacción y aprobación del texto

El 7 de junio de 1776, Richard Henry Lee (73) presentó ante el Segundo Congreso Continental una resolución, cuyo contenido funda-

(73) Richard Henry Lee había nacido en 1732 en el condado de Westmoreland, Virginia, en una antigua y distinguida familia que lo envió a estudiar a Inglaterra, de donde retornó en 1752. A su regreso, se incorporó prontamente a la vida pública y en 1758 ocupó un sitio en la legislatura estadual (*Virginia House of Burgesses*). Se opuso a todas las leyes inglesas que como la *Stamp Act* incrementaron el mercantilismo sobre las colonias y formó parte del *Stamp Act Congress* y de los dos Congresos Continentales.

mentalmente giraba en torno a la necesidad de redactar una Declaración de Independencia de Gran Bretaña, de establecer alianzas con países extranjeros y de crear una Confederación de los Estados. En su escueto texto se decía: "*Declaramos, que estas Colonias Unidas, son y de pleno derecho deberían ser, Estados libres e independientes, que se hallan liberadas de toda alianza con la corona Británica, y que toda conexión política entre ellas y el Estado de Gran Bretaña, está y debería estar, totalmente disuelta...*" (74).

Pocos días después de presentada, el 11 de junio, el Congreso decidió hacer un receso de tres semanas y por el voto de 7 colonias contra cinco (New York se abstuvo) se decidió posponer el tratamiento de la resolución proyectada por Lee. Era evidente que la decisión de romper vínculos políticos con Inglaterra todavía requería de alguna maduración. El Congreso volvió a reunirse el 1º de julio y la declaración fue aprobada en la sesión del 2 de julio por doce colonias, con la abstención de New York, cuya Convención la aprobó luego el 9 de julio. El Congreso se abocó entonces a considerar el proyecto del documento que Jefferson venía redactando, por medio del cual se manifestara formal y fundadamente al resto del mundo la decisión adoptada. Su aprobación final tuvo lugar el 4 de julio de 1776, fecha oficial de la Declaración de la Independencia, pese a que físicamente el documento que conocemos fue elaborado un mes más tarde como veremos enseguida.

Para la redacción del texto fue designada una comisión integrada por cinco congresistas. Dos de New England (John Adams de Massachusetts y Roger Sherman de Connecticut); dos de las *llamadas Middle Colonies* (Benjamin Franklin de Pennsylvania y Robert R. Livingston de New York); y un sureño, Thomas Jefferson de Virginia. En 1823

En 1779 se retiró del Segundo Congreso Continental y formó parte nuevamente de la legislatura hasta que en 1784 volvió a integrar aquel cuerpo. Cuando la convención constituyente se reunió en 1787 se opuso frontalmente a la sanción de la Constitución pues no estaba prevista la incorporación en ella de un *Bill of Rights* y entendía además que la creación de un gobierno central fuerte asfixiaría a las colonias. No obstante ello una vez aprobada la Constitución fue electo senador por Virginia en 1789, renunciando a su banca en 1792 por razones de salud. Murió en su condado natal en 1794. Vid.: LOSSING, Benson J.: *Lives of the Signers of the Declaration of Independence*, 1848, reprint by WallBuilder Press, Texas, 1995.

(74) "*...That these united Colonies are, and ought to be, free and independent States, that they are absolved from all allegiance from the British crown, and than all political connection between America and State of Great Britain is, and ought to be, totally dissolved...*".

Jefferson escribió en su Autobiografía (75) que los otros miembros de la comisión unánimemente le solicitaron que redactara la Declaración. Si bien lo hizo, antes de someter el texto a la comisión, consultó primero la opinión de Franklin y de Adams. Esta versión, con las pocas correcciones que aquellos le introdujeron fue remitida a la comisión, quien luego la sometió al Congreso.

En la discusión que tuvo lugar en el Congreso, ciertas partes fueron omitidas. Así por ejemplo la cláusula que condenaba la esclavitud y que imputaba la responsabilidad del tráfico de esclavos al monarca inglés, fue suprimida ante las protestas de South Carolina y Georgia que deseaban mantener la institución. El propio Jefferson, en una carta a Robert Walsh escrita en 1818, decía "...Severas afirmaciones sobre la conducta del Monarca Inglés, al negar nuestros repetidos rechazos a la ley que permitía la importación de esclavos, fueron desaprobados por algunos caballeros del sur, cuyos puntos de vista sobre tan horrible tráfico aún no habían madurado" (76). También en su Autobiografía, Jefferson expone las causas que aconsejaron las restantes supresiones a las que se vio sometida la redacción aprobada por el Comité de los cinco.

Una vez firmada, la Declaración fue enviada inmediatamente a la imprenta de John Dunlap, quien trabajó arduamente para que a la mañana siguiente, el 5 de julio, varias copias fueran remitidas a las asambleas y convenciones estatales y a las tropas del Ejército Continental. Luego, una vez que la Declaración fue aprobada por New York lográndose la unanimidad de las colonias, se elaboró un nuevo documento escrito sobre pergamino que fue nuevamente firmado el 2 de agosto por cincuenta y seis de los miembros del Congreso (77), co-

(75) La autobiografía puede verse publicada en: Jefferson - Writings, Literary Classics of the United States Inc., Penguin Putnam, New York, 1984.

(76) La supresión de esta cláusula nos revela claramente que la igualdad y libertad que predicaba la Declaración no era absolutamente aceptada por quienes la firmaron. Ello condujo a algunos contemporáneos a criticar, como dura ironía, la incongruencia que contenía el texto de 1776: proclamaba que todos los hombres son creados iguales y excluía del ámbito de aplicación del documento a las personas de raza negra. De hecho el propio Jefferson poseía esclavos negros como propiedad particular.

(77) Entre los no firmantes se encontraban John Dickinson, que se opuso a la Declaración creyendo que todavía podía hallarse una reconciliación con Gran Bretaña y el propio Livingstone, integrante de la comisión redactora, pues entendía que la decisión era prematura todavía.

menzando por John Hancock, su Presidente (78). Tal es el documento que actualmente conocemos y que constituye la Declaración oficial de la Independencia, cuyo original está exhibido en los *National Archives* (79). Por ello constituye un error bastante común creer que esa Declaración fue suscripta el 4 de julio.

c. El texto de la Declaración

La Declaración de la Independencia sigue un orden claro y lógico, que permite advertir en ella cuatro partes: una introducción, un preámbulo, el cuerpo principal y la conclusión o parte dispositiva.

En la introducción se dice que se declararán las causas que impulsan a la separación de Gran Bretaña y aparece una invocación a las leyes de la naturaleza, que revela la influencia ejercida por Locke (80). En el preámbulo se enumeran los fundamentos filosóficos la Declaración. Se hace referencia a la igualdad de todos los hombres, a sus derechos inalienables tales como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Se dice que para asegurar estos derechos los gobiernos deben estar fundados en el consentimiento de los gobernados y que si un gobierno se volviera en contra de ellos el pueblo tiene el derecho de abolirlo cuando se producen abusos (81). Nuevamente en el prin-

(78) No se sabe exactamente cuantas copias se imprimieron pero actualmente quedan 24. De ellas 17 están en poder de instituciones norteamericanas, 2 en manos de instituciones británicas y cinco en manos privadas. Conf. datos proporcionados por el sitio web de los *National Archives of the United States*, www.archives.org.

(79) Desde su firma, el documento ha sido conservado en dos ciudades. Suscripto en Pennsylvania, sede del Segundo Congreso Continental, fue trasladado a Washington D.C. en 1814, cuando ésta fue declarada Capital de la nación. Allí luego de varios destinos, fue enviado a la Biblioteca del Congreso donde estuvo entre 1921 y 1952. Desde esa fecha permanece hasta la actualidad en los *National Archives*.

(80) "*When in the course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the laws of nature and of nature's God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation*".

(81) "*...all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness; that, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of government becomes de-*

cipio del gobierno por consenso aparece la influencia de Locke. Es de destacar que en la Declaración no aparece mencionada la propiedad privada como uno de los derechos principales. Esto podría ser un apartamiento de Locke, quien en su *Second Treatise* (82) le había dedicado el Capítulo V. No obstante es probable que Jefferson la haya omitido para evitar que se la confundiera con los derechos de los grandes terratenientes y propietarios de las antiguas concesiones otorgadas por el Rey de Inglaterra.

El cuerpo principal de la Declaración enumera, en primer lugar, los fundamentos fácticos que la justifican, haciendo referencia a todos los abusos incurridos por el gobierno inglés. La descripción es larga y no tiene objeto repetirla totalmente, pero en síntesis se acusa a aquél de negar la aprobación de leyes necesarias para el bienestar general de las colonias; de disolver las asambleas de representantes de las colonias; de entorpecer la administración de justicia; de enviar funcionarios para hostilizar a las colonias; de imponer impuestos sin consentimiento de aquellas; de no otorgar el juicio por jurados; de saquear los mares y costas coloniales; de transportar ejércitos mercenarios para luchar en contra de las colonias; de alimentar insurrecciones domésticas, etc.

Dice luego, en segundo lugar, que las colonias siempre han apelado en términos humildes para pedir la eliminación de estos abusos, pero sólo se les respondió con nuevos agravios (83).

En la conclusión o parte resolutive, los representantes de los Estados Unidos de América, reunidos en Congreso General, luego de ape-

structive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it, and to institute new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness. But when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same object, evinces a design to reduce them under absolute despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such government, and to provide new guards for their future security. Such has been the patient sufferance of these colonies; and such is now the necessity which constrains them to alter their former systems of government."

(82) *An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government*, usualmente traducido en español como *Ensayo sobre el Gobierno Civil*.

(83) *"In every stage of these oppressions we have petitioned for redress in the most humble terms; our repeated petitions have been answered only by repeated injury..."*

lar al Supremo Juez del mundo por la rectitud de sus intenciones, en nombre y autoridad del pueblo de las Colonias (84) declaran que las Colonias Unidas son estados libres e independientes, dispensadas de toda lealtad para con la Corona británica y de toda conexión política con el estado de Gran Bretaña (85), pudiendo realizar todos los actos propios de un estado independiente (86), e imploran la protección de la Divina providencia otorgándose mutuamente, en prenda, sus vidas, fortunas y honor (87).

d. Su autor, Thomas Jefferson

Thomas Jefferson no sólo ha sido el redactor de la Declaración de la Independencia, sino que ocupa un lugar central en el nacimiento y posterior evolución política de su país. Valga la pena recordar solamente, que fue su tercer Presidente (1801-1809) y que bajo sus fecundos ocho años de gobierno los Estados Unidos prácticamente duplicaron la extensión de su territorio con la adquisición de la Louisiana francesa al gobierno de Napoleón Bonaparte. Me parece entonces oportuno recordar aquí algunos datos de su biografía (88).

d.1. Educación y actuación pública durante la Independencia

Nació en 1743, hijo de Peter Jefferson, un próspero plantador, juez de paz y comandante de la milicia de Virginia y de Jane Randolph,

(84) "We, therefore, the representatives of the United States of America, in General Congress assembled, appealing to the Supreme Judge of the world for the rectitude of our intentions, do, in the name and by the authority of the good people of these colonies solemnly publish and declare..."

(85) "That these United Colonies are, and of right ought to be, free and independent states; that they are absolved from all allegiance to the British crown and that all political connection between them and the state of Great Britain..."

(86) "...as free and independent states, they have full power to levy war, conclude peace, contract alliances, establish commerce, and do all other acts and things which independent states may of right do..."

(87) "And for the support of this declaration, with a firm reliance on the protection of Divine Providence, we mutually pledge to each other our lives, our fortunes, and our sacred honor".

(88) Vid.: CUNNINGHAM, Noble E. (jr.): *In Pursuit of Reason: The Life of Thomas Jefferson*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1987.

descendiente de una antigua y distinguida familia también virginiana. A los cinco años comenzó su educación bajo el tutor de la familia en Tuckahoe y poco después fue enviado a Dover, Virginia, donde estudió latín con el Reverendo William Douglas hasta 1757, año en que murió su padre. Fue enviado entonces a la escuela del Reverendo James Maury en Hanover, Virginia, donde pasó dos años estudiando griego, latín, historia, literatura, geografía, y ciencias naturales. En marzo de 1760 entró al College of William and Mary en Williamsburg, capital de Virginia. Luego de dos años allí comenzó sus estudios de derecho con George Wythe, el más versado de los abogados de Virginia. En 1767, luego de cinco años de estudio y práctica, Jefferson obtuvo su título de abogado. Ese mismo año comenzó a construir su residencia de Monticello, cerca de lo que ahora es Charlottesville, Virginia.

En 1772, se casó con Martha Wayles Skelton, una viuda de 24 años, con quien tuvo seis hijos, pero solamente dos de ellos alcanzaron la edad adulta. Patty, tal como Jefferson la llamaba le dio diez años de feliz matrimonio. Falleció en 1782, evento que causó en Jefferson un profundo efecto y probablemente lo inclinó más aún hacia la vida política. Desde 1769 era miembro de la cámara baja (*House of Burgesses*) de la legislatura de su estado (General Assembly) y desde allí tomó un rol activo en los eventos que condujeron a la Revolución. Pertenecía al grupo radical opuesto a los plantadores conservadores de la región de Tidewater region. Se opuso a las llamadas *Townshend Acts* junto con George Washington, Patrick Henry, Richard Henry Lee y George Mason, miembros también de la *House of Burgesses*. Por aquella época, Jefferson escribió una serie de resoluciones posteriormente llamadas *A Summary View of the Rights of British America* donde intentaba resumir una crítica general a la política británica respecto de sus colonias.

En marzo de 1775 fue delegado por Virginia a una convención celebrada en Richmond con el objeto de aprobar las decisiones adoptadas por el Primer Congreso Continental y en esta reunión fue elegido delegado suplente de Peyton Randolph para el Segundo Congreso Continental. Pero dado que éste se quedó en Williamsburg para presidir la legislatura, Jefferson tomó su lugar en Congreso. Al año siguiente ya fue elegido delegado titular y en tal carácter le tocó redactar la Declaración de la Independencia. Poco después en septiembre de 1776, regresó a Virginia para incorporarse como miembro de la convención. Allí se mostró como un ardiente defensor de la reforma so-

bre la propiedad de la tierra, pues ello ejercía influencia en los derechos electorales. Abogó también por la separación entre iglesia y estado y por la difusión general de la educación. En 1779 fue elegido gobernador de Virginia, sucediendo a Patrick Henry. Pero su gestión se vio opacada por la ocupación del estado por tropas inglesas a las que no repelió debidamente, lo que malogró su reputación como jefe militar.

d.2. Misión diplomática en Francia

Los dos años siguientes estuvo recluido en su finca de Monticello, hasta que en noviembre de 1782 el Congreso (89) le encomendó una misión diplomática en Europa para concluir las negociaciones de paz con Gran Bretaña, viaje que no se llegó a concretar. Poco después fue nuevamente elegido como delegado al Congreso y en mayo de 1784 fue enviado a Francia en misión diplomática junto con Benjamin Franklin y John Adams, con el objeto de celebrar acuerdos comerciales con los países europeos. En 1785, Jefferson reemplazó a Benjamin Franklin como embajador en Francia, donde quedó mal impresionado por un país que se hallaba al borde de la Revolución. Su estadía allí se prolongó hasta septiembre de 1789, de modo que no participó de la Convención Constituyente de 1787. No obstante ello abogó permanentemente por incorporar un *Bill of Rights* a la Constitución, lo que tuvo lugar luego en 1791.

d.3. Disputas con Hamilton

Al regresar a los Estados Unidos, el Presidente Washington le ofreció ser Secretario de Estado, cargo que aceptó ejercer. Inmediatamente entró en conflicto con Alexander Hamilton, Secretario del Tesoro, quien tenía una visión del gobierno completamente diferente. Jefferson era un ardiente y optimista defensor de las causas populares y desconfiaba del gobierno central a quien veía como un seguro opresor de los gobiernos locales.

Hamilton, por el contrario, creía en la necesidad de establecer un gobierno federal fuerte. Jefferson, a su vez, favorecía una economía basada en la agricultura, mientras que Hamilton promovía el comercio y la industria, en los cuales veía la clave del florecimiento del país. La disputa se extendió también a las deudas contraídas por los esta-

(89) Me refiero siempre al Segundo Congreso Continental.

dos durante la Guerra de la Independencia. Hamilton, un New Yorker, pretendía que el gobierno federal se encargara de ello y Jefferson se oponía pues Virginia y muchos de los estados del sur ya había pagado por entonces buena parte de estas deudas. Para solucionar este conflicto se acordó que la capital del país se trasladaría de Philadelphia a una región más al sur, ubicada sobre el río Potomac, en lo que es ahora Washington, D.C. A cambio, Jefferson influyó en los legisladores del sur para que votaran en favor de la propuesta de Hamilton. También mantuvieron un agrio desacuerdo con la creación del Banco de los Estados Unidos. De estas disputas nacieron los dos grandes partidos que se han alternado en el poder en los Estados Unidos. El Partido Republicano, integrado por los seguidores de Hamilton, inicialmente fue denominado como *Federalist Party* y el Partido Demócrata, continuador de las ideas de Jefferson, fue designado como *Democratic-Republican Party*.

d.4. La Presidencia

En 1796 Washington anunció que no se presentaría a una segunda reelección. Jefferson entonces fue nominado como candidato por los Demócrata-Republicanos y John Adams, por los Federalistas. El triunfo le correspondió a éste último, por un escaso margen, de modo que Jefferson se convirtió en Vicepresidente. Tenía por entonces 54 años. Fuera de su actividad como Presidente del Senado, poca actuación tuvo durante la administración de Adams, de modo que produjo varios escritos. Durante este período escribió el *Manual of Parliamentary Practice*, publicado en 1801 y en junio de 1798, desde Monticello, escribió las *Kentucky Resolutions*, donde consideró que el gobierno federal no era el juez final y exclusivo de los poderes que le habían sido delegados, por el contrario, el Congreso era meramente una creación de los estados y estaba sujeto al juicio final de éstos. Sostuvo también que cuando ejercía poderes no delegados, sus actos eran nulos.

Al cabo de la administración de Adams, en 1800, los Demócrata-Republicanos lo nominaron nuevamente para la presidencia. Como Vicepresidente propusieron la candidatura de Aaron Burr, de New York, quien debido a una omisión de la Constitución, terminó disputando la Presidencia con el propio Jefferson (90). Este asumió como Presi-

(90) Por aquel entonces no estaba legislado que los electores debían establecer en sus boletas a quien votaban para presidente y a quien por vice, de modo que un empa-

dente en marzo de 1801, siendo el primero en gobernar desde Washington D.C. Su mandato estuvo signado por una enconada lucha con el Partido Federalista que lo veía como un extremista jacobino. En el marco de este conflicto se produjo el caso *Marbury v. Madison* (91), motivado por la gran cantidad de jueces federalistas designados por Adams antes de finalizar su gobierno.

Los dos períodos que Jefferson estuvo en la presidencia (1801-1809) se distinguen por una serie de actos. El más notable de todos ellos fue la compra de la Louisiana francesa, un vasto territorio en posesión de los franceses desde 1682 y que se extendía desde la frontera con el Canadá hasta el Golfo de México y desde el río Mississippi hasta las llamadas Rocky Mountains. El territorio se hallaba cedido por los franceses a la corona española, pero desde 1800 se corrían rumores de que ésta lo devolvería al gobierno francés. La compra al gobierno de Napoleón finalmente se concretó en 1803 por la suma de quince millones de dólares (92), lo que permitió a los Estados Unidos duplicar la superficie de su territorio existente.

En 1808 se le ofreció una tercera candidatura, pero Jefferson optó por seguir el camino de Washington y no la aceptó. Los Republicanos eligieron entonces a James Madison, protegido político de Jefferson quien ganó la elección y se convirtió en Presidente en 1809. En sus años posteriores se mantuvo activo. En 1815 vendió al gobierno su biblioteca de 6500 volúmenes lo que constituyó el núcleo de la actual Biblioteca del Congreso, destruida en parte durante la invasión inglesa de 1812 que destruyó el Capitolio. Probablemente su legado más importante de estos años fue la fundación de la Universidad de Virginia cuyas puertas se abrieron en 1825. Ya en retiro se reconcilió con John Adams con quien mantuvo una intensa correspondencia. Ambos fallecieron el 4 de julio (Día de la Independencia) de 1826.

te virtual obligó a que el Congreso finalmente decidiera —con el apoyo de Hamilton—, que fuera Jefferson. La Décimo Segunda enmienda obligó posteriormente a que los electores dejaran establecido a quien votaban para Presidente y para Vicepresidente.

(91) 5 U.S. 137 (1803).

(92) Véase: BROWN, Everett S.: *The Constitutional History of the Louisiana Purchase, 1803-1812*, University of California Press, Berkeley, 1920.

VII. Los Artículos de Confederación y Unión Perpetua

Luego de la Declaración de la Independencia el próximo documento de gran trascendencia aprobado por el Segundo Congreso Continental fueron los Artículos de Confederación y Unión Perpetua (*Articles of Confederation and Perpetual Union*), que constituyeron el primer texto constitucional de carácter general bajo el cual se aglutinaron políticamente todos los nuevos Estados de la Unión luego de separarse de Gran Bretaña. Rigió por espacio de siete años, desde marzo de 1781 fecha de su aprobación definitiva, hasta junio de 1788, cuando entró en vigor la Constitución.

a. Antecedentes

Los artículos fueron preparados por una comisión presidida por John Dickinson, quien en julio de 1776 presentó un informe al Congreso en el cual proponía establecer un gobierno central fuerte, donde los estados tuvieran igual representación, dotado de poderes impositivos y que ejerciera control sobre los territorios del oeste. Los delegados al Congreso, no obstante, temían crear un gobierno federal con amplias facultades, pues veían reflejado en ello el poder ejercido otrora por la Corona británica. El Congreso entonces cambió drásticamente la propuesta de Dickinson y luego de muchas demoras, el 15 noviembre de 1777 sometió su propuesta a los estados cuidando de limitar lo menos posible su autonomía. Los estados por su lado tenían intereses muy diferentes. Los más pequeños pretendían igual representación que los más grandes, quienes a su vez temían tener que sufragar en mayor medida los costos de un gobierno central. También generaba un conflicto el control sobre los territorios del oeste, ya que los estados linderos con éstos pretendían ejercer sobre ellos un control mayor que los restantes. Finalmente se acordó que el gobierno central tendría el control de estos territorios, lo que permitió la ratificación final del documento en marzo de 1781.

El resultado fue la creación de una Confederación híbrida y débil, denominada "Los Estados Unidos de América" dotada de una legislatura de una sola Cámara donde cada estado tenía un voto, sin un poder judicial federal y donde aquella tenía poder de arbitrar en los conflictos entre estados. No tenía poderes impositivos, ni facultades para regular el comercio interestadual. En la práctica el gobierno central creado por los Artículos fue altamente inefectivo, dependía de la dis-

crecionalidad de los estados miembros para su financiamiento económico, no pudo pagar las deudas contraídas durante la Guerra de la Independencia y ni siquiera tuvo fuerza para imponer a los estados que firmaran el Tratado de París de 1783 por medio del cual se dio por finalizado el conflicto revolucionario con Gran Bretaña. Consecuentemente fue muy criticado por los líderes federalistas como Alexander Hamilton y George Washington.

b. Descripción de su texto

El documento constaba de trece cláusulas. Luego de indicar el nombre de la Confederación, establece que cada estado retiene su soberanía y todos los poderes no expresamente delegados (93), sin perjuicio de prometerse mutuamente constituir una unión firme y de ayuda mutua (94) que conservará la libertad individual de los habitantes de cada estado quienes podrían circular libremente por el territorio de los demás, ejerciendo el comercio. Se aseguraba además que los procedimientos llevados a cabo en un estado tendrían plena validez (*full faith and credit*) en los restantes (95).

Las facultades legislativas eran entregadas a un Congreso constituido por delegados de todos los estados elegidos según el método que cada uno de ellos estableciera. El Congreso se reuniría anualmente pero cada estado retenía la facultad de revocar el mandato de sus delegados en cualquier momento. Cada estado poseía un voto al momento de sancionar una norma. Se garantiza a los delegados la libertad de expresión en el recinto legislativo. El Congreso ejercía además las relaciones exteriores, celebraba tratados y declaraba la

(93) Cláusula II. "*Each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this Confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled*".

(94) Cláusula III. "*The said States hereby severally enter into a firm league of friendship with each other, for their common defense, the security of their liberties, and their mutual and general welfare, binding themselves to assist each other, against all force offered to, or attacks made upon them, or any of them, on account of religion, sovereignty, trade, or any other pretense whatever*".

(95) Cláusula IV. Ello constituye un antecedente del Artículo IV § 1 de la Constitución.

guerra (96). Ejercía también el poder de resolver conflictos territoriales entre estados (97).

El Poder ejecutivo prácticamente no existía. Los Artículos preveían la creación de una Comisión integrada por un delegado por cada estado, que actuaría durante el receso del Congreso la cual estaría presidida por uno de ellos, quien ejercería ese mandato por un año (98). Las decisiones de este cuerpo ejecutivo colegiado podían ser adoptadas por nueve de sus miembros (99).

(96) Cláusula VI. "*No State, without the consent of the United States in Congress assembled, shall send any embassy to, or receive any embassy from, or enter into any conference, agreement, alliance or treaty with any King, Prince or State ... No two or more States shall enter into any treaty, confederation or alliance whatever between them, without the consent of the United States in Congress assembled ... No State shall lay any imposts or duties, which may interfere with any stipulations in treaties, entered into by the United States in Congress assembled, with any King, Prince or State, in pursuance of any treaties already proposed by Congress, to the courts of France and Spain. No vessel of war shall be kept up in time of peace by any State, except such number only, as shall be deemed necessary by the United States in Congress assembled, for the defense of such State, or its trade; nor shall any body of forces be kept up by any State in time of peace, except such number only, as in the judgement of the United States in Congress assembled, shall be deemed requisite to garrison the forts necessary for the defense of such State ... No State shall engage in any war without the consent of the United States in Congress assembled, unless such State be actually invaded by enemies...*"

(97) Cláusula IX "*...The United States in Congress assembled shall also be the last resort on appeal in all disputes and differences now subsisting or that hereafter may arise between two or more States concerning boundary, jurisdiction or any other causes whatever; which authority shall always be exercised in the manner following*".

(98) Cláusula IX. "*...The United States in Congress assembled shall have authority to appoint a committee, to sit in the recess of Congress, to be denominated 'A Committee of the States', and to consist of one delegate from each State; and to appoint such other committees and civil officers as may be necessary for managing the general affairs of the United States under their direction — to appoint one of their members to preside, provided that no person be allowed to serve in the office of president more than one year in any term of three years...*"

(99) Cláusula X. "*The Committee of the States, or any nine of them, shall be authorized to execute, in the recess of Congress, such of the powers of Congress as the United States in Congress assembled, by the consent of the nine States, shall from time to time think expedient to vest them with; provided that no power be delegated to the said Committee, for the exercise of which, by the Articles of Confederation, the voice of nine States in the Congress of the United States assembled be requisite*".

VIII. Nacimiento de la Constitución de los Estados Unidos: la Convención Constituyente de 1787

a. Convocatoria

Sin dudas el evento constitucional más importante de todo este período, fue la Convención Constituyente que se reunió en el *Independence Hall* (100) de la ciudad de Philadelphia —donde también había sido firmada la Declaración de la Independencia— durante el caluroso y húmedo verano (boreal) de 1787, dando como fruto la Constitución de los Estados Unidos, la más antigua de las constituciones escritas hoy vigentes (101).

El año anterior en septiembre ya había intentado reunirse una Convención en la ciudad de Annapolis, pero la convocatoria fracasó ya que sólo acudieron representantes de cinco estados (102). No obstante, siguiendo las recomendaciones de los delegados de Annapolis, el 21 de febrero el Congreso Continental dispuso que en mayo de 1787 se reuniera en Philadelphia una nueva convención con el objeto de revisar los Artículos de la Confederación. La reunión estaba programada para el 14, pero recién obtuvo *quórum* para sesionar el 25. La Convención trabajó formalmente desde esa fecha hasta que cuatro meses después, el 17 de septiembre, la Constitución fue aprobada. Se inició luego el proceso de ratificación que concluyó el 21 de junio de 1788, con la aprobación dada por New Hampshire.

(100) Este salón está ubicado en el célebre edificio del State House el cual ha albergado buena parte de la fundación de los Estados Unidos. Su construcción comenzó en 1732 y terminó en 1753. Inicialmente fue sede de las autoridades inglesas que residían en Philadelphia, Capital de la provincia de Pennsylvania. En 1775 Washington fue designado allí como jefe del Ejército Continental, luego fue declarada la Independencia, en 1777 fue diseñada allí la bandera nacional, en 1781 se firmaron en él los Artículos de la Confederación y luego sesionó la Convención de 1787. En 1816 fue comprado por la ciudad de Philadelphia y en 1943 fue declarado sitio histórico nacional. Actualmente forma parte del Independence National Historical Park.

(101) Un estudio histórico de la Convención puede verse en: BOWEN, Catherine D.: *Miracle at Philadelphia. The story of the Constitutional Convention May to September 1787*, Little Brown & Co., 1966. En adelante Bowen, Miracle.

(102) Vid. FARRAND, Max: *The Framing of the Constitution of the United States*, Yale University Press, 1913, p. 8. En adelante: FARRAND, The Framing.

De los trece estados concurren todos menos Rhode Island, que no mandó delegados; New Hampshire se unió casi al final y cuando la Constitución fue firmada sólo quedaba Alexander Hamilton de los tres representantes enviados por New York. No hubo una representación igualitaria ya que algunos estados tuvieron más delegados que otros; en total sumaron aproximadamente cincuenta y cinco. La delegación de Virginia estaba liderada por su ciudadano más prominente, George Washington, que fue elegido Presidente de la Convención, secundado por Edmund Randolph y James Madison (103). New Jersey estuvo representada, entre otros, por David Brearly, William Paterson, Jonathan Dayton y William Livingston. Benjamin Franklin, fue el más popular de la nutrida delegación de Pennsylvania (104); North Carolina envió a Alexander Martin, William R. Davie y Richard Spaight; South Carolina a Charles Pinckney y Pierce Butler; Delaware a George Read y John Dickinson; New York envió a Alexander Hamilton, Robert Yates y John Lansing; Georgia fue representada, entre otros, por William Pierce y Abraham Baldwin; Roger Sherman y Olliver Ellsworth representaron a Connecticut y Elbribge Gerry a Massachusetts (105). Sus edades oscilaban en un rango que va desde la ancianidad de Franklin, que contaba ochenta y un años, a la juventud de Dayton, de apenas veintisiete, bien que otros muchos estaban cerca de los treinta años. Madison tenía treinta y seis; Baldwin contaba treinta y tres; Hamilton treinta; y Davie, Pinckney y Spaight no llegaban a treinta (106). En total concurren cincuenta y cinco convencionales —sobre un total de setenta y dos que fueron nominados— de los cuales treinta y nueve firmaron la Constitución.

b. James Madison, padre de la Constitución

Como en todo cuerpo colegiado, algunos de sus miembros dejaron una clara impronta. La Convención así, conoció el brillo intelectual de un selecto grupo, que con justicia pueden ser considerados entre

(103) También fueron delegados de Virginia John Blair, George Wythe y George Mason, redactor éste último del *Bill of Rights* de su estado.

(104) Además de Franklin actuaron Thomas Mifflin, Robert Morris, Jared Ingersoll, James Wilson, George Clymer y Thomas Fitzsimons.

(105) También fueron delegados de este estado Nathaniel Gordman y Rufus King.

(106) FARRAND, *The Framing*, ps. 14-41.

los forjadores intelectuales de la nueva nación (107). Me voy a referir aquí a James Madison, el “padre de la Constitución”, como se lo ha denominado merced al rol decisivo que tuvo en la Convención y en la elaboración del plan de gobierno que finalmente fue volcado en la Constitución. Madison es además uno de los hombres públicos más significativos de la temprana historia de los Estados Unidos, y fue su cuarto Presidente (1809-1817).

Hijo de James y Eleanor Conway, nació en 1751 en una residencia próxima al río Rappahannock, cerca de lo que hoy es Port Conway, Virginia, pero fue criado en Orange County, en el mismo estado. Luego de algunos estudios primarios y secundarios, en 1769 ingresó al College of New Jersey (actualmente Princeton University), donde se concentró en el estudio de temas históricos y políticos. De carácter melancólico se dice que sufría de hipocondría, lo que no le impidió ser elegido en diciembre de 1774 como miembro del comité de seguridad del Condado de Orange ante la proximidad de la Guerra con Gran Bretaña. Luego, en 1776, fue elegido delegado a la convención constitucional de Virginia, donde trabajó estrechamente con Thomas Jefferson para establecer la libertad religiosa. Sancionada la Constitución de Virginia fue electo miembro de la legislatura (General Assembly) y más tarde, en diciembre de 1779, fue delegado en el Congreso Continental a la edad de veintinueve años, siendo el miembro más joven de esta asamblea. Nuevamente en 1784 resultó electo para la legislatura de Virginia donde apoyó los derechos individuales, la separación entre iglesia y estado y la relación del comercio interestatal. En 1786 representó a su estado natal ante la convención reunida en Annapolis.

Elegido como delegado por Virginia para la convención de Philadelphia, fue uno de los primeros en instalarse en esa ciudad. Había llegado allí munido de dos estudios que había preparado titulados *Study of Ancient and Modern Confederacies* y *Vices of the Political System of the United States*, lo que le permitió presentar inmediatamente ante la asamblea constituyente su plan de gobierno consistente en la creación de poderes nacionales fuertes, como modo de obtener uniformidad en la regulación de ciertas materias. Este plan (*Virginia Plan*) fue presentado luego ante la Convención por el Gobernador y conven-

(107) A este grupo habría que añadir nombres como el de Thomas Jefferson que por entonces se hallaba destacado como embajador ante el gobierno de Francia.

cional Edmund Randolph. Además de su contribución en la preparación de este plan y su labor como principal redactor de la Constitución, Madison tuvo el cuidado de escribir notas detalladas sobre los procedimientos llevados a cabo por la Convención, que se convirtieron hasta la aparición de la obra de Max Farrand, a comienzos del siglo XX, en un documento indispensable para conocer la labor de la asamblea constituyente. Este trabajo se publicó en 1840, luego de la muerte de Madison, bajo el título de *Journal of the Federal Convention* (108). Sancionada la Constitución comenzó la tarea de lograr que ésta fuera ratificada por las legislaturas estatales. Madison no tenía previsto participar en dicha tarea pero la oposición que se levantó en Virginia, liderada por Patrick Henry, George Mason, y James Monroe, lo obligó a ejercer la defensa del nuevo documento, para lo cual estaba bien preparado pues ya lo había hecho en Philadelphia. Finalmente ganó la batalla, bien que ajustadamente por 89 votos contra 79.

Su paso siguiente fue desempeñarse como representante (diputado) en el flamante Congreso de los Estados Unidos donde a partir de 1789 fue elegido por cuatro períodos consecutivos (ocho años). En este período comenzaron a perfilarse los dos partidos políticos que han gobernado sucesivamente el país desde entonces (109). En un comienzo Madison se alineó con el Partido Federalista, liderado por Hamilton, pero a medida que éste se volvía paulatinamente más pronorteamericano y pro-industrial, Madison se apartó de las filas federalistas y se inclinó por el llamado Partido Democrático-Republicano. En junio de 1789 presentó al Congreso una propuesta para introducir en la Constitución nueve enmiendas destinadas a garantizar la libertad individual. Estas se convirtieron junto con la Décima Enmienda en el *Bill of Rights* sancionado por el Congreso en septiembre de 1789 y aprobado finalmente en 1791.

(108) En 1911 Max Farrand publicó una obra en tres volúmenes llamada *The Records of the Federal Convention of 1787*, que se convirtió desde entonces en la fuente principal para el análisis de los debates de la Convención. En ella Farrand recopiló ordenadamente los debates tomando como base, por un lado, el registro llevado por William Johnson, secretario de la Convención, enviados al Departamento de Estado por Washington en 1796 e impresos en 1819 por disposición del Congreso, bajo la supervisión de John Quincy Adams, entonces Secretario de Estado, y por el otro, el trabajo de James Madison.

(109) Ya me he referido a ellos con ocasión de la biografía de Jefferson.

En 1792, sus conflictos con Hamilton en torno a los poderes del gobierno central y el pago de la deuda revolucionaria por parte de los estados, lo apartaron totalmente del Partido Federalista uniéndolo con Jefferson. Estos alineamientos se hicieron más palpables al estallar la Revolución Francesa, la que era apoyada por Jefferson y mirada con recelo por Hamilton. En 1798 tuvo una nueva oportunidad de acercarse a Jefferson con motivo de la sanción de las leyes de edición y extranjería (*Alien and Sedition Acts*), bajo el gobierno de John Adams (1797-1801). Estas leyes adoptadas para combatir a los simpatizantes de la Revolución Francesa motivaron un rechazo expresados por Madison en la llamada Resolución de Virginia. Su participación en la vida pública cobró nuevo impulso cuando Jefferson electo presidente en 1801 lo designó Secretario de Estado, cargo que retuvo hasta 1809 cuando fue elegido Presidente.

Sus ocho años al frente del gobierno estuvieron marcados constantemente por la tensión con Francia e Inglaterra, con quien finalmente entró en conflicto en 1812. Reelecto ese mismo año ocupó la presidencia hasta 1817 fecha en que se retiró de la vida pública, salvo para ejercer como rector de la Universidad de Virginia fundada por Jefferson. Murió en 1836 ya completamente retirado debido a una prolongada enfermedad.

c. El trabajo en la Convención

Reunida la Convención se desarrollaron los trabajos preliminares propios de todo cuerpo legislativo recién constituido. George Washington fue elegido Presidente por unanimidad y William Jackson fue designado Secretario. Luego se examinaron las credenciales de cada diputado y se designó una comisión para redactar el reglamento y otras disposiciones. Se decidió asimismo que cada estado tendría un voto, que siete estados formarían *quórum*, que las decisiones se tomarían por mayoría y que los debates serían secretos (110). Anota Farrand además, que si bien los diputados en total eran cincuenta y cinco, los

(110) Tan escrupulosa fue esta regla que los debates de la Convención no se conocieron sino luego de varios años después, cuando el Congreso ordenó imprimirlos luego de la Guerra de 1812 con Inglaterra. El resultado parece haber sido desalentador, pues el trabajo del Secretario no reflejaba adecuadamente los debates. Este déficit ha sido luego suplido por las notas que tomaron algunos miembros de la Convención, que ayudaron a esclarecer puntos que no suplía el texto oficial. Ya me he referido en este sentido al trabajo de Madison, mencionado en el punto anterior. FARRAND, *The Framing*, ps. 57-58.

registros existentes permiten afirmar que en las sesiones nunca hubo más de treinta presentes, como promedio (111).

El 29 de mayo, una vez finalizadas las tareas de organización, comenzaron los debates. El estado de Virginia abrió el fuego a través de su Gobernador, Edmund Randolph, quien presentó a la Convención el esquema institucional que había elaborado James Madison, luego conocido como el Plan de Virginia, y que finalmente fue la base de la Constitución que surgiría cuatro meses después. El Plan preveía un gobierno separado en tres ramas: legislativa, ejecutiva y judicial. La legislatura estaría dividida en dos cámaras, una elegida por el pueblo de los estados y la otra por las legislaturas locales. El ejecutivo sería elegido por la legislatura nacional, sin posibilidad de acceder a un segundo período. Los jueces, divididos en dos instancias (una Corte Suprema y cortes inferiores), también serían elegidos por la legislatura. El plan preveía también que el ejecutivo y un "conveniente número de la judicatura nacional" conformarían un consejo con facultades para vetar las leyes, decisión que podía quedar sin efecto mediante la insistencia de las dos cámaras legislativas. Se establecía asimismo la posibilidad de incorporar nuevos estados y de reformar la Constitución, para lo cual una vez aprobada la enmienda por el Congreso, éste debía someterla a la aprobación de convenciones especialmente convocadas al efecto por los estados. Ese mismo día Charles Pinckney, de South Carolina, presentó también una propuesta pero no fue considerada.

A partir de allí y por espacio de dos semanas, la Convención se constituyó en comisión para analizar el Plan de Virginia, el cual enfrentó la oposición de algunos estados como Maryland, New Jersey y Delaware. Luego de algunos debates solamente había dos cuestiones aprobadas: formar un gobierno republicano y dotar de dos cámaras a la legislatura (112). Un gran debate se generó en torno a la representación

(111) *Idem*, p. 61.

(112) Farrand cuenta como anécdota, que una vez sancionada la Constitución, ya de regreso de su misión diplomática en París, Jefferson desayunaba con Washington y se quejaba de que el Congreso estuviera integrado por dos cámaras, lo que restaba efectividad al gobierno. En el curso de la conversación Jefferson volcó su café en el plato y Washington le preguntó para que lo hacía, respondiéndole aquél que era para enfriar el café. Su interlocutor entonces le dijo entonces que en la Convención también habían creído conveniente enfriar las leyes volcándolas en el plato del Senado. *The Framing*, p. 74.

proporcional sobre base poblacional en las cámaras legislativas, lo que ponía en evidente pugna a los estados grandes con los chicos. Allí Virginia inicialmente obtuvo en la votación del 11 de junio una estrecha mayoría de 6-5 para que ambas cámaras tuviera dicha representación, que luego fue modificada ya que sólo la cámara de representantes finalmente tuvo esa proporcionalidad. También se debatió intensamente la composición del ejecutivo pues una figura unipersonal, a semejanza del rey inglés, generaba desconfianza, no obstante lo cual se optó por la unipersonalidad. El sistema de elección del ejecutivo fue objeto de discusión también y entre la elección por la legislatura y el voto popular, modelos sobre los cuales rondaba el debate, James Wilson de Pennsylvania propuso el sistema de electores, que inicialmente fue rechazado (113). En lo referente al poder judicial no estuvo en discusión que debía haber una judicatura nacional, pero sí fueron cuestionada la existencia de tribunales inferiores. Finalmente se acordó que éstos no serían creados por la Constitución, sino que se otorgaría al Congreso la facultad para establecerlos. Al cabo de esta primer ronda de debates, el Plan de Virginia estaba claramente apoyado por Pennsylvania y Massachusetts, siendo Madison y Wilson los principales defensores de un gobierno nacional fuerte, apoyados por Washington, Franklin, Randolph, ambos Pinckney, Mason y Gerry.

Cuando el 11 de junio se aprobó la representación proporcional en ambas cámaras, los estados pequeños tuvieron en claro que el resultado de la Convención les estaba siendo desfavorable. Como consecuencia de ello se aglutinaron detrás de New Jersey, quien por boca de William Paterson presentó el 15 de junio el llamado Plan de New Jersey, apoyado por Connecticut, New York, y Delaware. Consistía en nueve resoluciones que se limitaban a reformar los Artículos de la Confederación otorgando poderes impositivos al Congreso, creando un ejecutivo pluripersonal y un tribunal superior elegido por el ejecutivo con jurisdicción originaria en casos de juicio político y jurisdicción apelada respecto de los tribunales estaduales. Luego de sometido este Plan, la Convención nuevamente se constituyó en comisión para analizarlo. Seis hombres llevaron en esa oportunidad la voz cantante: a favor del nuevo plan se pronunciaron Paterson, Ellsworth de Connecticut y Lansing de New York; en contra se alinearon Madison, Wilson y Randolph.

(113) FARRAND, *The Framing*, p. 78.

En el curso de este debate hizo sentir su voz, por primera y prácticamente única vez en el curso de la Convención, Alexander Hamilton de New York. Se había mantenido apartado de sus colegas Lansing y Yates en el debate y aprovechó esta ocasión para exponer su plan de gobierno modelado según él en el sistema inglés, que luego sus detractores calificaron de monárquico, aun cuando no lo era en realidad. Sí en cambio consistía en un sistema fuertemente centralizado, que al no tener en cuenta para nada el espíritu localista de la mayoría de los estados, estaba destinado al más rotundo rechazo, como efectivamente ocurrió (114). Propuso que el ejecutivo y los senadores fueran elegidos por electores por tiempo indeterminado mientras durara su buena conducta; que el ejecutivo tuviera amplios poderes, entre ellos, un veto absoluto; que los gobernadores estatales fueran elegidos por el gobierno central y pudieran vetar la legislación local.

Puestos a competir el plan de Virginia y el de New Jersey, la elección se inclinó por el primero de ellos en la sesión del 19 de junio. El segundo solamente obtuvo, además del voto de su estado, los de New York y Delaware, mientras que el voto de Maryland estuvo dividido. Habían triunfado —luego de la exposición de Madison— los estados grandes, quienes deberían ahora hacer algunas concesiones a los más pequeños para que todo finalizara armónicamente, y el punto clave para ello era la composición y elección de los miembros de cada cámara legislativa. Fue en este momento donde la Convención alcanzó el clima de mayor tensión. A comienzos de julio poco se había avanzado en la materia y como medio de salir del pantano se propuso la formación de una comisión integrada por un representante de cada estado. Pese a la oposición de los estados grandes esta comisión fue designada y hacia el 5 de julio había elaborado una propuesta de dos puntos: 1) que en la cámara de representantes la representación fuera proporcional a la población tomando una base de 40.000 habitantes, contando para ello tres quintos de los esclavos y que las leyes de contenido económico se originaran allí sin posibilidad de enmienda por el Senado; 2) que en éste cada estado tuviera igual cantidad de votos. Luego de arduas discusiones el 16 de julio se acordó que en la cámara alta cada estado tendría igual cantidad de votos, mientras que en la cámara baja regiría el principio de la representación proporcional. En una decisión muy ajustada, votaron a favor: Connecticut, New Jersey,

(114) William Johnson, de Connecticut, expresó "el caballero de New York ha sido elogiado por todos, nadie lo ha apoyado". FARRAND, *The Framing*, p. 89.

Delaware, Maryland, y North Carolina y en contra Pennsylvania, Virginia, South Carolina y Georgia. El voto de Massachusetts quedó dividido y los representantes de New York para esa entonces ya se habían retirado de la Convención (115).

A partir de este acuerdo la Convención se dedicó a tratar los temas faltantes y entre ellos los más importantes fueron el modo de elección del ejecutivo, la posibilidad de la reelección y la duración del mandato. Naturalmente los grandes estados abogaban por una elección popular, en tanto que los pequeños pretendían que aquella tuviera lugar en la legislatura, donde en la cámara alta eran todos iguales. Igual disparidad se advierte en el método de selección de los jueces. Los estados grandes propiciaban a elección por parte del ejecutivo, mientras que los chicos se oponían de modo que finalmente triunfó un sistema mixto donde los jueces fueron elegidos por el Presidente pero con el acuerdo (*advice and consent*) del Senado (116).

Finalmente, una vez acordados los términos de la futura Constitución, se designó una comisión redactora del proyecto (la comisión de detalle), la que estuvo integrada por cinco miembros: Rutledge de South Carolina, Randolph de Virginia, Gorham de Massachusetts, Ellsworth de Connecticut y Wilson de Pennsylvania, a quienes se les dio plazo hasta el 6 de agosto para llevar a cabo su trabajo. En esa estado de la Convención arribaron a Philadelphia los delegados de New Hampshire quienes dieron por aprobado lo que se había hecho hasta ese momento. A partir de la presentación del proyecto el 6 de agosto y hasta el 10 de septiembre, la Convención se dedicó a discutir los términos del texto que le fue sometido. El más problemático de todos fue el sistema de elección del ejecutivo que no estaba definido aún. El 4 de septiembre la comisión de detalle propuso el sistema de electores, el 6 fue aceptado y el 8 de septiembre el trabajo de la comisión estaba prácticamente terminado. Comenzó entonces el trabajo de preparar el texto del documento final cuya autoría se atribuye a Gouverneur Morris de Pennsylvania (117).

(115) Idem, p. 105.

(116) Idem, p. 119.

(117) Idem, p. 183.

El 12 de septiembre George Mason, propuso —por primera vez en la Convención— introducir un *bill of rights* (declaración de derechos) en la Constitución, contando con el apoyo de Elbridge Gerry. La moción fue ampliamente rechazada argumentándose por parte de Roger Sherman de Connecticut, que las constituciones de los estados ya poseían tales declaraciones lo que hacía innecesario reproducirlas en la Constitución federal que por lo demás no derogaba las estatales. También Hamilton defendió luego esta posición en *El Federalista*, sosteniendo —entre otros argumentos— que era peligroso incorporar una declaración de derechos que no estaban cuestionados, pues ello los debilitaba y que no hacía falta declarar derechos que el pueblo había retenido al momento de la sanción de la Constitución. Agregó que el *bill of rights* era propio de las luchas en contra del rey en Inglaterra, pero no de un sistema en el cual el pueblo retenía todos los poderes no otorgados (118).

La redacción estaba terminada el sábado 15 de septiembre y el lunes 17 la Convención se reunió por última vez para suscribir el documento que había sido copiado manuscrito en hojas de pergamino. Fue leída en viva voz y luego de ello Wilson leyó un discurso que Franklin había preparado en el cual adelantándose sagazmente a las reticencias de algunos delegados, comenzaba señalando que no se hallaba enteramente de acuerdo con todos los puntos de la Constitución, pero que aún así recomendaba su aprobación (119). Las palabras de Franklin fueron efectivas pues salvo Mason, Gerry y Randolph, a

(118) *El Federalista* No. 84. Tal como señala Leonard W. Levy la omisión de incluir un Bill of Rights fue un acto deliberado por parte de los convencionales. Los Federalistas esto es Hamilton, Madison y el propio John Marshall temían que con una declaración de derechos los estados pudieran limitar el poder del gobierno nacional fuerte que pretendían establecer y argumentaban que una declaración de derechos era peligrosa pues podía ser interpretada como negación de aquellas garantías no incluidas expresamente. Asimismo, decían que el poder del gobierno creado por la Constitución era limitado y solo tenía facultades para hacer lo que la Constitución expresamente le permitía, por ello era innecesario un reconocimiento expreso de derechos pues no es preciso decir que no se puede hacer aquello para lo que no se está autorizado. Los Anti-Federalistas —Jefferson entre ellos— por el contrario, en su intento por limitar el poder del gobierno central, clamaban por un Bill de derechos y fincaban en su ausencia, como veremos, la principal oposición a la ratificación de la Constitución. LEVY, Leonard W.: *Original Intent and the Framers' Constitution*, Macmillan Publishing Co., New York, 1988, véase especialmente el cap. 8, ps. 137/173.

(119) Véanse fragmentos de su discurso en BOWEN, Miracle, p. 255.

la Constitución fue firmada por los treinta y nueve miembros restantes, sobre un total de cincuenta y cinco delegados en total.

d. Los intereses económicos en la Convención

En 1913, Charles A. Beard, publicó una interesante y polémica obra (120) destinada a demostrar el trasfondo de los intereses económicos que animaban a los diferentes delegados en la Convención. Sus conclusiones generaron una fuerte reacción en sus contemporáneos y en autores posteriores, ya que bajo su interpretación la Constitución no parecía ser más que el resultado de una transacción sobre intereses económicos entre comerciantes, propietarios, terratenientes y tenedores de bonos públicos, lo que obviamente restaba buena parte de patriotismo e interés institucional a la gesta constituyente. Sin embargo ello para Beard es digno de encomio, pues advierte que el texto constitucional estaba asentado sobre bases firmes. "...es enteramente falso —dice— el concepto de que la Constitución es una pieza de legislación abstracta, que no refleja grupos de interés y no reconoce antagonismos económicos. Fue un documento económico escrito con extraordinaria destreza por hombres cuyos intereses como propietarios estaban en juego de modo tal que apelaron directamente y sin equivocaciones a idénticos intereses para todo el país (121).

En el Capítulo V, uno de los centrales en el libro, Beard pasa revista a la condición económica de cada uno de los constituyentes con el objeto de determinar cuales eran los intereses que cada uno estaba dispuesto a defender. Concluye señalando que la mayoría de ellos eran abogados y provenían de ciudades situadas en o cerca de la costa, es decir en aquellas zonas donde más personalidades se hallaban congregadas. Nadie representaba directamente a las clases de pequeños agricultores. La abrumadora mayoría —por lo menos cinco sextos— estaban personal y directamente interesados en el resultado de su labor en Philadelphia y se beneficiaron, en mayor o menor medida, con la Constitución. Los tenedores de títulos públicos estaban extensamente representados: de los 55 convencionales, no menos de 40 se hallaban registrados en el Departamento del Tesoro con sumas que

(120) BEARD, Charles A.: *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, The Macmillan Co., New York, 1956.

(121) Idem, p. 188.

varían desde unos pocos dólares a más de cien mil. Es interesante advertir asimismo, que con excepción de New York, y quizás Delaware, cada Estado tenía uno o más representantes poseedores de títulos públicos en cantidad no despreciable los que, en consecuencia, estaban dispuestos a defender las cláusulas constitucionales que dispusiesen el pago total de la deuda pública (122). Catorce delegados, por lo menos, poseían inversiones especulativas en tierras: Blount, Dayton, Few, Fitzsimons, Franklin, Gilman, Gerry, Gorham, Hamilton, Mason, R. Morris, Washington, Williamson y Wilson. Había por lo menos 24 acreedores de mutuos dinerarios: Bassett, Broom, Butler, Carroll, Clymer, Davie, Dickinson, Ellsworth, Few, Fitzsimons, Franklin, Gilman, Ingersoll, Johnson, King, Langdon, Mason, McHenry, C. C. Pinckney, C. Pinckney, Randolph, Read, Washington y Williamson y 11 representaban intereses mercantiles, manufactureros y navieros, o sean: Broom, Clymer, Ellsworth, Fitzsimons, Gerry, King, Langdon, McHenry, Mifflin, G. Morris y R. Morris. Las inversiones en esclavos tenían por lo menos quince representantes, a saber: Butler, Davie, Jenifer, A. Martin, L. Martin, Mason, Mercer, C. C. Pinckney, C. Pinckney, Randolph, Read, Rutledge, Spaight, Washington y Wythe.

Como conclusión Beard afirma, que los convencionales de Philadelphia estaban interesados directamente en el producto final de la Convención y conocían por su experiencia personal en cuestiones económicas, el resultado exacto que podía alcanzar el gobierno que estaban creando. De haber sido un grupo de doctrinarios, como los asambleístas de Francfort en 1848, habrían fracasado miserablemente señala también; pero como eran prácticos pudieron asentar el nuevo gobierno sobre los únicos cimientos estables: los intereses económicos primordiales (123).

Al formular sus conclusiones finales (124) el autor citado señala que:

(122) Eran: Langdon y Gilman de New Hampshire Gerry, Strong y King de Massachusetts. Ellsworth, Sherman y Johnson de Connecticut. Hamilton de New York. Aunque no poseyese personalmente una gran cantidad era el vocero precisamente de los tenedores de papeles públicos y del mantenimiento de la fe pública. Dayton de New Jersey. Robert Morris, Clymer y Fitzsimon de Pennsylvania. Mercer y Carroll de Maryland. Blair, McClurg y Randolph de Virginia. Williamson de North Carolina. Los dos Pinckneys de South Carolina. Few y Baldwin de Georgia.

(123) BEARD, p. 151.

(124) BEARD, ps. 324-325

1. El movimiento en pos de la sanción de la Constitución de los Estados Unidos se originó y fue llevado a cabo, principalmente, por cuatro grupos de intereses que se habían visto afectados por los Artículos de la Confederación, esto es, los poseedores de dinero, los de papeles públicos, los industriales, y los comerciantes y navieros.

2. Los primeros pasos en pos de la nueva Constitución fueron dados por un grupo activo y pequeño de hombres, directa y personalmente interesados, en razón de sus posesiones y propiedades, en el resultado de su labor.

3. La convocatoria para la Convención no fue formulada por medio de ninguna clase de voto popular, por ello las clases no propietarias quedaron excluidas de participar en la tarea de redactar la Constitución.

4. Los convencionales de Philadelphia estuvieron, con pocas excepciones, personal y directamente interesados en el nuevo sistema o consiguieron gracias a él ventajas económicas.

5. La Constitución fue esencialmente un documento económico basado en el concepto de que los derechos fundamentales de la propiedad privada son anteriores al gobierno, y están moralmente más allá del alcance de mayorías populares.

6. Está documentado que la mayoría de los constituyentes reconocían en favor de la propiedad una defensa especial en la Constitución.

7. Cuando la Constitución fue ratificada, aproximadamente tres cuartos de los varones adultos no votaron en las elecciones que eligieron a los representantes estatales; ya fuese por indiferencia o por no tener la calificación necesaria para el voto, basada en la propiedad.

8. La Constitución fue ratificada por el voto de no más de un sexto de los ciudadanos varones mayores de edad.

9. Es dudoso que la mayoría de los votantes que participaron en la elección de las convenciones estatales de New York, Massachusetts, New Hampshire, Virginia y South Carolina, hayan aprobado realmente la ratificación de la nueva Constitución.

10. Los dirigentes que apoyaron la Constitución en las convenciones estatales reunidas para ratificarla, representaban los mismos grupos económicos que los miembros de la Convención de Philadelphia; y al igual que éstos también estaban en gran medida directa y personalmente interesados en el éxito de sus esfuerzos.

11. En el proceso de ratificación se puso en evidencia que la línea divisoria entre los que estaban a favor y en contra de la Constitución era de los que poseían importante riqueza mobiliaria, por una parte, y los campesinos pobres y deudores, por otra.

12. La Constitución no fue creada “por todo el pueblo”, como dicen los juristas, ni tampoco “por los Estados”, como sostuvieron largamente los sureños que deseaban anularla. Fue la obra de un grupo consolidado, cuyos intereses no reconocían fronteras estatales y que eran realmente nacionales en su ámbito.

e. Algunas conclusiones

Por muy interesantes que sean las conclusiones de Beard, es difícil para un observador extranjero tomar partido en favor o en contra. Me limitaré a decir entonces que los delegados que llegaron a Philadelphia en mayo de 1787 con el modesto propósito de reformar los Artículos de la Confederación, terminaron sancionando una Constitución que más de doscientos años después sigue vigente y ha servido de modelo para una cantidad innumerable de otros países que —como el nuestro— han seguido el curso de sus aguas. Tal vez lo más destacable de esta célebre Convención es que, salvo por lo atinente a la división de poderes, cuestión que nunca estuvo en discusión, todo lo demás fue objeto de debate y en gran medida de transacción, lo que le ha dado al documento un carácter propio. Es decir que si bien James Madison y sus restantes inspiradores pudieron haber partido de algún modelo teórico, el producto final no fue fruto de una abstracción de gabinete sino de un acuerdo tendiente a aproximar los intereses concretos de los estados (125). Curiosamente entonces, la Constitución que ha inspirado a tantas otras, no estuvo asentada sobre tal o cual esquema preconcebido, sino que en todo caso fue lo posible antes que lo deseable por quienes se reunieron para sancionarla. No en

(125) Más adelante, merced a la obra de Charles Beard veremos los intereses económicos que cada uno de los representantes defendía.

vano hubo muchos que quedaron insatisfechos con ella y se negaron a firmarla, haciendo con ello mucho más ardua la tarea de ratificarla.

IX. La batalla por la ratificación y la defensa de la nueva Constitución

a. Los estados tienen la palabra. Federalistas y antifederalistas

Anticipando la oposición que la nueva Constitución despertaría en algunos estados, los convencionales establecieron en ella una cláusula de ratificación (artículo VII) por medio de convenciones locales. Quedó establecido allí que aquella entraría en vigencia una vez que nueve estados la hubieran ratificado. Inmediatamente sostenedores y opositores a la Constitución se alinearon en dos bandos denominados respectivamente Federalistas y Anti-federalistas, que sin embargo no estaban divididos en razón de clases sociales o intereses económicos (126). Entre los opositores se hallaban George Mason de Virginia, Elbridge Gerry, James Winthrop y John Hancock de Massachusetts, George Clinton de New York, Patrick Henry y Richard H. Lee de Virginia, embarcados en la idea de que la Constitución crearía un gobierno que ahogaría la libertad de los estados. Se temía que la presidencia fuera un paso hacia la monarquía, particularmente en vista del hecho de que la Constitución no contenía disposición alguna que impidiera la reelección de la misma persona, período tras período. Se temía que el Congreso, investido de una amplia autoridad, se convirtiera en el instrumento de un poder arbitrario. En el bando opuesto, los defensores más ardientes de la Constitución, además de Washington, Madison, Hamilton y Jay, fueron entre otros, Benjamin Franklin y Rufus King.

El 6 de diciembre de 1787, dos meses después de firmada la Constitución, la convención de Delaware unánimemente ratificó la Constitución, convirtiéndose en el primero de los estados en hacerlo. Menos de una semana después, el 12 de diciembre, lo hizo Pennsylvania por mayoría de 46 a 23 votos y con gran oposición de los antifederalistas (127). El 22 de diciembre se sumó New Jersey y poco después, el 2

(126) MORISON et al, *Growth of the American Republic*, vol. 1, p. 258.

(127) El 27 de diciembre se organizó una celebración de la ratificación y en el transcurso de ella James Wilson fue violentamente atacado y golpeado. Vid. BOWEN, *Miracle*, p. 177.

de enero de 1788, ratificó Georgia. El quinto estado fue Connecticut quien aprobó la Constitución con una mayoría de 128 votos contra 42. En sexto lugar vino Massachusetts cuya convención se reunió el 9 de enero de 1788 y luego de un acalorado debate y negociaciones de variado tipo (128), en donde surgió además la necesidad de sancionar un *Bill of Rights*, se obtuvo la ratificación el 6 de febrero por una estrecha mayoría de 187 a 168. Siguieron Maryland, el 28 de abril, con una votación 63 a 11, donde también se propuso un *Bill of Rights*, y en octavo lugar se produjo la ratificación de South Carolina, el 23 de mayo, con una mayoría de 149 a 46. El noveno estado fue New Hampshire, a quien le corresponde el honor de haber dado su voto para la entrada en vigencia de la Constitución. Ello se produjo el 21 de junio por un voto de 57 a 46.

No obstante la entrada en vigencia formal, todavía estaban afuera cuatro estados que reunían el 40 por ciento de toda la población y entre ellos Virginia, el más poderoso, sin cuya aprobación no podía hablarse de éxito. Fue allí donde la batalla fue realmente ardua. Las fuerzas antifederalistas lideradas por George Mason, James Monroe, Richard H. Lee y Patrick Henry, se enfrentaron con James Madison y Edmund Pendleton quienes contestaron uno por uno sus argumentos. La defensa del sistema judicial estuvo a cargo de John Marshall, quien entonces tenía treinta y dos años y ocuparía luego la presidencia de la Corte Suprema por un prolongado período. Washington se mantuvo fuera del debate que tenía lugar en Richmond, pero lo seguía con atención desde su residencia de Mount Vernon y enviaba constantes mensajes a la convención (129). El 23 de junio Virginia ratificó en una votación dividida 89 a 79 en la cual quedó planteada también la necesidad de incorporar un *Bill of Rights*. Quedaban todavía New York, North Carolina y Rhode Island, cuyos votos a esa altura ya se daban por descontados. En New York sin embargo, el debate fue intenso entre el Gobernador Clinton alineado con los antifederalistas y Alexander Hamilton y John Jay a favor de la ratificación. El 26 de

(128) John Hancock había sido designado presidente de la Convención pero se negó a ocupar su puesto hasta que le prometieron apoyo a su candidatura como Vicepresidente en la elección nacional que tuviera lugar luego de ratificada la Constitución. Samuel Adams se opuso también hasta que se produjeron algunos acuerdos comerciales para la construcción de buques en los que se hallaba interesado. Conf. MORISON et al, *Growth of the American Republic*, vol 1, p. 259.

(129) BOWEN, *Miracle*, p. 295.

julio se produjo la ratificación por un escaso margen de 30 a 27 y con gestos de agitación por los antifederalistas quienes en Albany, capital del estado, llegaron a quemar un ejemplar de la Constitución (130). Luego ratificó North Carolina en noviembre 21 de 1789 (131).

Ya con anterioridad, el 13 de septiembre de 1788 el Congreso Continental había declarado que la Constitución estaba debidamente ratificada, y habían dado comienzo los preparativos para la elección del Presidente. Se fijó el primer miércoles de enero de 1789 para la designación de los electores y el primer miércoles de febrero para la elección del Presidente. Se estableció asimismo que el período presidencial comenzaría el miércoles 4 de marzo. No obstante recién el 30 de abril de ese año dio comienzo el período presidencial de George Washington. Se decidió también que New York sería la ciudad capital del nuevo gobierno (132).

b. El Federalista

Poco después de finalizada la Convención y ya en pleno proceso de ratificación, Alexander Hamilton, James Madison y John Jay se entregaron a la tarea de defender jurídica y políticamente el nuevo texto con miras a su aprobación final. New York era uno de los estados donde la resistencia era mayor de modo que en diversos diarios de la Ciudad de New York (133) aquéllos publicaron bajo seudónimo (134) entre octubre de 1787 y abril de 1788 una serie de setenta y siete artículos con el objeto de explicar el contenido del nuevo texto constitucional. Estos artículos —a los que luego se añadieron ocho más— inmediatamente se publicaron en dos volúmenes bajo el nombre *The Federalist* el cual puede ser considerado como el primer estudio de De-

(130) Idem, p. 306.

(131) El último de los trece estados originales en ratificar la Constitución fue Rhode Island, el cual lo hizo en mayo de 1790 mediante una convención convocada ese mismo año.

(132) MORISON et al, *Growth of the American Republic*, vol. 1, p. 261.

(133) Principalmente en *The Independent Journal*.

(134) Se autodenominaron indistintamente “un Ciudadano de New York” o “Publio”, lo que luego dificultó la identificación de cada uno como veremos.

recho Constitucional de los Estados Unidos. Si bien nunca pudo determinarse con exactitud cuantos trabajos escribió cada autor, no se discute que la mayoría de ellos procede de la pluma de Hamilton, a quien se atribuyen más de cincuenta, seguido de Madison y luego por Jay, quien habría escrito poco más de cinco. New York como vimos ratificó en julio de 1788 la Constitución. Es difícil determinar el peso que estos artículos tuvieron en la decisión ya que el estado probablemente otorgó la ratificación forzado por los acontecimientos políticos más que por la erudición de los defensores de la obra constituyente (135). No obstante, ello no resta mérito alguno a este trabajo memorable.

The Federalist adquirió inmediatamente gran trascendencia en la interpretación de la Constitución pues dos de sus autores habían sido convencionales constituyentes, lo que le otorgaba al trabajo una autoridad de la que John Marshall fue tributario. Es innegable por ejemplo que en *Marbury v. Madison* (136), al establecerse las bases del control judicial de constitucionalidad (*judicial review*) estuvieron presentes en el *Chief Justice* las palabras de Hamilton escritas en el No. 78. Asimismo una mención expresa del valor de la obra en la interpretación de la Constitución aparece en dos de sus sentencias más célebres: *McCulloch v. Maryland* (137) y *Cohens v. Virginia* (138). De igual

(135) Recordemos que cuando la convención de New York aprobó la Constitución, en julio de 1788, ésta ya estaba formalmente en vigencia, había sido ratificada por diez estados entre ellos los más importantes, además New York por ese entonces no era tan poderoso como lo ha sido después y por ende de no otorgar la ratificación quedaría en una situación de aislamiento. Existía además una amenaza —esgrimida por Hamilton— de segregar la parte sur del estado, incluyendo la ciudad de New York y su puerto, en caso de no obtenerse la ratificación.

(136) 5 U.S. 137 (1803).

(137) 17 U.S. 316 (1819). Dice Marshall en uno de los pasajes de su sentencia "*In the course of the argument, the Federalist has been quoted; and the opinions expressed by the authors of that work have been justly supposed to be entitled to great respect in expounding the constitution*" (p. 433).

(138) 16 U.S. 264 (1821). Dice allí: "*The opinion of the Federalist has always been considered as of great authority. It is a complete commentary on our Constitution, and is appealed to by all parties in the questions to which that instrument has given birth. Its intrinsic merit entitles it to this high rank, and the part two of its authors performed in framing the Constitution put it very much in their power to explain the views with which it was framed*" (p. 418).

modo años más tarde en *Pollock v. Farmer's Loan & Trust Co.* (139), otro *Chief Justice*, Melville W. Fuller, volvió a referirse a la importancia de la obra (140), opinión que ha sido compartida por la doctrina incluso en autores como Beard que ha sido crítico de la Convención de Philadelphia (141). En la Argentina *El Federalista* apareció traducido por primera vez en 1868 por José M. Cantilo, quien en sus palabras introductorias señalaba que "es un libro indispensable, como lo están mostrando las referencias que a él se hacen en los debates del Parlamento, en las discusiones de la prensa y aun en las disertaciones universitarias sobre materias regidas por nuestra Constitución, modelada en la de los Estados Unidos" (142). En México apareció primero en 1943 y luego en 1957 (143), una edición en español que ha tenido gran difusión en América Latina en la cual es especialmente mencionable el estudio preliminar de Gustavo Velasco. Tal como en muchas otras ediciones, los artículos aparecen allí atribuidos a cada uno de sus autores, lo que permite entender mejor el peso que cada uno de ellos tuvo en el conjunto del trabajo (144).

(139) 157 U.S. 429 (1895).

(140) Dijo: "*The Federalist demonstrates the value attached by Hamilton, Madison, and Jay to historical experience, and shows that they had made a careful study of many forms of government*" (157 U.S. 559).

(141) Obra citada en nota 120.

(142) HAMILTON, Madison, Jay: *El Federalista*, Imprenta del Siglo, Buenos Aires, 1868, p. III.

(143) HAMILTON, Madison y Jay: *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2ª edición, 1957.

(144) Siguiendo las autorías atribuidas en esta obra Hamilton habría escrito los Capítulos: 1, 6, 7, 8, 9, 11-18, 21-36, 59-61 y 65-85. Madison sería autor de los Capítulos 10 y 37-48 en tanto que Jay habría producido los Capítulos 2-5 y 64. El 18 y 19 parecen corresponder a la autoría conjunta de Hamilton y Madison y los Capítulos 49-58 y 63 pueden haber sido escritos por Hamilton o Madison. Esta distribución coincide, en términos generales, con algunas ediciones de habla inglesa por ejemplo la de William R. Brock y Christopher Bigsby (*Everyman*, London, reprint 1996), aunque ésta última concede a Madison la autoría de los que aparecen dudosos en la edición mejicana. Uno de los autores que más ha bregado asimismo por la defensa de Madison en la autoría de estos artículos dudosos ha sido Douglass Adair en un trabajo publicado en 1944. ADAIR, Douglass: *The Disputed Authorship of the Federalist Papers*, William and Mary Quarterly, april and July, 1944. En síntesis Hamilton se ocupó esencialmente del

Pese a haber sido escrita por tres autores diferentes y en trabajos separados, la obra tiene gran armonía e ilación. Luego de una introducción efectuada en el Capítulo 1, los cuatro siguientes hablan sobre las amenazas internacionales y luego en los Capítulos 6-8 se alude a los peligros internos de las hostilidades entre los estados. Esbozadas estas advertencias, en los Capítulos 9 a 23 se examinan las ventajas de constituir una Unión y de abandonar la Confederación de estados existente. Se examinan luego los poderes o competencias que debe tener la Unión para organizarse debidamente y así aparecen los poderes para la defensa común (24-26), y los poderes impositivos (30-36). Se pasa revista luego y hasta el final, a cada uno de los tres órganos de gobierno creados por la nueva Constitución. En primer lugar se explica la estructura general del nuevo gobierno y sus sistema de separación de poderes (47-51), donde aparecen los capítulos 47 y 51 que son una pieza admirable sobre los controles y equilibrios recíprocos de cada poder. El Congreso aparece desarrollado en los Capítulos 52-66, luego el departamento ejecutivo (67-77) y por último el Poder Judicial (78-83). En el Capítulo 84 Hamilton apuntó algunas respuestas a ciertas objeciones a la Constitución no contestadas en los Capítulos anteriores y en el Capítulo 85 hay una exhortación final a ratificar la Constitución pese a sus imperfecciones.

c. Alexander Hamilton

Me parece útil destacar aquí algunos datos sobre la vida de Alexander Hamilton (145), quien como hemos visto tuvo una importancia destacada en el nacimiento de los Estados Unidos. Físicamente el más pequeño de todos los convencionales, pero mentalmente uno de los más talentosos, había nacido en las Indias Occidentales en 1757, hijo ilegítimo de James Hamilton un comerciante escocés y de Rachel Faucett Lavien. No obstante su origen, llegó a convertirse en uno de los miembros principales de la sociedad neoyorquina merced a su empeño personal y a su casamiento en 1780 con Elizabeth Schuyler, hija del General Philip John Schuyler, integrante de una prominente fami-

Presidente y del Poder Judicial, Madison de la separación de poderes y del Congreso con excepción de las facultades del Senado sobre las cuales escribió Jay y éste habría tomado a su cargo

(145) Vid.: COOKE, Jacob E.: *Alexander Hamilton*, New York, Charles Scribner's Sons, 1982.

lia de New York. A los doce años, en 1769, luego de la muerte de su madre y la quiebra de su padre, comenzó a trabajar en el estudio contable de David Beckman y Nicholas Cruger, en Saint Croix, donde demostró una capacidad singular para comprender los secretos del comercio y las finanzas. Poco después, con la ayuda de amigos, pudo ingresar en 1772 en una escuela en Elizabethtown, New Jersey, y luego en el entonces King's College, actualmente la Universidad de Columbia.

Su primer contacto con la Revolución tuvo lugar en 1774 cuando en un acto público celebrado en el actual City Hall Park de New York pronunció un discurso instando a convocar a un congreso general de las colonias. Asimismo, en el invierno de 1774-1775 escribió dos panfletos anónimos titulados *A Full Vindication of the Measures of Congress from the Calumnies of Their Enemies* and *The Farmer Refuted*. Comenzada la guerra se convirtió en un capitán de artillería combatiendo en las batallas de Long Island, White Plains, Trenton, y Princeton. Su coraje llegó hasta los oídos de Washington quien en 1777, lo nombró ayuda de campo y secretario personal, donde también tuvo oportunidad de poner en evidencia su talento. En 1781, sin embargo, renunció por diferencias con el jefe revolucionario no obstante lo cual comandó un regimiento de infantería ligera de New York en la decisiva batalla de Yorktown.

Al finalizar la guerra estudió derecho en Albany, New York, fue miembro del Congreso Continental en 1782-83 y luego retornó a la práctica de la abogacía llegando a ser uno de los profesionales más destacados en New York. En 1786 asumió un rol destacado en la Convención de Annapolis, exigiendo que se consideraran aspectos del comercio internacional no previstos en los Artículos de la Confederación y participó en la redacción del documento por medio del cual se convocó a la Convención de Philadelphia. En la Convención como vimos su desempeño fue menor, pero luego se convirtió en un ardiente defensor de la Constitución desde los artículos que se volcaron en El Federalista. En 1789 el Presidente Washington lo nombró Secretario del Tesoro lo que le permitió en 1790 elaborar un informe que sirvió de base para el futuro sistema financiero de los Estados Unidos y en lo inmediato para resolver el problema de las deudas contraídas por los estados durante la Guerra de la Independencia. Hamilton murió en 1804 como consecuencia de la heridas sufridas en un duelo sostenido con Aaron Burr.

X. Incorporación del *Bill of Rights*

a. El proceso de gestación

Al finalizar la Convención de Philadelphia, quedó pendiente una cuestión que surgió reiteradamente, como vimos, en el proceso de ratificación. La Constitución no tenía una declaración de derechos (*bill of rights*) a pesar de que varios estados ya contemplaban en sus constituciones un estatuto de esa naturaleza (146). Por ello desde la ratificación de la Constitución comenzaron a producirse una gran cantidad de propuestas que ya sumaban un total de 103 enmiendas cuando el primer Congreso se reunió el 4 de marzo de 1789. En la Cámara de Representantes James Madison ocupaba una banca y tomó conciencia de la necesidad de resolver el problema que amenazaba con agigantarse de no ser encarado. Su correspondencia con Jefferson y la realidad política le hicieron comprender que pese a que como Federalista en la Convención no había apoyado la incorporación de un Bill of Rights, era necesario cambiar de actitud (147). Consecuentemente, decidió redactar una propuesta de incorporación de los derechos más importantes siguiendo para ello el trazado de las constituciones estatales.

El 4 de mayo Madison anunció que sometería a la Cámara un texto y el 8 de junio lo hizo con escaso éxito inicial. Al igual que en el caso de la ratificación de la Constitución, artículos periodísticos comenzaron a aparecer sobre el tema en el *New York Daily Gazette* a lo largo de los meses de junio y julio. El 21 de julio Madison volvió a insistir en su propuesta y se constituyó entonces el llamado Comité de los Once, presidido por John Vining de Delaware para examinar el trabajo (148)

(146) De los ocho estados cuyas constituciones poseían un *Bill of Rights* puede mencionarse el de Virginia, sancionado el 12 de junio de 1776, el de Delaware del 11 de septiembre de 1776, el de Pennsylvania también de 1776, y el de Massachusetts de 1780, entre los que más y mejor habían desarrollado un texto de esta naturaleza. Por el contrario, New Jersey, Georgia, New York y South Carolina proveían la protección de ciertos derechos en sus constituciones, pero sin haberles dedicado expresamente un capítulo por separado.

(147) Véase SCHWARTZ, Bernard: *The Great Rights of Mankind. A history of the American Bill of Rights*, Madison House, Wisconsin, 1992, p. 162 y ss.

(148) Estaba integrado además por: James Madison, Baldwin de Georgia, Sherman de Connecticut, Gilman de New Hampshire, Clymer de Pennsylvania, Burke de South Carolina, Benson de New York, Goodhue de Massachusetts, Gale de Maryland, y Boudinot de New Jersey.

el cual se expidió el 28 de julio proponiendo una serie de modificaciones. La Cámara entonces se constituyó en Comisión para examinar el informe del Comité de los Once y finalmente el 24 de agosto el proyecto fue aprobado y remitido al Senado en diecisiete artículos. El Senado deliberó los días 2-4 y 7-9 de septiembre reescribiendo la propuesta de la Cámara de Representantes. El proyecto fue reenviado a ésta última quien comenzó a considerar las modificaciones del Senado el 19 de septiembre. Ante la imposibilidad de aprobarlas se formó una comisión conjunta de ambas cámaras que finalmente produjo un informe de transacción. La Cámara aprobó el proyecto el 24 y el Senado lo hizo el 25 de septiembre. Washington como Presidente transmitió oficialmente la propuesta a los estados el 2 de octubre. El proyecto proponía doce enmiendas (artículos) y comenzaba así el proceso de ratificación que concluiría poco más de dos años después, el 15 de diciembre de 1791, con la ratificación de diez de las enmiendas propuestas, comunicada oficialmente por nota de Jefferson, como Secretario de Estado, el 1 de marzo de 1792.

Así como la ratificación de la Constitución fue un proceso conflictivo, la de las primeras enmiendas tampoco fue fácil. Hacía falta la ratificación de diez estados para alcanzar los tres cuartos de ellos exigidos en el Artículo V de la Constitución. Dentro de los seis meses de remitidas las enmiendas ocho estados, empezando por Maryland, las habían ratificado, con excepción de Virginia, Georgia, y Connecticut, pero en 1791 Vermont fue admitido como nuevo estado lo que elevó a once el número necesario. Poco después de su incorporación, Vermont ratificó en noviembre de 1791 y quedaba entonces Virginia como undécimo estado, el cual produjo su decisión el 15 de diciembre (149). El caso de Massachusetts es curioso ya que su Legislatura parece haberlas aprobado en 1790, pero no envió ninguna comunicación oficial del evento al gobierno federal, lo que recién tuvo lugar en 1939 (150), junto con las ratificaciones simbólicas de Georgia y Connecticut.

(149) En realidad la batalla por la ratificación tuvo lugar en el Senado de Virginia pues en la Cámara de Diputados del estado la aprobación había sido dada por amplia mayoría dos años antes en diciembre de 1789. SCHWARTZ, *The Great Rights*, p. 189.

(150) Schwartz dice que esto genera un dilema interpretativo pues la Constitución (Art. V) exige solamente la ratificación por las legislaturas estatales más no su comunicación oficial, de modo que la ratificación de Massachusetts bien podría ser computada desde 1790. SCHWARTZ, *The Great Rights*, p. 191.

b. Contenido de las primeras diez enmiendas

El texto de las enmiendas aprobadas por el Congreso en septiembre de 1789 e incorporadas a la Constitución en diciembre de 1791, refleja el reconocimiento de los principales derechos cuyo reconocimiento había movilizadado cívicamente a los súbditos del monarca inglés, tanto en suelo británico como americano. La primera de ellas (151) contiene dos de los derechos centrales del sistema constitucional de los Estados Unidos el de libertad de culto y la separación de la Iglesia con el Estado y la libertad de expresión. Luego se reconocen también el derecho de reunión y el de petición. Las dos siguientes prevén el derecho a la portación de armas y el de no estar obligado a alojar tropas en casas particulares, en tiempos de paz, sin el consentimiento de su propietario (152). La Cuarta Enmienda se refiere a la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados los que quedan al amparo de registros y allanamientos infundados (153).

Las cuatro enmiendas que siguen están dedicadas principalmente a la defensa en juicio, esto es los derechos reconocidos en sede judicial, sin perjuicio de la cláusula del debido proceso sustantivo que contempla la Quinta enmienda. Esta última, garantiza en primer lugar el juicio por jurados, el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito (*double jeopardy*), el derecho a no declarar en contra de sí mismo, y luego prevé el derecho a no ser privado de a vida, la libertad o la propiedad sin un debido proceso legal y a obtener una compensación económica justa en caso de expropiación por causa de utilidad pública (154). La sexta focaliza específicamente los derechos del acu-

(151) "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances".

(152) Amendment III: "A well regulated militia, being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms, shall not be infringed". Amendment III: "No soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the owner; nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law".

(153) "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized".

(154) "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land

sado en el proceso penal a tener un juicio público y rápido, celebrado ante un jurado imparcial seleccionado en el estado o distrito en el cual el crimen haya sido cometido; prevé también el derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación, a ser confrontado con los testigos de cargo, a ofrecer prueba y a recibir asistencia letrada (155). La séptima regula el derecho al juicio por jurado en causas civiles superado un monto mínimo (156) y la octava prohíbe establecer fianzas o multas exorbitantes, ni impone castigos crueles e inusuales (157).

Finalmente, la décima establece la existencia de derechos no enumerados expresamente (158) y la décimoprimer reconoce que los estados (o el pueblo de los estados) conservan para sí todos los poderes no expresamente delegados al momento de sancionar la Constitución (159).

or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation".

(155) *"In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense".*

(156) *"In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise reexamined in any court of the United States, than according to the rules of the common law".*

(157) *"Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted".*

(158) *"The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people".*

(159) The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.

B) LA REVOLUCIÓN FRANCESA

El 14 de julio de 1789 el rey Luis XVI anotó en su diario la palabra *rien* (nada). Su ceguera política no le había permitido comprender que desde allí en adelante ya nada sería igual para él, para su gobierno y para toda Francia.

XI. Las instituciones políticas antes de la Revolución

a. El rey y el poder real

Para entender mejor los por qué de la Revolución de 1789, vale la pena conocer el estado de las instituciones en Francia hasta ese momento y para ello nada mejor que comenzar por la figura central, esto es, el Rey y su autoridad casi ilimitada. Francia es una monarquía, escribía Luis XIV a su hijo (160). El rey —decía— representa a la nación

(160) Rey de Francia (1643-1715), conocido como el Rey Sol, había nacido el 5 de septiembre de 1638, en Saint-Germain-en-Laye, hijo del rey Luis XIII y Ana de Austria. Al morir su padre en 1643, su madre gobernó como regente bajo la impronta del cardenal Mazarino (ver nota 164). En su juventud se vio jaqueado por un movimiento político llamado La Fronda (dos rebeliones protestantes en contra de la Corona, que tuvieron lugar entre 1648 y 1653) y ello lo convenció de la necesidad de imponer orden, autoridad y reformas políticas, además de provocar en él una profunda desconfianza hacia la nobleza. En 1660, de acuerdo con el Tratado de los Pirineos que puso fin a la guerra con España, Luis se casó con su prima, la princesa española María Teresa, hija del rey Felipe IV e Isabel de Borbón. Al año siguiente murió Mazarino y Luis decidió gobernar por sí solo. Una de sus primeras decisiones fue designar ministro a Jean-Baptiste Colbert, quien ejerció una poderosa influencia en el gobierno reconstruyendo, entre otros logros, la Armada francesa. En el orden interno socavó la libertad religiosa de los protestantes (hugonotes) al revocar en 1685 el Edicto de Nantes, dando paso a la rebelión de los *camisards*. Cualquier oposición a sus designios, por lo demás, generaba la emisión inmediata de una *lettre de cachet*, orden real de detención de un individuo por tiempo indeterminado. Para asegurar más aún su dominio exclusivo, suspendió en 1614 las sesiones de los Estados Generales (Parlamento), los que recién fueron convocados más de un siglo después por Luis XVI en los umbrales de la Revolución. En política exterior, no cejó en el objetivo de glorificar a su país, consolidar sus defensas e impedir cualquier resurgimiento del poder de los Habsburgo, reinantes en España y Alemania. Para ello se embarcó en cuatro prolongadas guerras que agotaron económicamente a su reino. En 1667, alegando el derecho hereditario de su esposa (*jus devolutionis*), Luis invadió los Países Bajos españoles en la llamada guerra de Devolución. Sus rápidas victorias obligaron a Inglaterra, Holanda y Suecia a unirse para frenar a Francia y dieron lugar al Tratado de Aquisgrán (1668) que le permitió obtener doce fortalezas en Flandes. No tardó en aislar a los holandeses negociando la neutralidad inglesa y

entera y cada particular no representa otra cosa que un solo individuo respecto al rey. Por consecuencia todo poder, toda autoridad reside en manos del rey y sólo debe haber en el reino la autoridad que él establece. Sed el dueño, escuchad a vuestros consejeros, pero decid. Dios, que os ha hecho rey, os dará las luces necesarias, en tanto que mostréis buenas intenciones (161).

En este pequeño y simple ideario podría resumirse la monarquía absoluta de derecho divino que había sido fortalecida vivamente durante todo el siglo XVII como consecuencia de un proceso de concen-

sueca. En 1672, lanzó un ejército contra Holanda. Durante seis años los holandeses, con la ayuda de España y Austria, rechazaron los ataques franceses. Los tratados firmados en Nimega (1678) no desmantelaron Holanda, pero concedieron a Luis la región del Franco Condado y más fortalezas en Flandes. Demasiado confiado y mal asesorado, envió un ejército a Renania en 1688 con el fin de reclamar el Palatinado para su cuñada, Isabel Carlota de Baviera. Esta guerra con la Liga de Augsburgo (1688-1697) puso de manifiesto las graves deficiencias del ejército francés. A pesar de devastar Renania, la Paz de Ryswick (1697) no mejoró las defensas francesas, ni incrementó la gloria de la monarquía. Su última empresa militar, la guerra de Sucesión española (1702-1714), fue una victoria pírrica. Luis XIV pretendía colocar en el trono español al Duque de Anjou, uno de sus nietos y lo logró, pero a un alto costo. El Tratado de Utrecht (1713), reconoció como rey al descendiente del Rey Sol, quien gobernó como Felipe V, primer rey borbón en España, pero al mismo tiempo otorgó a los británicos varios territorios franceses en Norteamérica. Similar a su búsqueda de gloria en la guerra, fue su mecenazgo en el campo de las artes. Molière y Racine escribieron obras de teatro que fueron representadas en su corte. Las pinturas de maestros franceses decoraban sus palacios, donde la música de Jean Baptiste Lully amenizaba a sus invitados. Fundó también las academias de Pintura y Escultura (1655), de Ciencias (1666) y de Arquitectura (1671), y en 1680 creó la Comédie-Française. Falleció el 1 de septiembre de 1715 dejando en el trono a su bisnieto, un niño de cinco años, que se convirtió en el rey Luis XV. Vid.: BERNIER, Olivier, *Louis XIV: a Royal Life*. New York, Doubleday, 1987.

(161) Justificaba allí también la severidad del gobernante: "La mayor dulzura que podría tener con mi pueblo consiste en un poco de severidad; pues una disposición contraria le produciría, tanto por sí misma como por sus consecuencias, una infinidad de males. Porque inmediatamente que un rey desiste de lo que ha mandado, la autoridad se menoscaba y con ella la tranquilidad. Quienes ven más de cerca al príncipe son los primeros en darse cuenta de su debilidad, y los primeros también en abusar de ella; después, quienes están en segunda categoría, y así sucesivamente todos los demás que gozan de algún poder. La consecuencia es que todo viene a recaer en la parte más baja, oprimida así por mil y mil pequeños tiranos, en lugar de estar supeditada a un solo rey legítimo, cuya indulgencia sin embargo, ha causado todo ese desorden". Luis XIV: *Memorias sobre el Arte de Gobernar*, versión española publicada por Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires, 1947, p. 59.

tracción del poder real iniciado bajo Luis XIII (162) mediante el esfuerzo de sus astutos ministros los cardenales Richelieu (163) y Mazari-

(162) Hijo de Enrique IV y de María de Medici, había nacido en 1601 en el palacio de Fontainebleau, y reinó desde el homicidio de su padre ocurrido en 1610, hasta su muerte en 1643. Durante su minoridad, María de Medici actuó como regente y estableció una alianza con España, acordando en 1615 el matrimonio de Luis con la princesa Ana, hija de Felipe III rey de España. Como vemos tanto Luis XIII como su hijo, se casaron con princesas españolas como medio de fortificar lazos políticos. Su reinado estuvo bajo la influencia del cardenal Richelieu, quien pasó a formar parte de su consejo de ministros en 1624, y finalmente actuó como primer ministro hasta 1642 año de su fallecimiento. La política exterior de Richelieu, en contra de los Habsburgo, obligó a Francia a participar en la guerra de los Treinta Años como aliado de Suecia y de los príncipes protestantes de Alemania. El reinado de Luis también estuvo marcado por los ocasionales conflictos religiosos entre católicos y protestantes franceses, o hugonotes, y por las numerosas conspiraciones contra Richelieu. A su muerte heredó el trono su hijo Luis XIV. Vid.: MARVICK, Elizabeth: *Louis XIII: The Making of a King*. New Haven, Yale University Press, 1986.

(163) Armand Jean du Plessis, cardenal de Richelieu, nació en París, en septiembre de 1585. Empezó inicialmente la carrera militar, pero para conservar el obispado de Luçon (cerca de La Rochela) en la familia, se volcó a la carrera eclesiástica y a los veintidós años fue ordenado obispo. Como representante de los Estados Generales en 1614, volvió a entrar en la vida política y pronto obtuvo el favor de la reina María de Medici, madre de Luis XIII. Se convirtió en secretario de Estado en 1616. Al año siguiente, perdió el favor político y, junto con la reina madre, fue desterrado de la corte. La reconciliación entre el rey Luis XIII y su madre en 1622 le proporcionó el capelo cardenalicio y en 1624 se convirtió en consejero de aquél. A partir de allí comenzó una eficaz política de alianzas y ofensivas con todas las naciones europeas tendiente a fortalecer el poder real. Para asegurar las relaciones amistosas con Inglaterra, acordó el matrimonio entre la princesa Enriqueta María hermana de Luis XIII y el futuro rey Carlos I de Inglaterra. Para restablecer el prestigio de Francia en los asuntos europeos y limitar el crecimiento de poder de los Habsburgo, ya establecidos en España y Austria, se alió con los holandeses y alemanes, enemigos de aquella dinastía. Para obtener fortalezas estratégicas en Italia y contrarrestar allí el poder de los Habsburgo, implicó a Francia en una lucha contra Austria y España cuando se planteó la sucesión al trono de Mantua (1628-1631). En 1631 subvencionó la invasión de Alemania por el defensor de la causa luterana, Gustavo Adolfo, rey de Suecia. Más tarde, hizo de Francia un activo aliado de los protestantes alemanes mandando tropas francesas a luchar en la guerra de los Treinta Años. Mientras tanto, al considerar que la fuerza de los hugonotes franceses era una amenaza para el poder absoluto del rey, sitió su fortaleza de La Rochela, en 1628. Los hugonotes perdieron el poder militar y político; a pesar de ello, se les aseguró la libertad religiosa. Mediante medidas enérgicas y eficaces consiguió eliminar el peso político de las grandes familias francesas haciendo del rey un monarca absoluto y convirtiendo a Francia en la primera potencia militar de Europa, especialmente a través de sus guerras con España. Llegó a apoyar la insurrección de Cataluña (1640), ocupando el Rosellón (1642), así como la separación de Portugal de la Monarquía Hispánica (1640). Estimuló las explotaciones y las colonizaciones francesas en Canadá y las Indias. Pa-

no (164). Así, a diferencia de los ingleses que cruzaron los umbrales del siglo XVIII habiendo establecido una monarquía constitucional controlada por un Parlamento cada vez más fuerte, los franceses lo hicieron de la mano del Rey Sol, encumbrado en la cima del absolutismo.

Si bien las características del monarca absoluto de derecho divino son en general bien conocidas, vale la pena recordarlas brevemente siguiendo para ello la explicación de Brissaud (165). Según este autor son dos los caracteres típicos, primero la unidad de comando mediante la cual se destruyó el poder político de todos quienes pudieran rivali-

trocinador liberal de la literatura, fundó la Academia Francesa. Murió en París, el 4 de diciembre de 1642. Véase: BELLOC, Hilaire: *Richelieu: A Study*, J.P. Lippincott, London, 1929.

(164) Giulio Mazarino nació el 14 de julio de 1602 en Pescina (Italia) y se convirtió en protegido de la poderosa familia Colonna. Estudió con los jesuitas y destacó en el cuerpo diplomático del Vaticano. Fue nombrado enviado papal en Francia en 1634. Allí conoció a Richelieu, a quien ayudó, de forma encubierta, contra los Habsburgo españoles y austríacos en la guerra de los Treinta Años. En 1639 se hizo súbdito francés y dos años después Luis XIII recompensó sus servicios obteniendo del Papa el nombramiento de cardenal. Tras la muerte de Luis XIII, Ana de Austria lo designó primer ministro y tutor de su hijo el rey Luis XIV. Mazarino continuó la política de concentración del poder real iniciada por Richelieu. En el extranjero, logró que la guerra de los Treinta Años concluyera con éxito, debilitó a la dinastía Habsburgo y consiguió Alsacia para Francia. Su política interior fue insensible al descontento popular provocado por la escasez de alimentos y los altos impuestos causados por la guerra. La detención de un magistrado en 1648 provocó una rebelión en París y desencadenó las guerras civiles conocidas por el nombre de la Fronda. El odio hacia Mazarino unió a los habitantes de París y a la nobleza en una lucha de cinco años contra el absolutismo real. La Fronda expulsó a Ana, a Luis y a Mazarino de París; finalmente Ana y el Rey regresaron, pero Mazarino huyó a Alemania, dirigiendo allí la represión de los rebeldes. A su regreso a París en 1653, se dedicó por entero a Luis XIV, y le instruyó en temas diplomáticos, bélicos y de gobierno. Ávido coleccionista de arte y jugador empedernido, Mazarino amasó una enorme fortuna. Introdujo la ópera italiana en la corte, fundó el Colegio de las Cuatro Naciones (sede del actual Instituto de Francia) y abrió su biblioteca al público. El principal logro de su carrera fue el Tratado de los Pirineos de 1659, que puso fin a la guerra con España, por el cual Francia anexó las provincias de Artois, Rosellón y la Cerdeña, lo que permitió luego a Luis XIV colocar a su nieto en el trono español luego de la Guerra de Sucesión española (ver nota 160). Murió el 9 de marzo de 1661 en Vincennes. Vid: HASSALL, Arthur, *Mazarin*, Macmillan, London, 1903.

(165) Este autor, profesor de historia en la Universidad de Toulouse, dedicó un volumen entero (aparecido en Francia en 1904) a la explicación del Derecho Público francés anterior a la Revolución. BRISSAUD, Jean, *A History of French Public Law*, versión inglesa de James Garner, Little Brown & Co. Boston, 1915. En adelante: BRISSAUD.

zar con el rey, especialmente la nobleza, el clero y por supuesto el pueblo. Agrega además que la conducción de las relaciones exteriores fue lo que permitió la consolidación del poder real. En segundo lugar la idea de que la persona del rey era sagrada por ser vicario de Dios en la tierra. Siendo absoluto el poder de Dios, parecía natural que también lo fuera el de su representante. La monarquía de derecho divino consideraba así, que el Papa era el representante de Dios en lo espiritual, mientras que el rey lo era en lo terrenal. De ello derivaba naturalmente que el rey sólo era responsable de sus actos ante Dios, sus súbditos carecían de otros derechos que los de las criaturas ante su creador, no obstante que, en teoría, el rey no estaba legitimado para oprimirlos.

El rey, que ejercía poderes emanados de la autoridad divina, no tenía prácticamente más obstáculos en su autoridad que la ineficacia o negligencia de sus súbditos, y se conducía bajo la inspiración de la razón de estado. Su soberanía era completa, absoluta, inalienable e indivisible. Podía ser delegada pero sólo parcial y temporariamente. Del rey emanaba toda la legislación, ordenaba ir a la guerra, firmaba los tratados de paz, designaba todos los magistrados, ejercía en última instancia la administración de justicia, tenía el poder de perdón, el de acuñar moneda, y el poder impositivo (166). Sus únicas limitaciones derivaban de las leyes consuetudinarias de sucesión al trono y de la obligación de respetar la indivisibilidad del reino. En relación con lo primero, el rey estaba obligado a entregar la corona a su hijo mayor o en ausencia de éste a quien la ley designara heredero del trono a quien no podía desheredar. Debía respetarse el derecho a la primogenitura (167) y a diferencia de lo que ocurría en Inglaterra y España se excluía a las mujeres de la sucesión a la corona (168). La corona era una propiedad personal del monarca y por ende se transmitía como tal, como un derecho patrimonial. Tampoco podía renunciarse al trono. En relación con la indivisibilidad del reino el rey estaba constreñi-

(166) BRISSAUD, ps. 330-338.

(167) El hijo mayor del Rey y su heredero natural fue llamado Delfín (*Dauphin*) desde 1349.

(168) Esta disposición consuetudinaria, llamada Ley Sálica, se aplicó expresamente desde 1316 al morir Luis X. También fue extendida a los herederos al trono por línea de descendencia materna. BRISSAUD, p. 344.

do a no desmembrar sus componentes territoriales, esto es, los ducados, marquesados, condados y baronías.

En sus tareas el rey estaba asistido por diferentes clases de ministros y funcionarios administrativos que no llegaban a integrar orgánicamente un gabinete en el sentido moderno del término. Uno de los más altos rangos era el de *Chancelier* (Canciller) funcionario permanente e inamovible que presidía el consejo real en ausencia del rey y tenía además la custodia del sello real encargándose de revisar todos los documentos en los cuales éste fuera colocado (169). Se distingue también el cargo de *contrôleur général* (controlador general) creado en 1547 con competencia para verificar los pagos efectuados por la tesorería, lo que le daba cierto poder sobre los otros ministros y funcionarios. Sus funciones se incrementaron bajo Luis XIV cuando fue eliminada la Superintendencia de Finanzas (equivalente al ministerio de economía) con la caída de Fouquet en 1661 (170). A partir de allí el *contrôleur général* fue en la práctica el ministro de finanzas. Por último si bien formalmente no existía el cargo de primer ministro hubo quienes lo ejercieron de hecho, tales como Richelieu y Mazarino o el propio cardenal Fleury bajo Luis XV.

b. Los Estados Generales

La única forma de asamblea parlamentaria que se conoció en Francia antes de la Revolución, fueron los llamados Estados Generales. Su origen en el año 1302 cuando Felipe IV se hallaba en disputa con el

(169) El poder del Chancelier fue tan grande que llegó obstaculizar al propio rey que no podía removerlo. Por ello en 1551 se le quitó la custodia y empleo del sello real la que fue confiada específicamente a un nuevo funcionario con el título de guardasellos que no ostentaba inmunidad funcional alguna. El cargo fue eliminado en 1790. BRISSAUD, p. 393.

(170) Nicolás Fouquet, ministro de Finanzas de Luis XIV, había construido como residencia personal el palacio de Vaux le Vicomte, uno de los más hermosos de Francia, situado cerca de Melun al sudeste de París, y decidió invitar al rey a una gran recepción dada en su honor. El lujo y tamaño del palacio provocaron la ira y envidia del rey que ordenó el arresto inmediato de Fouquet quien pasó veinte años en prisión. Este desgraciado suceso para Fouquet haya sido ocasión para que el Rey Sol en sus memorias escribiera a su hijo "De todas las funciones soberanas, aquella de la cual un príncipe debe ser más celoso es el manejo de las finanzas. Es la más delicada de todas porque es la más capaz de seducir al que la ejerce y la que muestra más facilidades de corrupción", *Memorias*, p. 52.

papa Bonifacio VIII por la sumisión del rey francés al pontífice romano (171) y decidió convocar a los tres estados del reino, el clero, la nobleza y la burguesía de las ciudades (el tercer estado), a reunirse una asamblea con el objeto de dar al rey consejo y auxilio. A partir de allí los reyes franceses convocaron asambleas similares con cierta regularidad en los siglos siguientes. Las más conocidas son la de Tours (1484), Orléans (1560), y Blois (1576 y 1588). No obstante su empleo fue escaso y decreciente (172) y la última de ellas fue celebrada en 1614. A partir de allí los Estados Generales fueron casi olvidados, hasta que Luis XVI los convocó nuevamente en los albores de la Revolución en un intento por evitar su estallido.

A diferencia del Parlamento inglés creciente en poder político y futuro eje del sistema constitucional, los Estados Generales en Francia nunca pasaron de ser reuniones ocasionales y breves, dotadas de meras funciones informativas y consultivas, convocadas y clausuradas por voluntad del rey, en donde los tres estados deliberaban, por lo general, en forma separada y luego se hacían conocer recíprocamente el contenido de sus opiniones. Los delegados además, estaban compelidos a discutir estrictamente en los términos de su mandato, sin poder apartarse de las instrucciones recibidas de sus electores. La votación no era individual sino que se votaba por distrito una vez conformada, por mayoría, la decisión de cada uno de ellos. Al clausurarse la sesión se formulaban una serie de peticiones al rey quien no quedaba obligado a resolverlas ni menos aun a concederlas (173).

c. La administración de justicia

Una vez finalizada la era del feudalismo, la regla general a partir del siglo XVI fue que toda la justicia emanaba del rey. Anteriormente se distinguían al menos cuatro clases de tribunales: los reales, los ecle-

(171) Bonifacio VIII (1235-1303), nacido con el nombre de Benedetto gaetani, fue elegido Papa en 1294. Intentó someter al rey Felipe IV de Francia (1268-1314) a su autoridad dictando las bulas *Ausculda Fili* y *Unam Sanctam*, sin éxito. La consecuencia fue el Cisma de Avignon y el papado de Clemente V con sede en esa ciudad. Véase: SEPPELT, Franz Xaver: *Storia dei papi*, Edizioni Mediterranee, Roma, 1964, Vol. 2.

(172) Hubo trece reuniones en el siglo XIV, ocho en el siguiente, sólo cinco en el siglo XVI y una sola en el siglo XVII (1614). BRISSAUD, p. 361.

(173) BRISSAUD, ps. 365-367.

siásticos, los señoriales (administrados por la nobleza feudal) y los comunales, aun cuando con excepción de los tribunales de la Iglesia, los restantes también administraban justicia en nombre del rey por virtud de una delegación tácita o expresa. Se ejercía de este modo la llamada *justicia delegada* que cesaba en cuanto el rey decidía ejercerla por sí mismo (*justicia reservada*). Dado que era poco frecuente que el rey en persona estuviera presente en un tribunal, nombraba para cada caso en particular comisionados que en realidad sólo ejecutaban la voluntad real. Obviamente se los empleaba en cuestiones de interés político. En el marco de la llamada justicia reservada, se emplearon varias vías procesales. La primera de ellas eran las llamadas *lettres de grâce* por medio de las cuales se concedía tanto un privilegio como un perdón; en segundo lugar existían los *committimus* (avocación) por medio del cual el consejo real podía modificar la jurisdicción de los tribunales inferiores y finalmente la *cassation*, instituto que luego tuvo un gran desarrollo en tiempos modernos, que permitía al consejo real revocar una decisión de un tribunal superior cuando hubiere incurrido en la violación de una estatuto u ordenanza (174).

En lo atinente a la organización judicial en el orden nacional (175), debe tenerse en cuenta principalmente la existencia de dos órganos: a) el Consejo Privado y b) el Parlamento de París, ambos derivados de la *curia regis*. Recordemos en primer lugar que en el medioevo francés existió la llamada *curia regis* una suerte de consejo real compuesto irregularmente por nobles y prelados que ejercía funciones judiciales y de asesoramiento en materia política y legislativa se dividió en tiempos de San Luis (176) en tres partes: 1) el consejo estrictamente, que retuvo funciones políticas y administrativas, pero ejerció también funciones judiciales; 2) el Parlamento de París que se constituyó en un tribunal general para todo el reino y 3) una cámara o división con competencia en materia financiera.

(174) BRISSAUD, ps. 426-432.

(175) Existían también tribunales locales. Ver BRISSAUD, p. 443 y ss.

(176) Luis IX (San Luis) nació en 1214 hijo del rey Luis VIII y Blanca de Castilla y falleció en 1270. Fue coronado en 1226 y a lo largo de sus cuarenta y cuatro años de gobierno se caracterizó por su piedad religiosa y su espíritu guerrero. Dirigió dos cruzadas y murió en la segunda de ellas en el norte de África. Fue canonizado en 1297. Vid.: HERNÁNDEZ, Francisco Martín: *San Luis Rey de Francia*, en *Año Cristiano*, Tomo III, Madrid, Ed. Católica (BAC 185), 1959, ps. 483-489.

El llamado Parlamento de París (177), fue dividido a su vez en diferentes secciones (cámaras) que con el tiempo se convirtieron en tribunales permanentes. Ellos fueron: a) la *Grand Chambre*, b) la *Chambre des Enquêtes*, c) la *Chambre des Requêtes*, d) la *Tournelle* y e) la *Chambre de l'Edit* (178).

a) La *Grand Chambre* (Gran Cámara) o *camera placitorum*, era el tribunal en el cual se sentaban el rey y los pares del reino. Su jurisdicción se extendía a casos concernientes a la corona, los dominios reales, los infantados (179), los pares del reino, la Universidad de París y las comunidades bajo la protección del rey. Ejercía una jurisdicción revisora sobre la *Chambre des Enquêtes* y la *Chambre des Requêtes*.

b) La *Chambre des Enquêtes* (Cámara de Investigaciones) tenía a su cargo la instrucción de un caso en el lugar en el cual los hechos hubieran ocurrido. Esta tarea podía realizarse por funcionarios del tribunal (*auditeurs*) o bien podía requerirse el auxilio de funcionarios locales (alguaciles o senescales), que recolectaban pruebas, tomaban testimonios etc, bajo la dirección de un funcionario (*commisaire*) que dirigía la investigación. Una vez completada esta etapa instructoria, el caso era remitido a los *regardeurs* (observadores) y *entendeurs* (180) para el dictado del pronunciamiento. Se advierte en este tribunal una distinción frecuente en el mundo judicial entre la etapa de investigación del caso y la de juicio.

c) La *Chambre des Requêtes* (Cámara de Peticiones) intervenía en demandas planteadas por particulares. Si se trataba de peticiones de perdón eran enviadas al rey, si se trataba de otros asuntos eran dirigidas a los funcionarios del tribunal.

(177) Puede verse que la misma palabra tiene en Inglaterra y Francia significados distintos. En un país es una asamblea legislativa que además ejerce funciones jurisdiccionales en una de sus cámaras (House of Lords), en el otro es solamente un tribunal de justicia.

(178) BRISSAUD, ps. 438-441.

(179) Territorios dedicados a la manutención de los infantes reales.

(180) La traducción sería entendedores, esto es, los que entendían en el caso y lo decidían.

d) La *Tournelle* era un tribunal con competencia en asuntos penales, que durante mucho tiempo se integró en forma ocasional con jueces de la Grand Chambre designados para la investigación de casos en particular hasta que logró cierta estabilidad a partir del 1446. Sus jueces fueron elegidos por turno (de allí su nombre) entre los de la Grand Chambre y los de la Chambre des Enquêtes.

e) La *Chambre de l'Edit* (Cámara del Edicto) había sido establecida por el Edicto de Nantes (1598), como tribunal especial para los hugonotes. Tenía una composición mixta de católicos y protestantes pero en 1669 Luis XIV siguiendo su política restrictiva en materia de libertad religiosa abolió esta integración y sólo permitió a los protestantes recusar a dos o tres jueces.

Por encima de los tribunales que integraban el Parlamento de París, estaba el Consejo Privado. Como fruto de la primera división a la que aludí anteriormente, el consejo real se dividió a su vez en varias secciones que sumaban cuatro en la época de Luis XIV: a) el Consejo de Estado, máxima autoridad administrativa; b) el Consejo de Despachos, así llamado pues sus decisiones eran despachadas con el sello del secretario de estado; c) el Consejo de Finanzas y d) el Consejo Privado. Este último ejercía esencialmente funciones judiciales y tenía cuatro clases de miembros: 1) los de pleno derecho, esto es los ministros del

(181) El Edicto de Nantes fue una disposición dictada en 1598 por medio de la cual Enrique IV de Francia al término de las llamadas Guerras de Religión (1562-1610) otorgó la libertad religiosa parcial a los hugonotes (protestantes franceses). Garantizó la libertad de conciencia de aquéllos en toda Francia, se les permitió también construir iglesias y celebrar servicios religiosos en ciertos pueblos y en los suburbios de las ciudades, excepto en las ciudades episcopales y arzobispales, en las residencias reales y en un radio de cinco millas de París. Los nobles hugonotes podían celebrar servicios religiosos en sus casas, se les garantizaban los derechos civiles y el derecho a desempeñar cargos públicos, se permitió que cuatro universidades o escuelas, Montauban, Montpellier, Sedan y Saumur, fueran hugonotes y se estableció también la *Chambre de l'Edit*. Las disposiciones del Edicto de Nantes nunca se cumplieron en su totalidad, ni siquiera durante el reinado de Enrique IV. El cardenal Richelieu revocó las cláusulas políticas del Edicto en 1629 y durante el reinado de Luis XIV se reanudaron las persecuciones de los hugonotes, en particular después de 1685. En 1685 el Edicto fue revocado lo que generó un éxodo masivo de hugonotes que se refugiaron en los países protestantes. En 1788 se publicó un nuevo edicto que devolvía todos sus derechos a los hugonotes que vivían todavía en Francia. Los posteriores acontecimientos revolucionarios profundizaron esta devolución. Vid.: KLOSSOWSKY, Pierre: *La Revocación del Edicto de Nantes*, Tusquets, Barcelona, 1999.

rey; 2) los consejeros de estado, elegidos entre el clero, el ejército y los jueces de varios tribunales; 3) algunos jueces de la *Chambre des Requêtes* y 4) los secretarios. El Consejo privado que administraba justicia directamente en nombre del rey, era en la práctica: un tribunal de apelación, una corte de casación y podía a su vez avocarse en casos pendientes ante los tribunales del Parlamento de París.

Una de las características más criticables del sistema judicial francés prerrevolucionario fue la forma de adquirir los nombramientos. A partir de los siglos XIV y XV fue habitual (y legal) que un juez en lugar de renunciar y permitir que el rey designara otro en su puesto, vendiera su cargo a un tercero obteniendo a cambio una suma de dinero, práctica que bajo el reinado de Francisco I (1515-1547) generó un mercado abierto que duró hasta la Revolución. Esta costumbre (luego legalizada en disposiciones particulares), que se extendía también a los puestos en la Administración, generaba cuantiosas ganancias para el Tesoro, ya que cuantos más cargos públicos fueran creados, más ingresos se obtenían. Por lo demás, ello producía también un constante incremento en el valor de los cargos ya que quien lo vendía pretendía hacer una diferencia entre el precio de compra y el de venta. No hace falta decir que el sistema favorecía la propagación de una corruptela inconciliable con la sana administración de justicia, ya que además de sólo permitir el ingreso a la función judicial de aquellos que podían pagar por ello, muchos de los que accedían perseguían fines meramente especulativos. Así, se adquirían los cargos judiciales con el mismo espíritu que hoy día se compran *commodities* o títulos en un mercado de valores.

Una vez comprado su puesto en un tribunal, el juez era inamovible salvo causas de mala conducta establecidas en un proceso judicial. Si el juez moría en su cargo sin haberlo vendido, el rey podía venderlo nuevamente en su propio beneficio. Asimismo a partir de 1604, se estableció un sistema llamado "Paulette" (182) mediante el cual los cargos judiciales podían ser hereditarios, debiéndose pagar al Tesoro para ello un monto anual equivalente a un sexto de su valor. Por último a comienzos del siglo XV, se hizo obligatorio el pago de honorarios judiciales a los jueces. Las partes debían establecer el monto de los honorarios en función del valor o importancia del caso y aquéllos eran dis-

(182) Había sido inspirado por un secretario del rey llamado Charles Paulet.

tribuidos entre los jueces del tribunal una vez dictada la sentencia (183).

d. *Libertades civiles*

Bajo la monarquía de derecho divino la ausencia de libertades civiles era completa. A diferencia de Inglaterra donde con grandes esfuerzos como vimos, aquellas alcanzaron un cierto grado de garantías a lo largo del siglo XVII, en Francia por el contrario, no existía recurso o remedio alguno en contra de las detenciones arbitrarias, las que eran ordenadas por el rey mediante un simple instrumento llamado *lettre de cachet*, la administración de justicia como vimos era ejercida en ocasiones por meros comisionados, y se practicaban acusaciones genéricas invocando lesa majestad (*lèse majesté*). Tampoco la propiedad privada tenía protección alguna frente a confiscaciones generales o impuestos excesivos. La libertad comercial estaba obstruida por numerosas regulaciones y no había libertad de culto para los no conformistas, quienes usualmente eran perseguidos. La prensa sufría las mismas restricciones derivadas de la censura previa que en Inglaterra durante la vigencia de la Compañía de Libreros (184) y bajo Luis XV se estableció un órgano público que permitía revisar la correspondencia (185).

e. *Los teóricos del absolutismo*

El absolutismo monárquico en Francia tuvo en el terreno de las ideas, como veremos enseguida, sostenedores y detractores. Entre los primeros, voy a citar solamente a dos de ellos: Bodin y Bossuet.

Jean Bodin nació en Angers en 1520, probablemente de origen judío y murió en Laon en 1596. Estudió derecho en Toulouse donde en 1559 pronunció su *Oratio de instituenda in republica juventute*, acerca de la instrucción pública de la juventud. A la edad de cuarenta años viajó a París y en 1566 escribió la primera obra que alcanzó cierta celebridad, *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, en la cual ade-

(183) BRISSAUD, ps. 458-461.

(184) Véase mi trabajo citado en nota 1.

(185) BRISSAUD, ps. 338-341.

lantándose a Montesquieu (186), aludió a la influencia de los climas en la vida política y social. Diez años más tarde, en 1576, publicó *Les Six Livres de la République*, el estudio que le otorgaría posteridad en el mundo del pensamiento. Allí Bodin desarrolla su tesis sobre la soberanía y si bien no propicia la existencia de un rey absoluto, sí sostiene la necesidad de que el poder del Estado sea soberano. Bodin no utilizó la palabra Estado sino república, por la influencia de la tradición antigua, pero además le unió al concepto la idea elemental de toda asociación, el núcleo de toda sociedad: la familia. Pero esta reunión de familias que forma una república, no posee una organización anárquica, sino que para ser en realidad una república necesita otro elemento, la suprema autoridad, concepto en el cual subyace la idea de la soberanía.

Así, para Bodin la soberanía es un poder absoluto y perpetuo, entendiéndose por absoluto la potestad de dictar y derogar las leyes. Por perpetuo entendió el poder irrevocable, el poder por tiempo ilimitado y basado en la teoría de Aeneas Sylvius, deseó una unidad universal. Por ello para Bodin la soberanía del estado no necesariamente implica la soberanía de un príncipe absoluto. En síntesis, si bien no puede atribuirse a Bodin el haber propiciado directamente la existencia de un monarca absoluto, su teoría de la soberanía lo favoreció (187).

Distinto es el caso de Jacques Bénigne Bossuet, clérigo católico y uno de los más grandes oradores de púlpito franceses. Nació en Dijon el 25 de septiembre de 1627. Su educación se llevó a cabo en escuelas jesuitas y fue ordenado sacerdote en 1652 en el Collège de Navarre, París. Desde 1670 hasta 1681 fue preceptor del gran delfín, hijo de Luis XIV, para quien escribió su gran *Discourse sur l'histoire universelle* (1681), uno de los primeros intentos por dar un tratamiento filosófico a la historia, donde sostenía que ésta se encuentra impulsada por la providencia. En 1681 fue consagrado obispo de Meaux, cargo que ocupó hasta su muerte el 12 de abril de 1704 en París. Bossuet es recordado asimismo por sus *Oraisons funèbres*, panegíricos sobre relevantes

(186) Recordemos que casi dos siglos después, Montesquieu hizo especial hincapié en la influencia del clima en la vida política de los pueblos. El Espíritu de las Leyes, Libro XVII.

(187) Véase por ejemplo: FRANKLIN, Julian H.: *Jean Bodin and the Rise of the Absolutism Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973.

personajes nacionales, pronunciadas a lo largo de toda su carrera. Participó en las disputas entre Luis XIV y el papa Inocencio XI acerca de los respectivos derechos monárquicos y pontificios de Francia. Las opiniones de Bossuet, favorables al rey, se convirtieron en el fundamento ideológico que legitimó posteriores reivindicaciones por parte del rey y de la Iglesia católica en Francia en busca de una mayor independencia de la Santa Sede (188).

En relación con el derecho divino de los reyes, Bossuet escribió un opúsculo aparecido en 1709 después de su muerte, titulado *Politique tirée de l'Écriture Sainte* (Política tomada de las Sagradas Escrituras), donde sostiene que la autoridad real tiene cuatro características: sagrada, paternal, absoluta y debe estar sometida a la razón. Es sagrada pues los reyes son los ministros de Dios en la tierra, por ende la figura del rey también es sagrada y atentar en su contra es sacrilegio. De esta primera afirmación derivan, con igual fuerza dogmática, las tres restantes (189).

f. Los teóricos del antiabsolutismo

Al lado de los teóricos del absolutismo, hubieron también el siglo XVII francés defensores de posturas limitativas del poder real. Sus obras en conjunto fueron analizadas por el profesor Alexander J. Carlyle (1861-1943) de la Universidad de Oxford, en un interesante trabajo publicado en 1941 (190). Carlyle destaca los trabajos de cinco juristas que propiciaban una contención de la autoridad del rey y su sumisión a la ley y a los Estados Generales. Ellos son: Claude Joly, Fénelon, Jurieu, Guy Coquille y Charles Loyseau.

El primero de ellos escribió en 1653 una obra titulada *Recueil des maximes véritables et importantes pour l'institution du Roi, contre la fausse et pernicieuse politique du Cardinal Mazarin, prétendu surintendant de l'éducation de Sa Majesté*, donde concluye que el poder del rey no es absoluto sin fronteras ni límites llegando a decir que cuando

(188) Vid.: LANSON, Gustave: *Bossuet (European Political Thought)*, reprint, Ayer Company Pub., Manchester, New Hampshire, 1979.

(189) Algunos fragmentos de esta obra pueden verse en Memorias sobre el Arte de Gobernar, cit. en nota 161, ps. 145-151.

(190) CARLYLE, A.J.: *Political Liberty. A History of the Conception in the Middle Ages and Modern Times*, Oxford University Press, 1941, Part II, Chap. III.

San Pablo ordenaba a los cristianos que obedecieran al príncipe lo hacía porque los reyes son establecidos por Dios para el castigo de los malos y la protección de los buenos. Esos son los principales elementos de justicia y los reyes deben comprender que no deben usar el poder discrecional ni arbitrariamente en contra del inocente o del culpable. Por ende según Joly la autoridad del rey no es ilimitada y debe tener como fin la preservación de la justicia y el derecho. Agrega Carlyle, que en opinión de Joly la autoridad de los reyes deriva del pueblo, por intermedio de los Estados Generales, lo que suponía un giro copernicano en la concepción de la autoridad real vigente en aquella época, llegando a decir que el poder impositivo no puede ejercerse directamente por el monarca sino que debe emanar de aquella asamblea legislativa, todo lo cual representa una fuerte defensa de la monarquía constitucional.

Al igual que Bossuet, Fénelon, Arzobispo de Cambrai, fue preceptor de un heredero del trono, en este caso del Duque de Borgoña, nieto de Luis XIV, bien que mostró inclinaciones políticas y sociales muy diferentes. Nacido en Fénelon (Perigord) en 1651 y fallecido en 1715, su nombre verdadero era François de Salignac de la Mothe. Ordenado en 1675, fue tutor del vástago real entre 1689 y 1699. En tal condición escribió una obra titulada *Les Aventures de Telemache* (Las Aventuras de Telémaco) deslizando implícitamente en ella, bajo forma de diálogo, una crítica satírica al gobierno de Luis XIV, lo que provocó el disgusto de éste. Con anterioridad en 1687 había escrito *Traité de l'education des filles*, en el cual hizo una defensa de la educación de las mujeres y más tarde en 1697 escribió *Explication des maximes de saints sur la vie intérieure*, que mereció una condena papal —influenciada por Bossuet— por defender allí las doctrinas del quietismo místico de Madame Guyon. Su legado político más importantes reside en Las Aventuras de Telémaco, en donde sostiene la limitación del poder real y la sumisión del rey a las leyes.

Carlyle menciona también a Jurieu, protestante y profesor de Teología, que se refugió en Holanda cuando Luis XIV hostilizó a los hugonotes. Allí enseñó esta materia en Rotterdam y escribió a sus hermanos en la fe varias *Lettres Pastorales*. En la tercera de ellas se refirió al poder real manifestando que los hombres son naturalmente libres e independientes y es el pueblo el que ha establecido los reyes, de modo tal que el rey no puede ir en contra de su propio pueblo ni violar las leyes fundamentales del Estado.

Guy Coquille, anterior a los ya mencionados, escribió dos obras en las cuales propicia también una restricción a los poderes absolutos de los reyes post renacentistas por oposición a los monarcas medievales. La primera de ellas llamada *Discours des Etats de France* fue escrita con ocasión de los Estados Generales de 1588 celebrados en Blois. Sostiene en ella la necesidad de subordinar la autoridad del rey a los dictados de la mencionada asamblea legislativa. La segunda, *Institution de Droit de France*, aparecida veinte años después, repite un concepto similar. De igual modo, Loyseau un poco posterior a Coquille, escribió en 1610 *Du Droit des Offices*, en donde sostiene —entre otras ideas— que el rey no puede ser juez de su propia causa sino que debe someterse a la justicia de sus súbditos.

XII. La cuestión económica

En el párrafo anterior he examinado la causa mediata de la Revolución, es decir el despotismo y la falta de libertad cívica. En el presente me ocuparé de la causa inmediata: el problema económico.

Al prolongado reinado de Luis XIV (1653-1715) sucedió el también extenso de su bisnieto y sucesor Luis XV (1715-1774). Durante estos ciento veinte años, la concentración del poder político en el rey y la centralización administrativa fueron acompañados por un constante empobrecimiento del Tesoro francés, de la baja burguesía y del campesinado a expensas de costosas campañas militares, de una corte fastuosa y de una nobleza exenta del pago de impuestos.

a. Las diferencias sociales

En 1789 Francia con sus casi veintiocho millones de habitantes, era el país más poblado de Europa. Esta población estaba dividida en tres grandes cuerpos provenientes de la época feudal. El clero, en primer lugar se hallaba en posesión de un 10% del suelo y comprendía desde los arzobispos, obispos y canónigos, generalmente nobles y ricos y habituados a una vida de lujo, hasta los curas y vicarios urbanos y rurales que procedían de la pequeña burguesía y de las clases populares y vivían escasamente dotados y duramente oprimidos. En segundo lugar la nobleza, que comprendía unas 30.000 familias y poseía aproximadamente el 30% del suelo, se dividía en alta y baja. Por último, todos los que no pertenecían ni al clero ni a la nobleza integraban el llamado tercer estado. En éste, la desigualdad de las subdivisiones in-

ternas era todavía más honda e importante que en los otros dos estados. La capa superior comprendía los altos funcionarios civiles del Estado, los grandes comerciantes, los industriales, los armadores de buques, los banqueros, los científicos, los artistas, los escritores, los abogados. Seguían a éstos los obreros, organizados severamente en corporaciones, que fueron infranqueables obstáculos al trabajo libre y que muchas veces luchaban entre sí las delimitaciones de su esfera de acción. Existía también un proletariado de obreros y jornaleros, no incluidos en corporaciones; éstos vivían en las grandes ciudades, sobre todo en París, y fueron luego las columnas volantes de la Revolución. Finalmente, los campesinos pertenecían también al tercer estado. También esta clase se hallaba en muy distintas posiciones económicas y jurídicas. En el Norte, el derecho consuetudinario favorecía la formación de grandes parcelas de libre propiedad o en arrendamiento por dinero; pero en otras comarcas, sobre todo al Sur del Loire, donde dominaba el derecho romano, se produjo una infausta desmembración del suelo, que dificultaba o imposibilitaba toda sana explotación. Es cierto que la masa de los aldeanos era personalmente libre. En pocos lugares quedaban aún restos de la antigua servidumbre. Pero la pervivencia del sistema feudal manifestábase en las gabelas y obligaciones que era necesario prestar al señor secular o eclesiástico en grandes partes del territorio. Diezmos en dinero y en especies, servicios y prestaciones de toda clase, derechos por uso de los bienes del señor, hornos, molinos, graneros, aduanas de tránsito e impuestos de transmisión de bienes, pertenecían a la larga lista de las cargas feudales que oprimían al campesino (191).

b. El sistema impositivo

Así como la administración de justicia estaba diseñada para beneficio de quien pudiera pagar un cargo en ella, una desigualdad e injusticia similares se daban en el sistema impositivo, particularmente en su administración. En efecto, en su estructura legal el sistema impositivo gravaba a todos con pretensión de igualdad, pero en la práctica los más poderosos económicamente lograban eximirse del pago. Los impuestos se dividía en directos e indirectos. Entre los primeros estaban la *taille*, la *corveé*, el impuesto por capitación, el diezmo, y el vigé-

(191) Una clara descripción económico-social de Francia antes de la Revolución puede verse en el capítulo 1 de DOYLE, William, *History of the French Revolution*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

simo. Entre los segundos pueden mencionarse los siguientes: el *aids* (impuesto al vino y otras bebidas), la *gabelle* (impuesto a la venta de sal), los *traités* (derechos de aduana), el impuesto de sellos, y los impuestos aplicados a la registraci3n de los documentos (*contr3le, insinuation y centi3me denier*).

La *taille*, originalmente un impuesto provisional cuya recaudaci3n se aplicaba al pago de los gastos militares, se dividían a su vez en real y personal. La primera gravaba los bienes inmuebles especialmente las tierras, pero estaban exentas de su pago las propiedades de la nobleza y algunas de la Iglesia. La segunda, más injusta aún, era simplemente un impuesto personal (per cápita) que pagaban solamente a los *roturiers* (plebeyos). Con el correr de los años el impuesto en sus dos variantes se fue haciendo cada vez más gravoso. Durante el reinado de Carlos VII (1422-1461) la *taille* ingresaba al Tesoro 1.800.000 libras anuales, mientras que bajo el gobierno del Cardenal Mazariño (192) esa suma se incrementó a 52.000.000 y poco antes de la Revoluci3n había trepado a unos 90.000.000 (193). La *corveé*, por su lado, era un impuesto pagado para la conservaci3n de los caminos, y el impuesto por capitaci3n inicialmente había previsto una divisi3n de los contribuyentes por categorías en funci3n de su capacidad contributiva dentro de las cuales estaban incluido hasta el Delfín (hijo del rey), pero en la práctica sólo terminaron pagándolo los mismo que pagaban la *taille*, es decir los burgueses y campesinos. Algo similar ocurrió con los diezmos y vigésimos. Ambos representaban un porcentaje de los impuestos ya pagados, es decir eran un tributo adicional del cual en la práctica resultaban exentos los que no pagaban impuestos.

El sistema de recolecci3n de impuestos generaba o facilitaba a su vez, una buena dosis de corrupci3n administrativa. Se empleaba el sistema del *tax farming* ya conocido y empleado desde la antigüedad, que consistía en encomendar a una compaía privada la tarea de percepci3n de los tributos (en particular de los indirectos) a cambio de un porcentaje de lo recaudado. La compaía obtenía del rey una especie de licencia por un período determinado y se hacía cargo de la recolecci3n. Inicialmente había varias compaías operando al mis-

(192) Ver *supra* nota 164.

(193) BRISSAUD, p. 494.

mo tiempo, pero ya bajo Colbert (194) el sistema fue centralizado en cuarenta *fermiers-général*, que constituyeron la llamada *Ferme Générale* (195).

c. La deuda pública

Recordemos finalmente, que el odiado sistema impositivo intentaba paliar sin éxito alguno una abultada deuda pública acumulada por el tesoro a lo largo de más de dos siglos como consecuencia de las constantes campañas militares. Ya en 1535 Francisco I ordenó un empréstito de 200.000 libras, en bonos emitidos por la comuna de París, para sufragar gastos de guerra (196). A partir de allí esta práctica ya nunca fue abandonada por los reyes franceses, quienes la emplearon en forma constante hasta la Revolución. Uno de sus hitos más célebres fue la política de endeudamiento adoptada por Jacques Necker (197), ministro de finanzas de Luis XVI. Por aquel entonces la hacienda francesa padecía de un déficit crónico producido por el desequilibrio entre ingresos y egresos y con la llegada de aquél al trono, en 1774, su ministro decidió atacar el problema emitiendo obligaciones a cargo del tesoro. Con ello se financiaron a su vez nuevas operaciones bélicas, por ejemplo la ayuda a las colonias norteamericanas en su guerra de la Independencia.

XIII. La revolución de las ideas

a. La Ilustración

El descontento político y económico provocado por el antiguo régimen fue acompañado asimismo por un giro importante en el mundo

(194) Juan Bautista Colbert (1619-1683) fue un eficiente ministro de finanzas de Luis XIV, responsable de llevar a cabo un vasto programa de reformas, particularmente en el campo de las obras públicas y la marina.

(195) Como dato anecdótico vale la pena recordar que el famoso químico Antoine-Laurent Lavoisier (1743-1794) se desempeñaba al momento de producirse la Revolución como *fermier-général* lo que finalmente lo condujo al cadalso cuando el Terror ya estaba desatado.

(196) BRISSAUD, p. 514.

(197) Véanse las referencias biográficas consignadas *infra* nota 214.

de las ideas, de modo que antes de que la Revolución estallara en los hechos, Francia ya había sido testigo de una gran revolución en este campo. Ciertamente escapa a los límites de este trabajo analizar el vasto horizonte intelectual que la filosofía de la Ilustración tuvo a lo largo del siglo XVIII en toda Europa, pero al menos me ocuparé aquí de sus representantes más destacados en Francia.

El primero de ellos es sin dudas Voltaire (198), cuya principal contribución para el mundo del derecho tuvo lugar en el campo del siste-

(198) François Marie Arouet nació en París el 21 de noviembre de 1694, hijo de un notario y a partir de 1718 adoptó definitivamente el nombre de Voltaire. Estudió con los jesuitas en el colegio Louis-le-Grand y desde joven fue conocido en círculos literarios por su ingenio y sarcasmo. Un libelo en el que acusaba al Duque de Orleans, por entonces regente, lo condujo a la Bastilla por espacio de once meses, donde completó su primera tragedia, *Edipe*, basada en la obra homónima de Sófocles y comenzó un poema épico sobre Enrique IV de Francia. *Edipo* se estrenó luego en el *Théâtre-Français* en 1718 y fue acogida con enorme entusiasmo. La obra sobre Enrique IV se imprimió anónimamente en Génova bajo el título de *Poème de la ligue* (1723). Tras una disputa con un miembro de una ilustre familia francesa, Voltaire fue encarcelado por segunda vez en la Bastilla, pero fue liberado al cabo de dos semanas bajo la promesa de abandonar Francia y establecerse en Inglaterra donde vivió dos años. Durante algunos años, el gobierno francés prohibió el *Poème de la ligue*, que finalmente ampliada adoptó el título de *La Henriade* cuya aprobación para ser publicada llegó en 1728. Esta obra, una elocuente defensa de la tolerancia religiosa, obtuvo un éxito sin precedentes, no sólo en Francia sino en toda Europa. En 1730 regresó a Francia y dedicó la mayor parte de su tiempo a la composición literaria. Sus *Lettres Philosophiques* publicadas en 1737 en las que elogia el sistema inglés le causaron nuevos problemas y una vez más se vio obligado a abandonar París, refugiándose en el Château de Cirey, en el ducado de Lorena. Allí entabló una larga relación sentimental con Gabrielle Émilie Le Tonnelier de Breteuil, marquesa de Châtelet, que ejerció sobre él una importante influencia intelectual. Esta estancia se vio interrumpida en varias ocasiones. Voltaire viajaba con frecuencia a París y Versalles, donde, gracias a la influencia de la marquesa de Pompadour, amante de Luis XV, se convirtió en uno de los favoritos de la corte. En primer lugar fue nombrado historiador de Francia y más tarde caballero de la Cámara Real. Finalmente, en 1746, fue elegido miembro de la Academia Francesa. Su *Poème de Fontenoy* (1745), donde relata la victoria de los franceses sobre los ingleses durante la Guerra de Sucesión austríaca, además de otras obras de teatro como *La princesse de Navarre*, que marcó el inicio de la relación de Voltaire con la corte de Luis XV. Al morir madame de Châtelet en 1749, Voltaire aceptó una antigua invitación de Federico II el Grande para residir de manera permanente en la corte prusiana, pero no permaneció allí más de dos años, pues chocó con el temperamento autocrático del rey generando frecuentes disputas. Durante su estancia en Berlín (1750-1752) completó *Siècle de Louis Quatorze*. De regreso a Francia llevó una existencia itinerante, pero finalmente se estableció en Ferney en 1758, donde pasó los últimos veinte años de su vida. En el intervalo comprendido entre su regreso de Berlín y su establecimiento en Ferney, terminó su obra más ambiciosa, el *Les Moeurs et l'esprit des nations* (1756). Esta obra, que no es

ma penal, donde luchó enfáticamente por la abolición de la tortura como medio de obtener una confesión (199), de allí que celebrara la traducción al francés, en 1765, de la obra de César Beccaría *De los Delitos y las Penas*. En el terreno político su viaje por Inglaterra (1728-1730) lo influenció profundamente acerca de las libertades que ofrecía el sistema político inglés, lo cual se refleja en una colección de veinticuatro ensayos aparecida en 1737 llamada *Lettres Philosophiques*, donde se ocupa de la obra de Locke, del Parlamento, de temas religiosos, del comercio y hasta de los estudios de Isaac Newton.

El segundo y más importante aún para la ciencia política, es Jean Jaques Rousseau, ginebrino y autodidacta, fuertemente enemistado con Voltaire. Nacido en junio de 1712, hijo de un modesto relojero que formaba parte de un grupo de artesanos del barrio de Saint-Gervais, y de Suzanne Bernard, la cual muere pocos días después del parto, fue educado por unos tíos y se desempeñó en la adolescencia como aprendiz de grabador, pero abandonó este oficio para convertirse en una suerte de secretario y luego amante de madame Louise de Warens, una joven viuda y rica, que lo ayudó en su educación y lo convirtió al catolicismo, aunque ello es un dato irrelevante en su vida. En 1742 se trasladó a París, donde trabajó como profesor y copista de música. Allí conoció a Thérèse Levasseur, una sirvienta, con quien tuvo una relación de la que nacieron cinco hijos, a los cuales abandonó en el hospicio de los Infant-Trouves. Llegó a ser íntimo amigo de Denis Di-

otra cosa que un estudio del progreso humano, censura el supernaturalismo y denuncia la religión y el poder del clero, si bien afirma su creencia en Dios. Una vez establecido en Ferney, Voltaire escribió varios poemas filosóficos y novelas satíricas y filosóficas, entre las que cabe destacar *Candide* (1759), y finalmente su *Dictionnere philosophique portatif* (1764). Desde la seguridad que le proporcionaba su retiro, lanzó cientos de panfletos en los que satirizaba los abusos del poder. El talante de sus actividades podría resumirse en una frase que el propio autor empleaba muy a menudo: *écrasons l'infâme* (aplastemos al infame). Con esta frase se refería a cualquier forma de religión que persigue a quienes no la profesan. Oponía una religión puramente racional, a la religión cristiana. En *Cándido*, analiza el problema del mal en el mundo y describe las atrocidades cometidas a lo largo de la historia en nombre de la religión. Murió el 30 de mayo de 1778 en París. Entre las muchas biografías que se han escrito sobre Voltaire puede verse: MAUROIS, A.: *Voltaire*, Gallimard, Paris, 1948.

(199) Entre otros hechos de su vida relacionados con esta cuestión, Voltaire había criticado vivamente el martirio de Jean Calas, un protestante de Toulouse acusado de asesinar a su hijo para evitar que se convirtiera al catolicismo, judicialmente ordenado en 1762.

derot, quien le encargó escribir determinados artículos sobre música para la Enciclopedia, a la cual me referiré enseguida. En 1750 ganó el premio de la Academia de Dijon por su *Discours sur les sciences et les arts* y en 1752, fue interpretada por primera vez su ópera *Le Devin du village*. En 1755 escribió su *Discours sur l'origine et les fondements de l'Inégalité parmi les hommes* en el cual sostuvo que la ciencia, el arte y las instituciones sociales han corrompido a la humanidad, ya que el estado natural o primitivo es superior en el plano moral al estado civilizado. Su célebre aserto: "Todo es perfecto al salir de las manos del Creador y todo degenera en manos de los hombres", y la retórica persuasiva de estos escritos provocaron comentarios burlones por parte de Voltaire, quien atacó las opiniones de Rousseau suscitando la enemistad entre ambos.

En 1756 se retiró a Montmorency, donde escribió la novela *Julie ou La Nouvelle Héloïse* (1761) y luego en 1762 produjo su mayor contribución al sistema político, *Du Contrat Social ou Principes de Droit Politique*, donde expuso sus argumentos sobre libertad civil proporcionando fundamentación y base ideológica para la Revolución, al defender la supremacía de la voluntad popular frente al derecho divino de los reyes. Ese mismo año escribió *Emile ou de l'éducation* en el cual expuso una nueva teoría de la educación, subrayando la preeminencia de la expresión sobre la represión, para que un niño sea equilibrado y librepensador. Todo ello le granjeó la oposición de las autoridades francesas y suizas y debió huir refugiándose primero en Prusia y después a Inglaterra, donde fue amparado por el filósofo escocés David Hume, con el que también terminó polemizando a través de diversas cartas públicas. Regresó a Francia en 1768, bajo el nombre falso de Renou. En 1770 finalizó la redacción de una de sus obras más notables, la autobiográfica *Les confessions* (1782), publicada póstumamente en que contenía un profundo autoexamen y revelaba los intensos conflictos morales y emocionales de su vida. Murió el 2 de julio de 1778 en Ermenonville, Francia (200).

En el Contrato Social, Rousseau ha dejado plasmada su concepción de la sociedad política, donde su natural predisposición a la libertad y a la igualdad le lleva a abogar por una democracia completa, fundada en la soberanía del pueblo, lo que en su momento impresionó fuerte-

(200) Entre los muchos trabajos biográficos sobre J.J. Rousseau puede verse: HOWLETT, Marc-Vincent: *L'homme qui croyait en l'homme Jean-Jacques Rousseau*, Découverte Gallimard, Paris, 1989.

mente a Mariano Moreno (201). El Estado es así el pueblo mismo y no hay que ver en él más que una libre agrupación social, sostenida y sustentada por la voluntad de los ciudadanos, los cuales son hombres libres e iguales. Esa voluntad social de los hombres ideales (*volonté générale*) es la auténtica voluntad del Estado y el Pueblo sumiso a las leyes debe ser el autor de ellas. “Las leyes solamente son leyes válidas si se han dictado de acuerdo con la voluntad general. De otro modo son sólo decretos particulares”.

Rousseau parte de la idea de que “La sociedad más antigua y la sola que hay natural es la familia, y aun en ésta los hijos no están sujetos al Padre sino mientras tienen necesidad de él para su conservación. Tan presto como esta necesidad cesa, el lazo natural se disuelve. Los hijos exentos de la obediencia que deben al Padre, éste libre de los cuidados que debe a sus hijos, ambos entran naturalmente en la independencia: si continúan unidos, no es natural sino voluntariamente y esta familia no se mantiene en este estado sino por convención. Esta libertad común es una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su primera ley es velar por su propia conservación; éstos son los cuidados que se debe a sí mismo, y tan pronto como llega a la edad de la razón, siendo él sólo juez de los medios propios para conservarse, es por esta misma causa árbitro y señor de sí mismo. La familia es pues si se quiere la primera imagen de las sociedades políticas (202).

(201) Al traducir el Contrato social en 1810 Moreno expresó en el prólogo: “Entre varias obras que deben formar este precioso presente, que ofrezco a mis conciudadanos, he dado el primer lugar al Contrato Social, escrito por el ciudadano de Ginebra, Juan Jacobo Rousseau. Este hombre inmortal, que formó la admiración de su siglo, y será el asombro de todas las edades, fue, quizá, el primero que disipando completamente las tinieblas con que el despotismo envolvía sus usurpaciones, puso en clara luz los derechos de los pueblos, y enseñándoles el verdadero origen de sus obligaciones, demostró las que correlativamente contraían los depositarios del gobierno. Los tiranos habían procurado prevenir diestramente este golpe, atribuyendo un origen divino a su autoridad; pero la impetuosa elocuencia de Rousseau, la profundidad de sus discursos, la naturalidad de sus demostraciones disiparon aquellos prestigios; y los pueblos aprendieron a buscar en el pacto social la raíz y único origen de la obediencia, no reconociendo a sus jefes como emisarios de la divinidad, mientras no mostrasen las patentes del cielo en que se les destinaba para imperar entre sus semejantes; pero estas patentes no se han manifestado hasta ahora, ni es posible combinarlas con los medios que frecuentemente conducen al trono y a los gobiernos”. Fuente: Doctrina democrática, edición de Ricardo Rojas, Buenos Aires, Librería “La facultad”, 1915.

(202) ROUSSEAU, Jean Jaques: El Contrato Social, Libro I, Cap. II. He consultado la edición española de Editorial Alianza, Madrid, 1998.

Surge entonces el pacto social que da origen al Estado “Yo supongo —dice— que los hombres llegados a este punto en que los obstáculos que dañan su conservación en el estado de la naturaleza, inutilizan por su resistencia las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en esta situación. Entonces este estado primitivo no puede subsistir más, y el género humano perecería si no mudase en el modo de ser o existir. Así como los hombres no pueden crear nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que ya existen, tampoco tienen otro medio para conservarse sino el de fomentar por agregación una suma de fuerzas que pueda ponerles en movimiento por un solo móvil y hacerles obrar de concierto” (203).

(203) Libro I, Cap. VI. Luego define los alcances del contrato social: “Esta suma de fuerzas no puede nacer sino del concurso de muchos, pero siendo la fuerza y la libertad los primeros instrumentos de la conservación de cada hombre ¿cómo podrá empeñarlos sin hacerse daño, y sin despreñar los cuidados que se debe a sí mismo?”

Esta dificultad se puede enunciar en los términos siguientes: “Hallar una forma de asociación que defienda y proteja con toda fuerza común la persona y bienes de cada asociado; y por la cual uniéndose cada uno a todos, no obedezca sino a sí mismo, y quede tan libre como antes”. Tal es el problema cuya solución desempeña el contrato social.

Las cláusulas de este contrato están de tal modo determinadas por la naturaleza del acto, que la menor modificación las hace vanas y de ningún efecto, de suerte que aunque ellas talvez no hayan sido jamás formalmente enunciadas, son en todo y por todo tácitamente admitidas y reconocidas; y quando se viola este pacto social, cada uno vuelve entonces a sus primeros deberes, y recobra la libertad natural perdiendo la libertad convencional por la que renunció aquella.

Estas cláusulas bien entendidas se reducen a una sola, es a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad, por que en primer lugar, dándose a cada uno enteramente las condiciones es igual para todos, y siendo así ninguno tiene derecho de hacerla onerosa a los otros.

Además que en haciéndose la enajenación sin reserva, la unión es tan perfecta como puede ser, y ningún asociado tiene nada que reclamar. Pero si se dexan algunos derechos a los particulares, no habiendo ningún Superior común que pueda pronunciar entre ellos y el público, y siendo cada uno en qualquier punto su propio juez, pretendería bien pronto serlo en todos; y entonces subsistiría otra vez el estado de la naturaleza y la asociación vendría a ser tiránica o vana. En fin cada uno dándose a todos no se da a nadie, y como suponemos que no hay ningún derecho que él tiene sobre los otros, se gana el equivalente de todo lo que se pierde, y más fuerza para conservar la que se tiene.

Si se separa del pacto social lo que no es de su esencia, está reducido a los términos siguientes: *Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder baxo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros en cuerpo recibimos cada miem-*

Esa libre asociación de la cual nace el Estado está regida por la voluntad general, a la que también denomina soberanía, que es indivisible, inenajenable, indestructible y recta. En relación con esto último, no hay peligro de que se convierta en arbitraria, pues en caso de serlo, deja de ser la voluntad general (204). La expresión legítima de la voluntad general es la ley. "...cuando todo el Pueblo determina sobre todo el Pueblo, no se considera sino a él mismo, y si entonces se forma una relación, es del objeto entero bajo otro punto de vista sin alguna división del todo. Entonces la materia que se trata, es general como la voluntad que determina; y este acto es el que yo llamo una ley (205).

bro como parte indivisible del todo. Al instante en lugar de la persona particular de cada contractante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto de otros tantos miembros como tiene votos la asamblea, la qual recibe de este mismo acto su unidad, su personalidad común, su vida y voluntad. Esta persona pública que se forma así por la unión de todos, tomaba otras veces el nombre de Ciudad, y ahora debe llamarse República o Cuerpo político, y también es llamada por sus miembros *Estado* quando él es pasivo, *Soberano* quando es activo, y Potencia comparándola a sus semejantes. Por lo que toca a los asociados, ellos toman colectivamente el nombre de *Pueblo*, y se llama en particular *Ciudadanos* como participantes de la autoridad Soberana, y vasallos como sumisos al Estado. Pero estos términos se confunden continuamente y se toman unos por otros: basta saberlos distinguir quando son empleados en toda su precisión".

(204) Así lo expone en el Cap. IV, Libro II, donde analiza los límites del Poder Soberano.

(205) Libro II, Cap. VI. Agrega luego: "Quando he dicho que el objeto de las leyes siempre es general, entiendo que la ley considera los vasallos en cuerpo, y las acciones como abstractas, jamás un hombre como individuo, ni una acción particular. Así la ley puede bien determinar que haya privilegios; mas ella no puede darlos señaladamente a tal persona: la ley puede hacer muchas clases de Ciudadanos, asignar también las cualidades que den derecho a estas clases; mas ella no puede nombrar tales y tales para ser admitidos en ellas. Puede establecer un Gobierno real y una sucesión hereditaria; pero no puede elegir un Rey, ni nombrar una familia real; en una palabra; toda función que se relaciona a un objeto individual, no pertenece al poder legislativo.

Esto supuesto, se ve al instante que no es necesario preguntar a quien pertenece hacer leyes, en atención a que éstas son actos de la voluntad general, ni si el Príncipe es superior a las leyes sabiendo que es miembro del Estado, ni si la ley puede ser injusta siendo cosa sabida que ninguno es injusto consigo mismo, ni cómo se nos sujeta y somete a las leyes supuesto que ellas no son más que registros de nuestras voluntades: se ve además que la ley reuniendo la universalidad de voluntades y de objetos, lo que un hombre qualquiera que él sea, ordenare *motu proprio* no es una ley; ni lo que ordena el Soberano sobre un objeto particular es tampoco una ley, sino solo un decreto, no un acto de Soberanía sino de Magistratura. Yo llamo pues República a todo Estado regido por las leyes baxo qualquier forma de administración que tenga, por que entonces so-

La idea de contrato social o político ya aparece en Hobbes y Locke, pero como vemos Rousseau le atribuye un sentido propio. No se trata meramente de un contrato entre individuos, como era el caso de Hobbes, ni tampoco un contrato bilateral, como en Locke, en el que los individuos hacen cesión de sus poderes a un hombre o a un grupo de hombres. Para Rousseau el contrato se realiza con la comunidad, cuya *volonté générale* se convierte en el fundamento de todo poder político. La sociedad civil aparece como una comunidad de hombres libres que gozan de *igualdad política*, de acuerdo con la cual nadie ha de ser excluido. Rousseau desborda las inhibiciones tanto de Montesquieu como de Voltaire en este punto. El Estado natural se había entendido siempre como una realidad históricamente posible; para Rousseau, sin embargo, representa una imagen ideal del hombre.

El tercero de los representantes de las nuevas ideas en la comunidad intelectual francesa del siglo XVII es Denis Diderot, quien alcanzó la posteridad merced a su célebre Enciclopedia (*Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*), llevada a cabo junto con Jean d'Alembert y publicada entre 1751 y 1765. El proyecto nació a impulsos de Le Breton, su futuro editor, quien originalmente quería traducir la *Cyclopaedia* del inglés Chambers —publicada entre 1728 y 1742— tarea en la cual Diderot, en un principio, trabajaba únicamente como traductor. La obra finalmente vio la luz como proyecto autónomo en el cual Diderot, como director, manifestaba su ambición de hacer el inventario de todo el conocimiento humano con el objetivo de oponerse al *Dictionnaire de Trévoux* de los jesuitas y favorecer la difusión de la filosofía de la Ilustración. Diderot recurrió para ello a autores de la talla de Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Buffon, Du Marsais y Daubenton. D'Alembert se ocupaba de las matemáticas, Diderot de la historia de la filosofía, el abate Morellet de la teología, Buffon de las ciencias de la naturaleza, Paul-Joseph Barthez de la medicina, Quesnay y Turgot de la economía. El caballero de Jaucourt ayudaba a Diderot en tareas de redacción y de edición. La obra finalmente fue verdaderamente ciclópea, pues alcanzó a tener en total 17 volúmenes de textos y 11 volúmenes de láminas (unas 18.000

lamente el interés público gobierna, y el público ya es otra cosa. Todo gobierno legítimo es Republicano. Yo explicaré ésta cuando veamos lo que es Gobierno.

Las leyes no son propiamente sino condiciones de la asociación civil. El Pueblo sumiso a las leyes debe ser el autor de ellas: no pertenece sino a los que se asocian el reglar de las condiciones de la Sociedad, mas cómo ellos han de reglarla?"

páginas aproximadamente) que comprendían 44.632 artículos principales y 28.366 secundarios.

El artículo *Enciclopedia*, redactado por Diderot y situado al principio del primer volumen después del *Discurso preliminar* de D'Alembert, define el programa global de la obra. Su propósito era reunir todos los conocimientos adquiridos por la humanidad, su espíritu, una crítica de los fanatismos religiosos y políticos y una apología de la razón y la libertad de pensamiento. Diderot aúna el proyecto enciclopédico con la filosofía, donde el sensualismo y el empirismo, base fundamental de la filosofía de la Ilustración son las corrientes que mejor caracterizan el proyecto. Diderot influido por la lectura de una obra del pastor y erudito alemán Johann Jakob Brucker (1696-1770) —autor también de una *Histoire critique de la philosophie* (1742-1744)— que fundamenta una apología de la Reforma sobre la idea del progreso de la humanidad, cree en el poder de la sabiduría. Así, la *Enciclopedia* debe hacer una síntesis y clasificación del saber humano y trazar una genealogía de los conocimientos. Para ello Diderot emplea la imagen del árbol de modo tal que desde las raíces hasta las últimas ramas, el conocimiento progresa y da sus frutos. No sólo no se prohíbe el conocimiento, sino que además se afirma que éste es construido por el hombre, y que en él debe basarse para obtener la felicidad. Se trata de “examinar todo, remover todo sin excepción y sin reservas”. Establece un orden racional (enciclopedia “razonada”) alfabético. Se basa en la clasificación de las facultades y las ciencias que estableció Francis Bacon. Una novedad significativa es que Diderot utiliza las referencias (de cosas y de palabras) para que el lector pueda acceder mejor a la información. Desde su aparición alcanzó gran notoriedad y difusión y cosechó asimismo grandes críticas de los sectores que se veían atacados por el contenido filosófico de la obra (206).

(206) El primer volumen, del que se imprimieron 2.000 ejemplares, se envió a los suscriptores el 28 de junio de 1751. En el artículo “Autoridad política”, Diderot ataca a Bousset y su teoría del origen divino de la monarquía. Enseguida la empresa recibió el apoyo de Malesherbes, Montesquieu, Voltaire y Madame de Pompadour. La *Enciclopedia* triunfó en toda Europa: Suiza, Italia, Inglaterra y Rusia se precipitaron a adquirirla. En 1752 apareció el tomo II, que supuso un gran escándalo, por lo que su publicación tuvo que suspenderse y Diderot esconderse. Voltaire le propuso continuar el proyecto en Berlín a lo que Diderot se opuso. No obstante, en 1753 apareció el tomo III que fue condenado por el Consejo del rey. Los tomos IV, V y VI se publicaron en 1754, 1755 y 1756 respectivamente. En 1757, cuando se publicó el tomo VII, la *Enciclopedia* tenía 4.200 suscriptores. Con este volumen se desencadenó una nueva batalla a raíz de la

b. Sieyès

Fuera del campo específico de la Ilustración, la Revolución recibió un importante aporte intelectual en el orden constitucional de parte de Emmanuel Joseph Sieyès, autor de un vibrante ensayo en seis capítulos titulado *Qu'est-ce que le tiers état?* (¿Qué es el tercer estado?). Publicado anónimamente a comienzos 1789, Sieyès exponía en él su repulsa a los privilegios del clero y la nobleza y desarrollaba asimismo su concepto de nación.

Sieyès había nacido en Fréjus en 1748, se ordenó sacerdote en 1773 y ejerció una influencia política importante durante la Revolución y después de ella. Después de abrazar la carrera eclesiástica, realizó estudios en la Sorbona, que le permitió conocer el pensamiento de la mayoría de los autores ilustrados y, sobre todo a Locke, de quien tan deudor resultaría su pensamiento. Fue nombrado representante del clero en los Estados de Bretaña, donde experimentó personalmente el mundo del privilegio, origen de la pasión antiaristocrática que le acompañó gran parte de su vida. Luego se trasladó a París, donde fue nombrado comisario en la Cámara soberana del clero francés. Fue miembro de los Estados Generales (1789), diputado de la Convención Nacional (1792-1795) en la que votó a favor de la muerte del rey Luis XVI, del Consejo de los Quinientos (1795-1799) y del Directorio (1799). Además, ayudó a iniciar la carrera política de Napoleón Bonaparte, después de que éste ganara popularidad gracias a sus victorias militares. Junto con Pierre Roger Ducos y Napoleón, se convirtió en cónsul provisional en 1799. Proyectó la Constitución del año 8, pero Napoleón introdujo tantas modificaciones que Sieyès dimitió. Durante el Imperio fue marginado políticamente, aunque se le designó como presidente del Senado, cargo que no tenía trascendencia política. Tras la caída de Napoleón y el regreso de la monarquía, Sieyès fue deste-

publicación del artículo "Ginebra" escrito por D'Alambert, que suscitó una virulenta respuesta de Rousseau. En 1759 fue prohibida definitivamente a raíz de la publicación de *El espíritu* de Helvetius, sin embargo en 1766 aparecieron los diez últimos volúmenes. El último de los once volúmenes de grabados apareció en 1772. Desde los medios católicos, a mediados del siglo XIX, se intentó borrar sus huellas con obras aun más ambiciosas. El abate Jean-Paul Migne (1800-1875), fundador de la *Biblioteca Universal del clero* y editor de monumentales colecciones de textos de padres de la Iglesia griega y latina, publicó una *Enciclopedia eclesiástica* (1851-1859) en 66 volúmenes con el fin de relegar la "funesta" *Enciclopedia* de Diderot y D'Alembert que no era más que "un pigmeo de ciencia y utilidades". La obra de Diderot dio lugar también a otra variante: la enciclopedia filosófica realizada por Hegel y Fichte.

rado como regicida en 1816, pero regresó a Francia tras el éxito de la Revolución de 1830 que puso en el trono al último rey francés, Luis Felipe de Orleáns (207).

En su análisis sobre el tercer estado, Sieyès plantea la oposición que enfrentaba a los detentadores de privilegios con el resto de la sociedad y para resolverla acude al concepto de nación que aparece como idea central del texto. La nación es la realidad política suprema: de su identidad depende todo lo demás, entendiéndola como cuerpo unitario de ciudadanos que ejercen una voluntad común, inalienable. De esta concepción se desprenden algunas consecuencias de decisiva importancia. La primera, inherente a la definición como cuerpo de asociados que viven bajo una ley común, es que el estatuto de ciudadano aparece como una relación de igualdad y universalidad, y que el privilegio está excluido, porque representa un *imperium in imperio* necesariamente exterior al orden político. Si todos los privilegios, sin distinción, tiene por objeto dispensar de ley o conceder un derecho exclusivo no prohibido por ella, entonces la esencia del privilegio es estar fuera del derecho común. “¿No es evidente que la nobleza tiene privilegios, dispensas, incluso derechos separados de los del gran cuerpo de ciudadanos? Por esto mismo sale de la ley común...”. En consecuencia, los órdenes privilegiados son situados por definición fuera de la nación, por la lógica política de la ciudadanía (según la cual ellos no pueden ser iguales) y, al mismo tiempo, por la lógica social de la actividad productiva (según la cual ellos no pueden ser útiles).

La segunda consecuencia es inherente a la definición de la nación como poseedora de una voluntad común inalienable y unitaria: se le niega a la monarquía absoluta y a las instituciones del Antiguo Régimen el derecho de abogar por un retorno a la organización tradicional de los Estados Generales. Puesto que la voluntad de la nación es la voluntad común y unitaria de un cuerpo de ciudadanos y no puede expresarse por intermedio de un cuerpo representativo organizado por Ordenes o Estados. La voluntad política unitaria sólo puede expresarse en un cuerpo representativo unitario.

Es decir, en la práctica tradicional, el Tercer Estado contaba con una representación política insuficiente. Aunar las voluntades de los representantes en una voluntad común era imposible con la forma de

(207) Véase: BASTID, Paul: *Sieyès et sa pensée*, Hachette, Paris, 1939.

organización estamental de los Estados Generales. Clero y nobleza no tenían nada en común con la representación nacional (como estamentos privilegiados constituyen un pueblo aparte dentro de la gran nación). Sólo el Tercer Estado tenía vocación de representación nacional (abarca a todo el que pertenece a la nación y todo lo que no es el Estado llano no puede contemplarse como representación de la nación). De ahí que, el Tercer Estado podía reunirse solo y prescindir del voto de la nobleza y el clero, ya que actuaban como representantes de la nación y perseguía el interés general de los ciudadanos. Únicamente de manera impropia podría el Tercer Estado ser considerado un estamento, pues no representaba sino la nación entera y carecía, por tanto, de intereses corporativos, ya que su único objeto era el interés nacional. De ahí que si no podía formar en solitario los Estados Generales, pudiera, sin embargo, constituir una Asamblea Nacional como expresión de la voluntad política del pueblo francés (208).

(208) Dice Sieyès: "El plan de este escrito es muy simple. Nos planteamos tres preguntas:

1º ¿Qué es el Estado llano? Todo.

2º ¿Que ha sido hasta el presente en el orden político? Nada.

3º ¿Qué pide? Llegar a ser algo.

¿Quién osaría decir que el estado llano no contiene en sí todo lo necesario para formar una nación completa? Es un hombre fuerte y robusto, que tiene aún un brazo encadenado. Si se hiciera desaparecer el orden privilegiado, la nación o sería menos, sino más. Y ¿qué es el Estado llano? Todo, pero un todo trabado y oprimido. ¿Y que sería sin el orden privilegiado? Todo, pero un todo libre y floreciente. Nada puede funcionar sin él, todo andaría infinitamente mejor sin los demás. No basta haber mostrado que los privilegiados, lejos de ser útiles a la nación, no pueden sino debilitarla y dañarla. Es menester probar aún, que el orden noble no entra en la organización social; que puede ser ciertamente una carga para la nación, pero que no sabría formar una parte de ella (...). ¿Qué es una nación? Un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por una misma legislatura. ¿No es evidente que la nobleza tiene privilegios, dispensas, incluso derechos separados de los del gran cuerpo de ciudadanos? Por esto mismo sale de la ley común y por ello sus derechos civiles lo constituyen en pueblo aparte de la gran nación.

Respecto a sus derechos políticos, también los ejerce separadamente. Tiene sus representantes que no están encargados en absoluto por procuración de los pueblos. El cuerpo de sus diputados se reúne aparte. Pero aún cuando se reunieran en una misma sala con los diputados de los simples ciudadanos, no es menos verdad que su representación es distinta por esencia y separada. Es ajena a la nación por principio, puesto que consiste en defender no el interés general; sino el particular.

Ya veremos luego como esta concepción política fue decisiva en el desarrollo de los Estados Generales de 1789, que precedieron y dieron lugar a la Asamblea Nacional, órgano legislativo y constitucional de la Revolución.

c. Montesquieu. Remisión

Más importante aun que el opúsculo de Sieyès fue la obra de Montesquieu, de la cual ya me he ocupado anteriormente dando las explicaciones del por qué de su inclusión en el marco del constitucionalismo inglés, de modo que allí me remito (209).

XIV. La Revolución en marcha. De los Estados Generales a la Asamblea Nacional

Luis XV falleció en 1774 dejando en el trono francés a su nieto, Luis XVI (210), un rey bondadoso e influenciabile en quien convergieron su ineptitud natural como gobernante y una situación políticamente inestable y económicamente crítica. Para colmo de males, su casamiento en 1770 con María Antonieta (211), hija de la emperatriz de Austria, había provocado en su momento el disgusto popular, debido

El Estado llano abarca todo lo que pertenece a la nación y todo lo que no es el Estado llano, no puede contemplarse como representante de la nación.

¿Qué es el Estado llano? Todo."

He consultado la edición española de Aguilar. SIEYÈS, Emmanuel J: *¿Qué es el Tercer Estado?*, Introducción, traducción al español y notas de Francisco Ayala, Aguilar, Madrid, 1988.

(209) Véase mi trabajo citado en nota 1.

(210) Nacido en Versalles el 23 de agosto de 1754, era nieto de Luis XV. La muerte prematura de sus dos hermanos mayores y de su padre, convirtió al joven príncipe en el delfín (príncipe heredero) de Francia en 1765. Murió el 21 de enero 1793 ejecutado por la Revolución.

(211) Joséphe Jeanne Marie Antoinette, cuarta había hija de María Teresa de Austria y de Francisco I, había nacido en Viena en 1755. Reina de Francia con escasos diecinueve años, se entregó rápidamente a la frivolidad y los placeres de la vida cortesana, sin comprender en absoluto ni interesarse por la delicada situación política y económica del país que sin éxito alguno gobernaba su marido, a quien además dominaba. Fue ejecutada el 16 de octubre de 1793.

a que Francia había sido contendiente de Austria en la Guerra de los Siete Años, un conflicto que le resultó desastroso (212). En agosto de 1774, el nuevo rey nombró controlador general de Finanzas a Turgot (213), un hombre de ideas liberales que instituyó una política rigurosa en lo referente a los gastos del Estado. No obstante, la mayor parte de su política restrictiva fue resistida y Turgot se vio obligado a dimitir por las presiones de los sectores reaccionarios de la nobleza y el clero apoyados por la reina. Su sucesor, Jacques Necker (214), tam-

(212) Llámanse así a un grupo de conflictos internacionales producidos entre 1756 y 1763, con el objetivo de conseguir el control sobre Silesia, y la supremacía colonial en América del Norte y en la India. Participaron las principales potencias europeas, es decir Prusia, Gran Bretaña y Alemania (Hannover) por un lado, y Austria, Sajonia, Francia, Rusia, Suecia y España, por otro. En el espacio norteamericano se denominó Guerra Francesa e India, y participaron Gran Bretaña y sus colonias americanas contra Francia y sus aliados algonquinos. La fase asiática dio lugar al dominio británico en la India. La guerra de los Siete Años acabó de forma oficial en 1763. El 10 de febrero de ese mismo año, se firmó el Tratado de París para solucionar las diferencias entre Francia, España y Gran Bretaña. Uno de los términos del acuerdo fue la adquisición, por parte de Gran Bretaña, de casi todo el Imperio Francés en América del Norte. Los británicos obtuvieron de España Florida, San Agustín y la bahía de Pensacola y los franceses se quedaron con sus posesiones en la India, pero bajo severas restricciones militares que imposibilitarían la creación de un Imperio francés allí. No se produjeron cambios territoriales en el continente europeo. El 15 de febrero se firmó el Tratado de Hubertusburg (Sajonia). Este acuerdo confirmó la titularidad prusiana de Silesia y convirtió a Prusia en una destacada potencia europea.

(213) Anne Robert Jacques Turgot, barón de l'Aulne (1727-1781), fue nombrado secretario de Marina en julio de 1774, y un mes más tarde pasó a ser el equivalente del ministro de Hacienda. Desde allí planeó una profunda reforma económica, plasmada dos años más tarde en sus famosos Seis Edictos, presentados ante el Consejo Real. En ellos sostenía, como ineludible, la supresión de los privilegios fiscales de la nobleza. Sus pretensiones suscitaron la oposición de las altas clases y Luis XVI optó por destituirlo, para poner al frente de la Hacienda a Jacques Necker. Afiliado a la doctrina de los fisiócratas, introdujo en la historia de la economía el principio de los rendimientos decrecientes, influyó de forma decisiva en el pensamiento de Adam Smith y puede ser considerado, por sus concepciones acerca de los precios, precursor de David Ricardo. Vid.: FURET, François: *La Révolution: de Turgot à Jules Ferry: 1770-1880*, Hachette, Paris, 1988; HILL, Malcolm: *Statesman of the Enlightenment: The Life of Anne Robert Turgot*, Othila Press, London, 1999.

(214) Jacques Necker (1732-1804) era un exitoso banquero suizo y protestante, nacido en Ginebra, que ya en 1762 había fundado su propio banco. Luego fue director de la Compañía Francesa de las Indias Orientales y escribió un notable estudio económico, *Ensayo sobre la legislación y el comercio de granos*, en el que atacaba con dureza la política librecambista aplicada por su predecesor Turgot. Sus primeras medidas como Controlador General de Finanzas intentaron establecer un sistema fiscal más equitati-

bién propuso la aplicación de impuestos a la nobleza para equilibrar el déficit presupuestario, pero ello también provocó su dimisión en 1781. Fue reemplazado en 1783 por Charles Alexandre de Calonne (1734-1802) quien favoreció a la nobleza, hasta que en 1787 la deuda pública contraída ya era insostenible y fue reemplazado por Étienne Charles Loménie de Brienne (1727-1794), arzobispo de Toulouse y luego cardenal de la Iglesia, quien continuó con la política de su antecesor y también fracasó.

A la convulsión popular creciente, en 1788 se sumaron espantosas condiciones climáticas que empobrecieron más aun al campesinado. Una gran sequía en la primavera fue seguida por una tormenta inusual en julio de ese año, la que produjo graves daños en el ganado y los sembrados. Asimismo, en enero de 1789 todo el país fue asolado por un riguroso invierno que arruinó las cosechas, de modo que los precios de los productos habían crecido para la primavera siguiente, colocando al pueblo al borde de la hambruna general (215). La Revolución, finalmente, estalló en pleno verano. Antes de ello y frente a los fracasos de Calonne y Loménie de Brienne, Luis XVI había tomado dos decisiones que, de haber sido adoptadas a tiempo, quizás hubieran evitado el estallido. En 1788 Necker fue puesto nuevamente al mando de la economía y en mayo de 1789 se reunieron, por primera vez desde 1614, los Estados Generales. Fue en el seno de esta convulsionada asamblea legislativa donde nació jurídicamente la Revolución y su primer legado constitucional.

vo a la vez que lanzó un crédito público que permitiera reordenar la deuda pública. En 1781 completó su *Informe al Rey*, en el que realizó un profundo análisis de la situación económica de Francia, pero poco después perdió el favor real y debió renunciar. Oficialmente el rey no aprobaba la confesión de su ministro, protestante, pero Necker además se había ganado la enemistad de la reina, a la cual había llamado la atención por los gastos que ocasionaban sus constantes extravagancias. El tercer detonante de su caída en desgracia fue la oposición de los sectores sociales más poderosos quienes no estaban dispuestos a aceptar su proyecto de reforma de la hacienda francesa, a partir de un sistema tributario que gravara a las clases privilegiadas. Volvió al poder efímeramente en dos oportunidades en los primeros albores de la Revolución y luego vivió retirado en la localidad suiza de Coppet hasta 1804, año de su fallecimiento. Un estudio sobre la economía francesa del siglo XVIII puede verse en: FOX-GENOVESE, Elizabeth: *The Origins of Physiocracy: Economic Revolution and Social Order in Eighteenth-Century France*, Cornell University Press, 1976.

(215) DOYLE, History of the French Revolution, p. 86.

Los Estados Generales se reunieron con gran pompa en Versalles el 5 de mayo de 1789, pero se sumergieron inmediatamente en una disputa en torno a la forma de votación a adoptarse, la cual finalmente los condujo al fracaso. El clero y la nobleza pretendían que la votación fuera separada por cada estado. El estado llano basado en su número, sostenía por el contrario que el recuento de votos debía hacerse en forma general y por individuo. Estas discusiones se prolongaron durante seis semanas, en el curso de las cuales cada estamento discutía por separado, cada uno en su recinto. La Revolución —en el campo jurídico-político— comenzó el 17 de junio cuando el llamado estado llano, dirigido intelectualmente por el abate Sieyès y el conde de Mirabeau (216), decidió constituir la llamada Asamblea Nacional, que poco después asumiría el poder legislativo y constituyente al disolverse de hecho los estados Generales. Inmediatamente la Asamblea manifestó que recibiría en su seno a los representantes de los otros estados. Este abierto desafío al gobierno, fue seguido de la aprobación de una medida que otorgaba únicamente a la Asamblea Nacional el poder de legislar en materia fiscal. Dos días después los diputados del clero decidieron sesionar conjuntamente con la Asamblea General.

Como represalia el 20 de junio el rey se apresuró a privar a la Asamblea de su sala de reuniones, bajo el pretexto de que debía ser refaccionada, de modo que los diputados se reunieron en la cancha de pelota, donde formularon el denominado Juramento del Juego de Pelota, por el que se comprometieron a no disolverse hasta que se hubiera redactado una constitución para Francia. En ese momento, las profundas disensiones existentes en los estamentos del clero y de la nobleza provocaron una ruptura en sus filas, y numerosos representantes del bajo clero y algunos nobles liberales abandonaron sus respectivos estamentos para integrarse en la Asamblea Nacional. El 28 de

(216) Honoré Gabriel Riqueti, conde de Mirabeau, (1749-1791), de origen aristocrático se convirtió en político revolucionario cuando en 1788 fue elegido delegado de los Estados Generales donde se unió al tercer estado, para convertirse en una figura influyente en la Asamblea que sucedió a aquéllos. Era partidario de una monarquía constitucional e intentó reconciliar la corte reaccionaria de Luis XVI con las fuerzas de la Revolución, cuyo radicalismo iba en aumento. Propuso la creación de una milicia de ciudadanos de la cual surgió la Guardia Nacional, e intentó en vano llegar a un acuerdo con Jacques Necker, y el marqués de La Fayette. Fue elegido presidente de la Asamblea Nacional el 30 de enero de 1791, poco antes de su muerte. Véase: BARTHOU, Louis, *Mirabeau*, Paris, Hachette, 1913.

junio el vacilante rey ordenó a la nobleza y al clero que se unieran a la autoproclamada Asamblea Nacional Constituyente, dando por finalizados de esta forma los Estados Generales, pero luego cediendo a las presiones de la Reina y de su hermano menor, el conde de Artois (el futuro rey Carlos X), dio instrucciones para que varios regimientos extranjeros leales se concentraran en París y Versalles. Al mismo tiempo, Necker fue nuevamente obligado a dimitir.

El pueblo de París respondió con la insurrección y los disturbios comenzaron el 12 de julio. La burguesía parisina, temerosa de que la muchedumbre de la ciudad recurriera a la acción directa, se apresuró a establecer un gobierno provisional local y organizó una milicia popular, denominada oficialmente Guardia Nacional. El estandarte de los Borbones fue sustituido por la escarapela tricolor, símbolo de los revolucionarios, que luego pasó a ser la bandera nacional. No tardaron en constituirse en toda Francia gobiernos provisionales locales y unidades de la milicia. El mando de la Guardia Nacional se le entregó al marqués de La Fayette, héroe de la guerra de la Independencia estadounidense. Luis XVI, incapaz de contener la corriente revolucionaria, ordenó a las tropas leales retirarse. Volvió a solicitar los servicios de Necker y legalizó oficialmente las medidas adoptadas por la Asamblea (217).

XV. Obra constitucional de la Asamblea Nacional. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789

La Asamblea Nacional que había asumido el poder legislativo perdido por los Estados Generales, comenzó su actividad en el curso de

(217) La historia de la Revolución Francesa puede verse en numerosos lugares y los historiadores son, en general, coincidentes acerca de sus acontecimientos. En español puede verse un relato pormenorizado en la Historia General de Francia, Tomo V a cargo de M. Adolfo Thiers, prólogo de Emilio Castelar, Barcelona, Montaner y Simón editores, 1907. Los hechos aquí relatados figuran en los capítulos I-III. Entre los historiadores franceses el más célebre e influyente hasta mediados del siglo XX fue Alphonse Aulard (1849-1928), autor de varias y monumentales obras sobre la Revolución, entre ellas: *La Société des Jacobins* (6 vol., 1889-97); *Études et leçons sur la Révolution française* (9 vol. 1893-1924), *Histoire politique de la Révolution française* (4 vol., 1901); *Les Grands Orateurs de la Révolution: Mirabeau, Vergniaud, Danton, Robespierre* (1914), y *La Révolution française et le régime féodal* (1919). Una versión socialista de la Revolución aparece en la obra de Albert Mathiez (1874-1932), *La Révolution française* (3 vol., 1922-27), quien fue discípulo de Aulard y seguidor de Jean Jaurès.

los desórdenes y disturbios que estaban produciéndose. Uno de los hitos más importantes de su vida inicial, tuvo lugar en la sesión celebrada durante la noche del 4 de agosto en la cual se abolieron el régimen feudal y el señorial y se suprimió el diezmo, aunque se otorgaron compensaciones en ciertos casos. En otras leyes se prohibieron también la venta de cargos públicos y la exención tributaria del clero y la nobleza. Así, los franceses en una sola noche cambiaron radicalmente el sistema jurídico que los había regido por siglos. Asimismo, ya con anterioridad a esta célebre sesión, la Asamblea Nacional estaba trabajando en la redacción de una declaración de derechos la cual debía preceder a la constitución que se había comprometido redactar.

a. Pormenores de su redacción

La discusión y redacción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada finalmente por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789, se desarrolló en las —por momentos tumultuosas— sesiones de los meses de julio y agosto. El texto final corresponde a un proyecto presentado por el conde de Mirabeau y el llamado Comité de los Cinco, no obstante en el curso del debate fueron presentados numerosos proyectos. Las sesiones de la Asamblea Nacional fueron registradas en un periódico de circulación general editado por Charles-Joseph Panckoucke, denominado *La Gazette Nationale ou le Moniteur Universel*, donde desde febrero de 1790 apareció el llamado *Bulletin de l'Assemblée Nationale*. Tales registros fueron empleados por Sánchez Viamonte en una obra publicada en 1956 quien resume lo ocurrido allí (218).

Desde el 9 de julio los diputados de la Asamblea se encontraban trabajando en la redacción de una declaración de derechos. En la sesión del 11 de julio, el marqués de Lafayette presentó un proyecto y señaló dos causas que justificaban su adopción. La primera de ellas era recordar los sentimientos que la naturaleza ha grabado en el corazón de todo individuo y facilitar su desarrollo, la segunda era que en ella se expresan “las verdades eternas de donde deben fluir todas las instituciones, por lo que llega a ser, en las tareas de los representantes de la

(218) SANCHEZVIAMONTE, Carlos: *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa*, Universidad Autónoma de México, 1956, ps. 44-57. Con mayor detalle aún puede verse: RIALS, Stéphane: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, Paris, 1988, ps. 115-271.

nación, una guía fiel que los conduce siempre a la fuente del derecho natural y social". Luego Lafayette agregó: "El mérito de una Declaración de Derechos consiste en la verdad y en la precisión. Ella debe decir lo que todo el mundo sabe, lo que todo el mundo siente. Solamente esta idea ha podido obligarme a trazar 'un esquema que tengo el honor de presentaros. Estoy bien lejos de pedir que se adopte; pido solamente que la Asamblea haga hacer copias para distribuir las en las distintas comisiones. Este primer ensayo mío comprometerá a otros miembros a presentar otros proyectos que satisfarán mejor las aspiraciones de la Asamblea y que yo me apresuraré a preferir al mío". Por último, el marqués dio lectura a su proyecto (219).

Luego expuso el conde de Lally-Tollendal, quien apoyó y aplaudió la moción de su predecesor, pero recomendó que se tuviera particular prudencia en asunto de tanta importancia y gravedad (220).

La Asamblea volvió a reunirse el 14 de julio. Apenas se reanudó la discusión intervinieron varios diputados; unos querían que la Declaración se pusiera al frente de la constitución, para asegurar de un modo

(219) Dice allí que la naturaleza ha hecho a los hombres libres e iguales; las distinciones necesarias para el orden social no se fundan más que en la utilidad general. Todo hombre nace con derechos inalienables e imprescriptibles, como son la libertad de todas sus opiniones, el cuidado de su honor y de su vida, el derecho de propiedad, la disposición entera de su persona, de su industria y de todas sus facultades, la expresión de sus pensamientos por todos los medios posibles, procurarse el bienestar y el derecho de resistencia a la opresión. El ejercicio de los derechos naturales no tiene más límites que aquellos que aseguran su goce a los otros miembros de la sociedad. Ningún hombre puede estar sometido sino a leyes consentidas por él o sus representantes, anteriormente promulgadas y legalmente aplicadas. Las seis cláusulas finales son del mismo estilo, y completan el pensamiento del autor, recalcando la necesidad de la división de los poderes del gobierno, y que su organización asegure la representación libre de los ciudadanos, la responsabilidad de los funcionarios y la imparcialidad de los jueces.

(220) "Cuanto más seductor es el fondo de esta declaración —dijo— más debemos cuidarnos de los inconvenientes de la forma; cuanto mayor es la utilidad de su objeto, mayor es el empeño que debemos poner en no comprometernos". Señaló los peligros que habría en exponer una Declaración semejante aislándola del resto de la constitución, y advirtió que eran muchos los interesados en desacreditar la obra de la Asamblea. Finalmente pidió que se resolviera no deliberar sobre el asunto sino provisionalmente y que no se decidiera nada en definitiva sobre el proyecto de Declaración, hasta que se pudiera tratar juntamente con los demás puntos de la constitución que se debía elaborar.

invariable los Derechos del Hombre antes de establecer los de la sociedad; otros sostuvieron que la Declaración debía ir al final de la constitución, para que fuese algo así como el resultado de la misma. No se decidió este punto; se dispuso únicamente que la constitución contuviese una Declaración de Derechos del Hombre y se discutió largamente la confección de un plan general y detallado para ordenar la labor que el cuerpo debía realizar. Intervinieron Petión de Villeneuve, el conde de Crillon, Barrère de Vieuzac, Mounier, Le Chapelier, Buxot, Pison de Galland y se aprobó la moción redactada por Petión en los siguientes términos: "Nombrar por escrutinio un comité de constitución compuesto de 8 miembros solamente, según la proporción establecida para los órdenes; estos miembros estarán encargados de presentar un proyecto de constitución que será discutido en las comisiones y llevado a la Asamblea General para que ella delibere al respecto inmediatamente". La sesión quedó interrumpida apenas se tuvo noticias de la toma de la Bastilla.

La Asamblea se reunió también los días 15, 16, 18 y 20 pero recién en la sesión del día 21 volvió a tratar la Declaración (221). El abate Sieyès presentó un nuevo proyecto con el título de *Reconocimiento y exposición razonada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. En la sesión del día 27 de julio se consigna por primera vez la intervención de Robespierre en los debates de la Asamblea. En ella figura también un proyecto de Mounier conteniendo los primeros artículos de la constitución, con una declaración de derechos y otro de Target, tan expresivo como el anterior. Luego aparece un segundo proyecto de Mounier el cual contiene también una declaración en 16 artículos. La Asamblea siguió reuniéndose regularmente y en la sesión del 30 de julio figura un nuevo proyecto de declaración presentado por M. Servan, abogado en el Parlamento de Grenoble en 13 artículos.

El 1º de agosto el Presidente propuso a la Asamblea discutir si se pondría o no una declaración de derechos a la cabeza de la constitu-

(221) La sesión del 15 de julio comienza con estas palabras: "La Asamblea Nacional, profundamente afectada y demasiado vivamente inquieta por las calamidades públicas para detener sus pensamientos en otros objetivos, no ha podido seguir el plan ordinario de sus deliberaciones, y en lugar de comenzar como otros días por la lectura de las notas de las diferentes ciudades y su discusión, ha puesto en deliberación qué partido se debía tomar actualmente para restablecer la tranquilidad en París". Hablaron el marqués de Sillery y el conde de Mirabeau proponiendo la nota que debía entregarse al rey, y se resolvió que así lo hiciera una diputación de 24 personas.

ción. Se inscribieron 56 oradores. Después de unas palabras del diputado Durand de Maillane, en las cuales reclamó la existencia de tal declaración, proponiendo además que se la fijara en las ciudades, en los tribunales, en las iglesias, y demás lugares públicos para enseñanza y edificación del pueblo, habló Crenière y también propuso una declaración de principios fundamentales para que sirvieran de base a la Constitución de la Nación (222). Se registra luego un breve discurso del conde Mathieu de Montmorency en el que afirmó que los derechos del hombre en sociedad son eternos y que no necesitan ninguna sanción para que sean reconocidos. Enseguida usó de la palabra el conde de Castellane quien, después de echar un vistazo sobre la situación en que se hallaban los pueblos de Europa, relató el preocupante estado de los derechos en Francia (223). Más tarde hablaron sucesivamente Grandin, el duque de Levis, Champion de Cicé, obispo de Auxerre, el señor de La Luzerne, obispo de Langres, Bamave,

(222) El discurso del diputado Crenière contiene una interesante interpretación de la teoría de Rousseau y de la aplicación de las doctrinas del abate Sieyès. Llama derechos naturales e imprescriptibles del hombre a los que existen con anterioridad a la ley, pero que nacen de la vida del hombre en sociedad, e insiste en afirmar que la declaración de esos derechos es el acto de constitución de un pueblo, porque da existencia al cuerpo político. Negó el carácter de constitución a las instituciones que forman el gobierno y que están destinadas a conservar esos principios fundamentales. Señala Sánchez Viamonte que para nuestro país el discurso de Crenière del 1º de agosto revisite un interés particular, porque de su texto fue tomada una expresión que la Corte Suprema de la Nación Argentina empleó años más tarde en el caso Eduardo Sojo, Fallos 32:120 (1887), donde dijo que la Constitución es el *Palladium* de la libertad. El párrafo de Crenière dice: "Ciudadanos acostumbrados a mirar la Constitución del Estado, del cual son miembros, como el *Palladium* de su libertad, y temiendo que se busque destruirla bajo el pretexto de reformar la Constitución, no toleran que se les lleve el menor ataque...".

(223) Dijo allí: "Pero es de Francia de lo que debemos ocuparnos; y yo pregunto, señores, ¿hay una nación que más constantemente haya desconocido los principios según los cuales deba ser establecida toda buena constitución? Si se exceptúa el reino de Carlomagno, hemos estado sometidos sucesivamente a las más envilecedoras tiranías. Apenas salidos de la barbarie, los franceses conocen al régimen feudal, todos los males combinados que producen la aristocracia, el despotismo y la anarquía. Comprenden, por fin, sus desdichas y prestan a los fieles sus fuerzas para abatir a los tiranos particulares, pero los hombres eneguecidos por la ignorancia, no hacen más que cambiar de cadenas. Al despotismo de los señores sucede el de los ministros. Sin recobrar enteramente la libertad de su propiedad raíz, pierden hasta su libertad personal, el régimen de *lettres de cachet* se establece. No sigamos dudando más, señores, sólo se puede atribuir esta detestable invención a la ignorancia de los pueblos respecto de sus derechos".

Malouet que lo hizo extensamente, y Delandine. Por ser muy avanzada la hora, hubo que levantar la sesión cuando todavía quedaban 47 inscriptos para usar de la palabra (224).

En la sesión siguiente, celebrada el 3 de agosto, aparece una muy breve declaración propuesta por Desmeuniers, como síntesis de los principios relativos a la libertad y de las garantías que podían ofrecer las formas de gobierno (225) y en la del 4 de agosto, célebre pues en ella se decidió la abolición de los derechos feudales y numerosos impuestos, volvió a tratarse la cuestión relativa a la declaración de derechos. Después de hablar Dupont y el marqués de Sillery, pronunció un breve discurso el abate Grégoire proponiendo una declaración de deberes, sin la cual, a su juicio, sería incompleta la Declaración de Derechos (226). El diputado Camus intervino en seguida, a pesar de

(224) En aquella sesión, algunos de los oradores, aunque muy pocos, hicieron referencia al antecedente de los Estados Unidos. Champion de Cicé, obispo de Auxerre, señaló el inconveniente de imitar el ejemplo de aquel país cuya población es tan distinta de las de los pueblos europeos y está formada por propietarios, cultivadores, ciudadanos regulares. Dijo que había que: "comenzar por establecer leyes que aproximaran a los hombres, antes de decirles indistintamente entre nosotros, como en los Estados Unidos: vosotros sois iguales". También figura un proyecto del diputado Thouret bajo el título: *Análisis de las ideas principales sobre el reconocimiento de los derechos del hombre en sociedad y sobre las bases de la constitución*. En él se hace un análisis discriminativo de la libertad, estableciendo con precisión y firmeza cada uno de sus aspectos con relación a la persona humana.

(225) Con respecto a los fundamentos dados por Desmeuniers en un pequeño discurso, hubo una respuesta de Biauzat, afirmando que es un error doctrinario el atribuir al hombre en estado de naturaleza derechos individuales, porque en ese estado no tiene ninguno, ni siquiera el de la libertad, desde que la esclavitud tampoco existe en la naturaleza. Un discurso del conde de Antraigues se ocupó del mismo asunto y terminaba así: "La declaración es indispensable, a fin de que si el cielo en su cólera nos castigara una segunda vez con el flagelo del despotismo, se pudiera, al menos, mostrar al tirano la injusticia de sus pretensiones, sus deberes y los derechos de sus pueblos".

(226) Entre otras cosas, dijo: "Los derechos y los deberes son correlativos: existen paralelamente. No se puede hablar de los unos sin hablar de los otros.. del mismo modo que no pueden existir unos sin otros porque ambos presentan ideas que los comprenden conjuntamente. Es una acción activa y pasiva. "No es posible presentar una Declaración de Derechos sin una de deberes y es principalmente esencial hacer una declaración de deberes para contener a los hombres en los límites de sus derechos. La tendencia es siempre a ejercerlos imperiosamente ya extenderlos; a los deberes se les descuida, se les desconoce, se les olvida. Hay que establecer el equilibrio; es necesario mostrar al hombre el ámbito en el cual puede moverse y las barreras que pueden y deben

los gritos y el tumulto que las palabras de Clermont-Lodève habían provocado, y, aprovechando un momento de calma, propuso a la Asamblea como cuestión a resolver, si se hacía o no una Declaración de Derechos y también de Deberes. Luego habló Lubersac, obispo de Chartres, apoyando la opinión favorable a la inclusión de los deberes en el título de la Declaración. Se escuchó con calma su proposición, pero luego varios oradores intentaron hablar a la vez y de todas partes se oyeron gritos. Entonces el presidente puso a votación la proposición de Camus que fue rechazada por mayoría de 570 votos contra 433.

Los días siguientes fueron ocupados por diversos asuntos, especialmente los relativos a la abolición del privilegio y a la forma de su aplicación, hasta que en la sesión del 12 de agosto aparecen en un anexo un proyecto de constitución de Bouche en el cual se halla contenido una declaración de derechos muy extensa y minuciosa, y un proyecto semejante, pero mucho más breve de Rabaud de Saint-Etienne. El abate Sièyes también figura en el anexo de esa sesión con un proyecto de declaración que precede a una constitución, seguido de otro proyecto presentado por Gouges-Carton.

Esta maratónica presentación de propuestas comenzó a vislumbrar un final cuando el 17 de agosto, el conde de Mirabeau, en nombre del Comité de los Cinco, leyó a la Asamblea el documento elaborado por ellos en 19 artículos, que sirvió de base a la redacción del texto final. En la sesión del 18 de agosto volvió a hablar Crenière haciendo observaciones al proyecto del Comité de los Cinco. Lo apoyó Duport; luego el abate Grégoire insistió en la inclusión de los deberes y en la necesidad de invocar a la Divinidad. El vizconde de Mirabeau propuso sustituir, en el encabezamiento de la Declaración, la palabra "restablecer" por "recordar" los derechos del hombre. El barón de Jesse propuso una leve modificación atenuando el derecho de resistencia a la opresión; luego el marqués de Bonnay manifestó no estar satisfecho con el proyecto de la Comisión de los Cinco. Volvió a hablar el conde de Mirabeau proponiendo en nombre propio que la Asamblea resolviese que la Declaración de Derechos era parte integrante e inseparable de la constitución, debiendo formar su primer capítulo. Luego pro-

detenerlo". Clermont-Lodève respondió a Grégoire que los deberes estaban implícitos porque nacían naturalmente de los derechos; que se les podía incluir en la Declaración, pero que el título debía ser Declaración de Derechos y no de Deberes.

puso suspender la redacción definitiva para hacerla cuando se redactara la constitución. Varios diputados atacaron vivamente esta actitud y después de un breve cambio de opiniones se levantó la sesión sin decidir la cuestión discutida.

El 23 de agosto se reanuda la discusión sobre los artículos 16, 17 y 18 del proyecto de Mirabeau. Hablaron Pétion de Villeneuve, Maillot, Bouche, el abate de Eymard, los dos Mirabeau, Clermont-Lodève, Talleyrand, Castellane, Rabaud de Saint Etienne Gonel, y en la sesión de la tarde, Fondeville y el marqués de Gouy d'Arcy. Todavía continuó la discusión el 24 de agosto. En ella, hablaron muchos diputados, todos brevemente, discutiendo la redacción de los artículos. Es interesante hacer notar que en ella intervino Maximiliano Robespierre, cuyo nombre figura por segunda vez en los debates. Habló para defender la libertad de prensa y oponerse a cualquier clase de restricciones.

El 25 no hubo sesión y el 26 se terminaron de discutir los artículos de la Declaración de Derechos. Al comenzar esta sesión se puso a votación una cuestión previa propuesta por Robespierre acerca de si había lugar o no a deliberar en ese momento sobre la introducción de agregados. La votación dio resultado negativo y de esta forma quedó sancionada la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (227).

b. Texto de la Declaración

El texto finalmente aprobado el 26 de agosto constaba de un preámbulo y 17 artículos que dicen:

“Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio

(227) Todavía en la sesión siguiente, el día 27 de agosto, el diputado Bouche propuso que se adoptara la siguiente resolución: “La Asamblea Nacional reconoce que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no está terminada y que ella se va a ocupar sin descanso de la constitución. Si en el curso de su discusión se presenta algún artículo que merezca ser inserto en la Declaración, será sometido a la deliberación de la Asamblea cuando la constitución se halle terminada. En consecuencia de su resolución de ese día, ella decreta, como artículos de la Declaración de los Derechos, los que han sido consentidos”. El presidente observó, que “en cuanto al primer objeto, era repetir en otros términos lo que la Asamblea acababa de resolver. En cuanto al segundo, ofrece muchas dificultades que no han terminado más que por una promesa del Comité de someter mañana a la Asamblea sus primeros ensayos”.

de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una Declaración solemne los derechos naturales y sagrados del hombre, a fin de que esta Declaración, siempre presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes; a fin de que los actos del Poder Legislativo y los del Ejecutivo puedan ser comparados a cada instante con el objeto de toda institución política y sean más respetados: y a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios sencillos e indiscutibles, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos.

En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano (228):

Artículo 1. Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo puedan estar fundadas en la utilidad común (229).

Art. 2. El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (230).

(228) *“Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. En conséquence, l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être Suprême, les droits suivants de l'homme et du citoyen”.*

(229) *“Article premier - Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune”.*

(230) *“Article 2 - Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression”.*

Art. 3. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de aquélla (231).

Art. 4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por ley (232).

Art. 5. La ley no tiene el derecho de prohibir más acciones que las nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie ser constreñido a hacer lo que ella no ordena (233).

Art. 6. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por medio de sus representantes a su formación. Debe ser la misma para todos, sea que proteja o que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otras distinciones que las de sus virtudes y sus talentos (234).

Art. 7. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado, ni detenido sino en los casos determinados por la ley y según las formas que ella prescribe. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órde-

(231) "Article 3 - *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément*".

(232) "Article 4 - *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi*".

(233) "Article 5 - *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas*".

(234) "Article 6 - *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ces yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*".

nes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o apresado en virtud de la ley debe obedecer al instante; se hace culpable si resiste (235).

Art. 8. La ley no debe establecer más penas que las estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada (236).

Art. 9. Todo hombre se presume inocente hasta que ha sido declarado culpable, y si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley (237).

Art. 10. Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aun las religiosas, con tal de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley (238).

Art. 11. La libre expresión de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, en consecuencia, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley (239).

(235) "Article 7 - Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant; il se rend coupable par la résistance".

(236) "Article 8 - La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée".

(237) "Article 9 - Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi".

(238) "Article 10 - Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi".

(239) "Article 11 - La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi".

Art. 12. La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza se halla instituida, pues, en beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes es confiada (240).

Art. 13. Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de la administración, es indispensable una contribución común. Ella debe ser repartida por igual entre todos los ciudadanos, en razón de sus posibilidades (241).

Art. 14. Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar por sí mismos o por medio de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, seguir su aplicación y determinar la cualidad, la cuota, el sistema de cobro y la duración de ella (242).

Art. 15. La sociedad tiene el derecho de pedir cuenta de su administración a todo funcionario público (243).

Art. 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución (244).

Art. 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública, legal-

(240) "Article 12 - La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux à qui elle est confiée".

(241) "Article 13 - Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre les citoyens, en raison de leurs facultés".

(242) "Article 14 - Les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée".

(243) "Article 15 - La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration".

(244) "Article 16 - Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

mente comprobada, lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización (245)".

c. Reacción en Inglaterra. Edmund Burke

Apenas sancionada la Declaración, aparecieron objeciones y críticas. Entre ellas ocupa un lugar destacado la de Edmund Burke (246) —a quien se reconoce habitualmente como el fundador del moderno conservadorismo— en un ensayo denominado *Reflections on the Revolution in France*, aparecido en 1790, y originado en una carta dirigida a un caballero residente en París (247). No se trata de un estudio sistemático sino más bien de una respuesta apasionada a un sermón de elogio a la Revolución Francesa pronunciado por Richard Price el 4 de noviembre de 1789 en la llamada *Revolution Society* (248), donde se proponía a los británicos el modelo revolucionario francés y se re-

(245) "Article 17 - *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*".

(246) Burke había nacido en Dublin, Irlanda en 1729 hijo de un abogado protestante y de madre católica. Llegó a Londres en 1750 y en 1757 contrajo matrimonio con Jane Nugent hija de un médico irlandés y católico. Su carrera política comenzó en 1765 como secretario privado del marqués de Rockingham, uno de los más destacados líderes del partido whig (liberal) y hacia 1770 intervino en la controversia desatada por el rey Jorge III con el objeto de recuperar para sí algunos de los poderes delegados por sus antecesores en el Parlamento. Con tal motivo escribió en 1770 *Thoughts on the Cause of the Present Discontents*, en donde sostuvo que si bien el propósito del rey no era ilegítimo, estaba en contra del espíritu de la constitución. En 1774 fue elegido miembro del Parlamento y sostuvo desde allí que sus pares debían someterse exclusivamente a los mandatos de sus electores en cada distrito, sino que debían obrar también siguiendo los dictados de su propio juicio. Abogó también por la causa de las colonias norteamericanas en dos discursos famosos: *American Taxation* (1774) y *On Conciliation with America* (1775) y favoreció la abolición del comercio internacional de esclavos. A partir de 1783 con la derrota del partido whig y el ascenso del Primer Ministro William Pitt (hijo) perdió influencia política. No obstante su crítico ensayo sobre la Revolución Francesa, que comentó arriba, alcanzó singular notoriedad. Murió en 1797. Véase Ayling, Stanley: *Edmund Burke: His Life and Opinions*, John Murray Publishers, 1988.

(247) Una edición más reciente es la de J.M. Dent & Sons Ltd, 1955 (Everyman edition).

(248) Una agrupación fundada en 1788 por un grupo de no conformistas y destinada a conmemorar la Gloriosa Revolución de 1688. Su primer presidente fue el conde Charles de Stanhope.

conocía la labor de la Asamblea Nacional. Burke reaccionó enérgicamente en defensa de los principios y procedimientos de la Gloriosa Revolución de 1689, sosteniendo el valor de la libertad pero sin quebrantamiento del orden establecido (249). Burke, en síntesis, aboga por la libertad, pero en un marco de moderación.

d. *Polémica Jellinek-Boutmy*

Una de las polémicas más fuertes que se han suscitado en torno a la Declaración, tuvo lugar hacia fines del siglo XIX entre George Jellinek, profesor en la Universidad de Heidelberg y Emile Boutmy de *L'Ecole libre des sciences politiques*. En una monografía publicada en Leipzig en 1895, titulada *Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte* (La

(249) Dice Burke en dos de los párrafos de su trabajo: "I certainly have the honor to belong to more clubs than one, in which the constitution of this kingdom and the principles of the glorious Revolution are held in high reverence, and I reckon myself among the most forward in my zeal for maintaining that constitution and those principles in their utmost purity and vigor. It is because I do so, that I think it necessary for me that there should be no mistake. Those who cultivate the memory of our Revolution and those who are attached to the constitution of this kingdom will take good care how they are involved with persons who, under the pretext of zeal toward the Revolution and constitution, too frequently wander from their true principles and are ready on every occasion to depart from the firm but cautious and deliberate spirit which produced the one, and which presides in the other". Luego agrega: "When I see the spirit of liberty in action, I see a strong principle at work; and this, for a while, is all I can possibly know of it. The wild gas, the fixed air, is plainly broke loose; but we ought to suspend our judgment until the first effervescence is a little subsided, till the liquor is cleared, and until we see something deeper than the agitation of a troubled and frothy surface. I must be tolerably sure, before I venture publicly to congratulate men upon a blessing, that they have really received one. Flattery corrupts both the receiver and the giver, and adulation is not of more service to the people than to kings. I should, therefore, suspend my congratulations on the new liberty of France until I was informed how it had been combined with government, with public force, with the discipline and obedience of armies, with the collection of an effective and well-distributed revenue, with morality and religion, with the solidity of property, with peace and order, with civil and social manners. All these (in their way) are good things, too, and without them liberty is not a benefit whilst it lasts, and is not likely to continue long. The effect of liberty to individuals is that they may do what they please; we ought to see what it will please them to do, before we risk congratulations which may be soon turned into complaints. Prudence would dictate this in the case of separate, insulated, private men, but liberty, when men act in bodies, is power. Considerate people, before they declare themselves, will observe the use which is made of power and particularly of so trying a thing as new power in new persons of whose principles, tempers, and dispositions they have little or no experience, and in situations where those who appear the most stirring in the scene may possibly not be the real movers".

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) (250), Jellinek negó la paternidad rousseauiana de la Declaración, sosteniendo en cambio que la fuente principal de ella eran los *Bill of Rights* que precedían a las constituciones de los estados norteamericanos. La tesis, más allá de sus aciertos o errores, apuntaba directamente al corazón del orgullo galo (251) y el guante fue recogido por Boutmy, uno de los más célebres constitucionalistas de su época, quien encendido de *l'esprit français*, respondió en un trabajo titulado *La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek*, aparecido en 1902 (252). En España las noticias sobre la polémica aparecieron de la mano de Adolfo Posada, catedrático en la Universidad de Oviedo, quien en 1903 tradujo el trabajo de Jellinek al que añadió un estudio introductorio (253). A su vez, en 1904, se sumó a la polémica otro francés, Emile Doumergue, protestante y profesor en la facultad de teología de la ciudad de Montauban (254), quien llevando aguas al molino de su religión, sostuvo que las declaraciones de derechos son una consecuencia lógica de los principios socio-políticos formulados sin interrupción y con claridad por el calvinismo (255). En la actualidad podemos encontrar reunidas todas las piezas de esta polémica merced a un trabajo de recopilación y traducción llevado a cabo por Jesús González Amuchástegui de la Universidad Complutense de Madrid (256).

(250) Luego fue traducida al inglés por Max Farrand y publicada en New York en 1901 por Henry Hall & Co. En 1902 Georges Fardis la tradujo al francés con un prólogo de Larnaude en el cual adhería a la tesis de Jellinek.

(251) En uno de los párrafos de su trabajo Jellinek llega a decir "...en cuanto a la determinación de los derechos especiales de libertad, los franceses dependen por completo de los americanos. Frente a las normas americanas, los franceses no han tenido ni una sola concepción original". Ver p. 89 obra citada *infra* nota 256.

(252) Fue publicada en: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France e à l'Étranger*, vol. xviii, nov., 1902.

(253) POSADA, Adolfo: *El origen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Revista Jurídica de Cataluña, vol. IV, Barcelona, 1903, ps. 225-245.

(254) Ubicada en el sudoeste, cerca de Toulouse, fue uno de los principales centros del protestantismo en el siglo XVII.

(255) DOUMERGUE, Emile: Les origines historiques de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France e à l'Étranger*, vol. XX, 1904, ps. 673-733

(256) GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús: *Orígenes de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Editora Nacional, Madrid, 1984.

La posición sostenida por Jellinek queda establecida en estos párrafos: "El *contrat social* se resume en una sola cláusula, a saber: la enajenación de todos los derechos del individuo a la sociedad. El individuo no conserva para sí un átomo de derecho en cuanto entra en el Estado. Todo lo que le corresponde en materia de derechos lo recibe de la *volonté générale*, la única que determina sus límites, y que no debe ni puede ser restringida jurídicamente por ninguna fuerza ... La concepción de un derecho originario que el hombre transfiere a la sociedad, y que presenta como una limitación jurídica del soberano, se rechaza expresamente por Rousseau. No hay ley fundamental que pueda ligar a la comunidad, ni aun el *contrat social* mismo. Y hasta ciertos derechos de libertad han sido declarados por Rousseau como directamente contrarios al Estado. Especialmente la libertad religiosa. ... Estos ejemplos deben bastar, de una vez para siempre, para rechazar la idea de que Rousseau haya querido asegurar a la libertad del individuo una esfera infranqueable ... Los principios del *contrat social* son, por tanto, absolutamente contrarios a una Declaración de Derechos. Porque de ellos proviene, no el derecho del individuo, sino la omnipotencia de la voluntad general, jurídicamente sin límites" (257).

En su contestación Boutmy sostuvo: "Tengo dos respuestas para Jellinek. La primera es que la filosofía de Rousseau y las máximas del Contrato social podían perfectamente haber inspirado una buena parte de los artículos de la Declaración, sin que Rousseau fuera sometido a ello; la segunda es que el hecho de la Declaración no está en absoluto en contradicción manifiesta y directa, como cree Jellinek, con los principios sobre los que se apoya el Contrato social. El Contrato social es una convención supuesta entre dos personajes: uno abstracto, la totalidad de los individuos, colectivamente considerados, el otro concreto, pero casi imposible de realizar, con todos y cada uno de los individuos aisladamente considerados. Este contrato tiene como consecuencias: la constitución de un cuerpo político, compuesto por el Estado o soberano y por los ciudadanos o súbditos, y el establecimiento entre ellos de determinadas relaciones. Estas relaciones consisten en dos actos: el primero es la alineación completa del individuo, de su persona y de sus bienes al Estado. El segundo es la restitución por el Estado al individuo de todo aquello que no es necesario para asegurar a cada uno el ejercicio de sus derechos, iguales a los de

(257) Ver GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, ps. 69-71.

los otros; de manera que el ciudadano, siguiendo a Rousseau, se encuentra más libre después que antes del Contrato” (258).

Luego agregó: “Estamos acostumbrados a concebir al soberano como un monarca, es decir, como un individuo situado al margen de la comunidad, con sus intereses propios, más o menos enfrentados a los generales. No estamos habituados a concebirle como a pueblo, bajo otro nombre, es decir, como la totalidad de individuos, los cuales se confunden en él y no pueden tener otro interés que el suyo. ¿Qué imposibilidad existe en que sea este soberano, así definido, quien redacte y promulgue la Declaración de Derechos? Este soberano no ha alienado ninguno de sus derechos. La alineación ha sido realizada hacia él, en su favor. Puede restituir todo lo que él quiera a aquellos de los que lo ha recibido, y Rousseau ha previsto que él fijaría las proporciones. Es inevitable que esta fijación se realice en detrimento suyo y no habrá nada de sorprendente ni contradictorio en ello, pues el soberano es, en último término, lo mismo que el pueblo. Rousseau aplica al soberano la idea que los filósofos se hacen de Dios: puede todo lo que quiere; pero no puede querer el mal, porque es contrario a su naturaleza. Lo mismo ocurre con el Estado, que también puede todo lo que quiere, pero no puede querer conservar todos los derechos que ha recibido por una enajenación voluntaria: es incapaz por naturaleza de ejercerlos. No constituyen los límites de su arbitrariedad; son los límites de su propia esencia los que determina mediante la Declaración de Derechos. No hay contradicción, por tanto, en que un documento que contiene una Declaración de Derechos haya sido inspirado, total o parcialmente, por el Contrato social” (259).

XVI. La efímera monarquía constitucional de 1791

Mientras la Asamblea deliberaba, la población de París continuaba hambrienta e irritada ante la falta de soluciones concretas, los rumores de restauración monárquica y el fallido intento de fuga de la familia real ocurrido en junio de 1790 (260). En ese contexto comenzó a

(258) *Idem* p. 125.

(259) *Idem* p. 126.

(260) El Rey y su familia intentaban huir de Francia con el objeto de obtener ayuda de gobiernos extranjeros, principalmente el austríaco, pero el carruaje que los conducía fue detectado y detenido en la ciudad de Varennes el 21 de junio.

tomar forma la Constitución monárquica de 1791. Su primer borrador estaba listo ya a mediados de 1790 y había recibido además la aprobación del rey en medio de unas fastuosas ceremonias celebradas el 14 de julio de 1790, pero ello no moderó el clima de agitación. Entre el 5 y el 6 de octubre tuvo lugar una marcha hacia Versalles —con activa participación de las mujeres— y la muchedumbre sitió el palacio real. Luis XVI y su familia fueron rescatados por La Fayette, quien les escoltó hasta París a petición del pueblo. Tras este suceso, algunos miembros conservadores de la Asamblea que acompañaron al rey a París dimitieron. El radicalismo entonces se apoderó de aquélla, pero no se perdió sin embargo el objetivo de implantar una monarquía constitucional como régimen político.

a. *La Constitución Civil del Clero*

En paralelo, debe prestarse atención a un grupo de acontecimientos vinculados con la Iglesia católica, que también marcaron profundamente el curso de los acontecimientos revolucionarios. Ya desde 1789 tuvo lugar un proceso de laicización iniciado el 2 de noviembre cuando la Asamblea emitió un decreto en virtud del cual todos los bienes eclesiásticos pasaron a ser de propiedad del Estado (261), quien asumió la misión de proveer al mantenimiento de los miembros del clero. Luego, el 13 de febrero de 1790, la Asamblea decretó la supresión de las órdenes y congregaciones religiosas, y el 12 de julio fue sancionada la llamada *Constitución Civil del Clero*, imponiéndose a todos los eclesiásticos la obligación de prestarle juramento de fidelidad. Esta medida originó la división del clero francés en juramentado o refractario, según hubiera prestado el juramento o no, aportando un elemento más de discordia al asentamiento de la Revolución. El papa Pío VI prohibió el juramento y excomulgó a los sacerdotes que lo prestaran. Mediante esta Constitución, la Iglesia francesa pasaba a tener un carácter nacional, alejado de la dependencia del Papa. Se reducía el número de obispos y se cambiaba el sistema de nombra-

(261) Estos bienes fueron posteriormente puestos a la venta para amortizar la deuda pública. Los títulos emitidos como reembolso de las deudas pendientes del Estado se conocieron con el nombre de asignados. Es decir, se emitieron títulos de la deuda (asignados) garantizados con los bienes de la Iglesia. Pero la emisión de asignados fue tan grande que acabaron funcionando como papel moneda, depreciándose rápidamente y originando una fuerte inflación. Así, con la venta de los bienes de la Iglesia, surgieron nuevos propietarios dispuestos a no perder lo garantizado por la Revolución, lo que introdujo un factor adicional de inestabilidad social.

mientos. Surgía así una Iglesia galicana, al margen de la autoridad pontificia, de estructura episcopalista y presbiteriana, donde los obispos y los párrocos eran elegidos por el pueblo y los nombramientos episcopales serían solamente notificados a Roma.

b. La Constitución de septiembre de 1791

En una escalada de los hechos revolucionarios, el 17 de julio los *sans-culottes* (262) se reunieron en el Campo de Marte y exigieron la destitución de Luis XVI. La Guardia Nacional abrió fuego contra los manifestantes y los dispersó siguiendo las órdenes de La Fayette, vinculado políticamente a los *feuillants*, un grupo formado por monárquicos moderados. Estos hechos incrementaron de forma irreversible las diferencias existentes entre el sector burgués y republicano de la población. El rey fue privado de sus poderes durante un breve período, pero la mayoría moderada de la Asamblea, que temía que se incrementarían los disturbios, restituyó a Luis XVI con la esperanza de frenar el ascenso del radicalismo y evitar una intervención de las potencias extranjeras.

En el marco de esta agitación, el 3 de septiembre de 1791 fue sancionada la primera Constitución formal surgida de la Revolución, la cual

(262) Miembros de una tendencia revolucionaria radical que exigía la proclamación de la república. Se los denominaba así pues no usaban el culotte o pantalón corto que se vestía con calzas. El orden social y político proclamado por la evolución, estaba muy atento a las señales externas de modo tal que la apariencia era utilizada como elemento de un lenguaje simbólico para expresar posturas políticas. La ropa, el aspecto exterior, el lenguaje y el comportamiento denotaban afinidades y servían para identificarse e identificar a los demás. Frente a los gustos extravagantes de la nobleza, se pretendía imponer la sobriedad y la sencillez. El vestido, en una sociedad igualitaria, ha de expresar patriotismo y compromiso político. Así, se imponen modas y estilos para vestir a los revolucionarios donde los colores predominantes son los de la bandera tricolor nacional (azul, blanco y rojo). Uno de estos prototipos es el *sans-coulotte*, que lleva gorro rojo, carmañola y pantalones largos. El modelo, extendido y repetido hasta la saciedad, sin duda se impuso como demostración de patriotismo y republicanismismo que se hizo imprescindible para la supervivencia personal durante la etapa del Terror. El uso de una forma de vestido única se hizo tan amplio y generalizado que la Convención hubo de redactar un decreto que garantizase la libertad de vestimenta. Sin embargo, el mismo Estado obligaba legalmente a todos los individuos a portar la escarapela tricolor. Además, encargó al pintor Jacques Louis David el diseño de modelos de vestimenta para uso de los ciudadanos. La idea era que nuevos individuos, en una nueva sociedad, expresaran con su vestimenta la igualdad y la fraternidad que presidía las relaciones sociales.

puede ser considerada un modelo de carta constitucional monárquica. Pero como ocurre generalmente con estos modelos, impecables en su diseño formal pero con escasa base política, tuvo una duración efímera, como veremos en el punto siguiente. Su Preámbulo enuncia los principios políticos de la nueva Francia en los cuales se destaca la abolición de la nobleza, de los títulos hereditarios y de las corporaciones. Está seguido de un Título Primero que reproduce con algunas ligeras modificaciones los derechos reconocidos en la Declaración de 1789, en el cual se agregó la mención a la libre elección de los ministros del culto y la creación de instituciones gratuitas para la enseñanza indispensable.

En materia de división política del territorio, esta Constitución suprimía la antigua división provincial y creaba en su reemplazo 83 departamentos, divididos a su vez en distritos y cantones (Título II). Establecía quiénes eran ciudadanos (Art. 2, Tít. II), y en el Título III se establecían las bases fundamentales de los poderes públicos en estos términos:

“Art. 1. La Soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo, ningún ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio.

Art. 2. La Nación, de la que emanan todos los Poderes, no puede ejercerlos más que por delegación. La Constitución francesa es representativa: los representantes son el Cuerpo legislativo y el Rey.

Art. 3. El Poder legislativo se delega en una Asamblea Nacional, compuesta por representantes temporales libremente elegidos por ella, con la sanción del Rey, de la manera que después se determinará.

Art. 4. El gobierno es monárquico: el Poder ejecutivo se delega en el Rey, para ser ejercido bajo su autoridad por los ministros y otros agentes responsables, de la manera que después se determinará.

Art. 5. El Poder judicial se delega en los jueces elegidos periódicamente por el pueblo”.

El Capítulo V, del Título III, relativo al Poder Judicial, merece ser leído con detenimiento, pues consagra un completísimo catálogo de todas las garantías fundamentales del debido proceso con un detalle

similar al que aparece en los modernos instrumentos internacionales propiciados por las Naciones Unidas. Establece en primer lugar la separación entre los jueces y los poderes políticos (263), la gratuidad de la justicia y la elección popular de los magistrados (264). Garantiza asimismo que los tribunales no interferirán en la acción de gobierno (265). Establece la garantía del juez natural (266), y los derechos del acusado al ser arrestado y durante el proceso penal (267). Se in-

(263) "Art. 1. *El Poder judicial no puede, en ningún caso, ser ejercido por el Poder legislativo o por el Rey*".

(264) "Art. 2. *La justicia se administrará gratuitamente por los jueces elegidos por el pueblo e instituidos por las cartas-patentes del Rey que no podrá rehusarlas. No podrán ser destituidos, a no ser por prevaricación debidamente juzgada, ni suspendidos más que por una acusación admitida. El Acusador público será nombrado por el Pueblo*".

(265) "Art. 3. *Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes, ni encargarse de funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones*".

(266) "Art. 4. *Ningún mandato, ni otras atribuciones o avocaciones que no sean aquellas que se determinen en las leyes, podrá atribuir a los ciudadanos un juez diferente al que la ley les haya asignado*".

(267) "Art. 9. *En materia criminal, ningún ciudadano puede ser juzgado más que sobre una acusación recibida por los jurados o decretada por el Cuerpo legislativo; en los casos en que le corresponda perseguir la acusación. Después de admitir la acusación, los jurados reconocerán y se pronunciarán sobre el hecho. El acusado tendrá la facultad de recusar hasta veinte de ellos, sin explicar los motivos. Los jurados que se pronunciarán sobre el hecho no podrán ser menos de doce. La aplicación de la ley la harán los jueces. La instrucción será pública y no se podrá negar a los acusados el auxilio de un consejo. Todo hombre absuelto por un jurado legal no podrá ser detenido ni acusado de nuevo por razón del mismo hecho*.

Art. 10. *Ningún hombre puede ser prendido más que para ser conducido ante un oficial de policía; nadie puede ser arrestado o detenido más que en virtud de un mandato de un oficial de policía, de una ordenanza de un tribunal, de un decreto de acusación del Cuerpo legislativo, en el caso de que le corresponda pronunciarse, o de una sentencia de condena a prisión o detención correccional*.

Art. 11. *Cualquier hombre prendido y conducido ante el oficial de policía será examinado en el acto o como mucho no más allá de veinticuatro horas. Si del examen resulta que no hay contra él ningún motivo de inculpación, será puesto enseguida en libertad; si ha lugar su envío a la cárcel, éste se llevará a cabo en el más breve plazo posible que, en ningún caso, podrá exceder de tres días*.

Art. 12. *En aquellos casos en que la ley permita la libertad bajo fianza, ningún hombre detenido puede ser retenido, si entrega fianza suficiente*.

cluye también en este Capítulo una fuerte garantía a favor de la libertad de expresión (268), y se prevé la creación de un tribunal de casación único (269).

La Asamblea Nacional, como órgano legislativo, era la destinataria de los poderes principales (270), y el Rey ejercía el poder ejecutivo.

Art. 13. Ningún hombre, en el caso de que la detención esté autorizada por la ley, puede ser conducido o detenido en lugares que no estén legal y públicamente designados para servir de cárcel, juzgado o prisión.

Art. 14. Ningún guardián o carcelero puede encarcelar ni retener a ningún hombre si no es en virtud de un mandato u orden de detención, decreto de acusación o sentencia, mencionados en el artículo 10, y sin que haga una transcripción en su registro".

(268) *"Art. 17. Ningún hombre puede ser investigado ni perseguido por razón de los escritos que hubiere hecho imprimir o publicar sobre cualquier materia, si no ha provocado a propósito la desobediencia de la ley, el descrédito de los poderes constituidos, la resistencia en sus actos o algunas de las acciones declaradas crímenes o delitos por la ley. Se permite la censura de los actos de los Poderes constituidos; pero las calumnias voluntarias contra la probidad de los funcionarios públicos y la rectitud de sus intenciones en el ejercicio de sus funciones podrán ser perseguidas por los que son objeto de las mismas. Las calumnias e injurias relativas a acciones de la vida privada de algunas personas serán castigadas con su persecución.*

Art. 18. Nadie puede ser juzgado, en vía civil o criminal, a causa de escritos impresos o publicados, sin que haya sido reconocido y declarado por un jurado: 1º. Si el escrito denunciado incurre en delito, 2º Si la persona perseguida es culpable de ello".

(269) *"Art. 19. Habrá para todo el reino un solo Tribunal de Casación, establecido al lado del Cuerpo legislativo. Tendrá por funciones pronunciarse: Sobre las demandas de casación contra las sentencias dadas en última instancia por los tribunales; Sobre las demandas de devolución de un tribunal a otro por causa de sospecha legítima; Sobre los reglamentos de jueces y la toma de partido contra un tribunal entero".*

(270) Dice el artículo 1, Cap. III, Título III: *"La Constitución delega exclusivamente en el Cuerpo legislativo los poderes y funciones siguientes: 1º. Proponer y decretar las leyes: el Rey solamente puede invitar al Cuerpo legislativo a tomar un asunto en consideración; 2º. Fijar los gastos públicos; 3º. Establecer las contribuciones públicas, determinar la naturaleza, cuota, duración y modo de percepción; 4º. Hacer el reparto de la contribución directa entre los departamentos del reino, supervisar el empleo de cualquier renta pública y obligar a dar cuenta de ello; 5º. Decretar la creación o la supresión de oficios públicos; 6º. Determinar el título, peso, sello y denominación de las monedas; 7º. Permitir o defender la introducción de tropas extranjeras en el territorio francés y de fuerzas navales extranjeras en los puertos del reino; 8º. Estatuir anualmente, tras la proposición del Rey, el número de hombres y navíos que compondrán el ejército de tierra y mar; los soldados y número de individuos en cada grado; las reglas de admisión y ascenso; las formas de enrolarse y de abandono, la formación de tripulaciones; la admisión de tro-*

Vale la pena señalar que ya esta Constitución encomienda al Rey algunos poderes que años más tarde la Constitución argentina de 1853 otorgaría al Presidente de la Nación. Así, por ejemplo, "El Poder ejecutivo supremo reside exclusivamente en el Rey. El Rey es el jefe supremo de la administración general del reino: se le confía el cuidado de velar por el mantenimiento del orden y de la tranquilidad pública. El Rey es el jefe supremo del ejército de tierra y mar. Se le delega el cuidado de velar por la seguridad exterior del reino y el mantenimiento de sus derechos y posesiones" (art. 1, Cap. IV, Tít. III). Asimismo el Rey podía ejercer el poder de veto. "Los decretos del Cuerpo legislativo son presentados al Rey, que puede rehusar su consentimiento" (art. 1, secc. III, Cap. III, Tít. III).

La Asamblea Nacional contaba con 745 miembros donde: 247 representaban a los departamentos, 249 al pueblo y 249 a quienes estaban gravados por contribuciones directas (271), pero lo que más descontento generó fue que la condición de elector estaba conferida solamente a los ciudadanos que a su vez fueran propietarios de bienes valuados en diferentes escalas económicas (272), quedando excluidos del derecho a votar los no propietarios y los criados domésticos. Asimismo se consagraba el principio de que todo impuesto debe tener base legal (273); y se establecía un modo bastante complejo para la modificación de la Constitución, tarea encargada a la llamada Asamblea de Revisión (274).

pas o fuerzas navales extranjeras al servicio de Francia y el tratamiento de las tropas en caso de licenciamiento; 9°. Estatuir la administración y ordenar la alineación de dominios nacionales; 10°. Exigir ante la alta Corte nacional la responsabilidad de los ministros y de los principales agentes del Poder Ejecutivo; acusar y exigir responsabilidades ante la misma Corte a los que sean acusados de atentado y complot contra la seguridad general del Estado o contra la Constitución; 11°. Establecer las leyes por las que luego se regirán la concesión de honores y condecoraciones puramente personales a quienes han prestado servicios al Estado; 12°. El Cuerpo legislativo tiene el derecho de conceder honores públicos a la memoria de grandes hombres".

(271) Arts. 1-5, secc. 1, Cap. I, Tít. III.

(272) Art. 7, secc. 2, Cap. I, Tít. III.

(273) Art. 1, Tít. V.

(274) Arts. 1-8, Tít. VII.

c. El gobierno surgido de la Constitución

El 14 de septiembre, el Rey juró respetar la Constitución. Dos semanas después, se disolvió la Asamblea Constituyente para dar paso a las elecciones establecidas en aquella de las cuales surgió la Asamblea Legislativa, que comenzó sus sesiones el 1 de octubre de 1791, formada por legisladores que no tenían experiencia alguna en la vida política, dado que los propios integrantes de la Asamblea Constituyente habían votado en contra de su elegibilidad como diputados de la nueva cámara. Ésta se hallaba dividida en facciones divergentes. La más moderada era la de los *feuillants*, partidaria de la monarquía constitucional tal como se establecía en la Constitución de 1791. El centro de la cámara acogía al grupo mayoritario, conocido como el Llano, que carecía de opiniones políticas definidas pero que se oponía unánimemente al sector radical que se sentaba en el ala izquierda, compuesto principalmente por los *girondins*, que defendían la transformación de la monarquía constitucional en una república, un proyecto similar al de los *montagnards* (grupo que recibió tal apelativo por ocupar la parte superior de la cámara) integrados por los *jacobins* y los *cordeliers*, portadores de ideas más radicalizadas.

Antes de que estas disensiones abrieran una profunda brecha en las relaciones entre los *girondins* y los *montagnards*, el sector republicano de la Asamblea consiguió la aprobación de varios proyectos de ley importantes, entre los que se incluían severas medidas contra los miembros del clero que se negaran a jurar lealtad al nuevo régimen. Sin embargo, Luis XVI ejerció su derecho a veto sobre estos decretos, provocando así una crisis parlamentaria que llevó al poder a los *girondins*. El flamante gabinete girondino, presidido por Jean Marie Roland de la Platière, adoptó una actitud beligerante hacia Federico Guillermo II y Francisco II, el nuevo emperador del Sacro Imperio Romano, que había sucedido a su padre, Leopoldo II, el 1 de marzo de 1792. Ambos soberanos apoyaban abiertamente las actividades de los *émigrés* y secundaban el rechazo a la legislación revolucionaria. El deseo de entablar una guerra se extendió rápidamente entre los monárquicos, que confiaban en la derrota del gobierno revolucionario y en la restauración del Antiguo Régimen, y entre los girondinos, que anhelaban un triunfo definitivo sobre los sectores reaccionarios tanto en el interior como en el exterior. El 20 de abril de 1792 la Asamblea Legislativa declaró la guerra al Sacro Imperio Romano.

XVII. La Primera República

a. La Convención Nacional. Abolición de la monarquía y ejecución del Rey

En el curso de los acontecimientos bélicos que sucedieron, los ejércitos austríacos obtuvieron varias victorias gracias a errores del alto mando francés, formado mayoritariamente por monárquicos. La posterior invasión al territorio de Francia provocó importantes desórdenes en París y el gabinete de Roland cayó el 13 de junio. La intranquilidad de la población se canalizó una semana después en un asalto a Les Tulleries, palacio en el cual residía la familia real. La Asamblea Legislativa declaró el estado de excepción el 11 de julio, después de que Cerdeña y Prusia se unieran a la guerra contra Francia. Se enviaron fuerzas de reserva para aliviar la difícil situación en el frente, y se solicitaron voluntarios de todo el país en la capital (275).

El descontento popular provocado por la gestión de los girondinos, que habían expresado su apoyo a la monarquía y habían rechazado la acusación de desertión presentada contra La Fayette, hizo aumentar la tensión, que se vio incrementada más aún cuando se conoció el manifiesto del comandante aliado, Charles William de Ferdinand, duque de Brunswick, en el que amenazaba con destruir la capital si la familia real era maltratada. Todo ello provocó una violenta insurrección en París el 10 de agosto, similar a la del 14 de julio de 1789. Los insurgentes, dirigidos por elementos radicales de la capital y voluntarios nacionales que se dirigían al frente, asaltaron nuevamente Les Tulleries y asesinaron a la guardia del rey. Luis XVI y su familia se refugiaron en la cercana sala de reuniones de la Asamblea Legislativa, que no tardó en suspender en sus funciones al monarca y disponer su arresto.

A su vez, los insurrectos derrocaron al consejo de gobierno parisino, que fue reemplazado por un nuevo consejo ejecutivo provisional, la denominada *Commune de Paris*. Los jacobinos, liderados por Georges Jacques Danton, dominaron el nuevo gobierno parisino y tomaron el control de la Asamblea Legislativa, la cual aprobó la celebración de elecciones en un breve plazo con vistas a la constitución de

(275) Cuando los refuerzos procedentes de Marseille llegaron a París, iban cantando un himno patriótico conocido desde entonces como la *Marseillaise*.

una nueva Convención nacional, en la que tendrían derecho a voto todos los ciudadanos varones. La elección de los nuevos legisladores tuvo lugar el 27 de agosto y la Convención se reunió en septiembre. Su primera decisión oficial y unánime, adoptada entre el 21 y 22 de septiembre de 1792, fue la abolición de la monarquía y la proclamación de la Primera República. Tres días después un nuevo decreto estableció que la República francesa era única e indivisible. Incluso cuando al año siguiente —como veremos— el calendario juliano fue sustituido por el revolucionario, fue elegido el 22 de septiembre como primer día del Año I de la Revolución. El consenso entre los principales grupos integrantes de la Convención no fue más allá de la aprobación de estas medidas iniciales. Ni siquiera fue decidida la suerte que correría el rey y las disensiones se intensificaron seria y rápidamente en el seno de la Convención, donde el Llano dudaba entre conceder su apoyo a los moderados girondinos o a los radicales jacobinos.

Sin embargo, la primera gran prueba de fuerza se decidió en favor de estos últimos, que solicitaban a la Convención el juzgamiento del rey por traición. El 15 de enero de 1793 Luis XVI fue declarado culpable con el voto casi unánime de 693 diputados de la Convención, pero no se produjo el mismo acuerdo al día siguiente, cuando había de decidirse la pena aplicable. Finalmente el Rey fue condenado a muerte por el voto de 361 diputados (276) contra 288 que proponían diversas formas de encarcelamiento. Luis XVI fue ejecutado el 21 de enero en la actual Place de la Concorde.

La influencia de los girondinos en la Convención Nacional disminuyó enormemente tras la ejecución del rey. La falta de unidad mostrada por el grupo durante el juicio había dañado irreparablemente su prestigio nacional, bastante mermado desde hacía tiempo entre la población de París, más favorable a las tendencias jacobinas. Otro factor que determinó la caída girondina fueron las derrotas sufridas por los ejércitos franceses tras declarar la guerra a Gran Bretaña y los Países Bajos el 1 de febrero de 1793, y a España el 7 de marzo, que se habían unido a la Primera Coalición contra Francia. Las propuestas de los jacobinos para fortalecer al gobierno ante las cruciales luchas a las que Francia debería enfrentarse desde ese momento fueron firmemente rechazadas por los girondinos. No obstante, a comienzos de

(276) A estos deben sumarse 72 que votaron por al muerte del rey pero sin disponer una ejecución inmediata. Vid. DOYLE, *History of the French Revolution*, p. 196.

marzo la Convención votó a favor del reclutamiento de 300.000 hombres y envió comisionados especiales a varios departamentos para organizar la leva. Los sectores clericales y monárquicos enemigos de la Revolución incitaron a la rebelión a los campesinos de La Vendée, contrarios a tal medida. La guerra civil no tardó en extenderse a los departamentos vecinos. Los austríacos derrotaron al ejército de Dumouriez en Neerwinden el 18 de marzo, y éste desertó al enemigo. La huida del jefe del ejército, la guerra civil y el avance de las fuerzas enemigas a través de las fronteras de Francia provocó en la Convención una crisis entre los girondins y los montagnards, en la que estos últimos pusieron de relieve la necesidad de emprender una acción contundente en defensa de la Revolución.

El 6 de abril, la Convención creó el Comité de Salvación Pública, que habría de ser el órgano ejecutivo de la República, y finalmente su único órgano de gobierno en la práctica a partir de ese momento y reestructuró también el Comité de Seguridad General y el Tribunal Revolucionario. Se enviaron representantes a los departamentos para supervisar el cumplimiento de las leyes, el reclutamiento y la requisita de municiones. La rivalidad existente entre girondins y jacobins se había agudizado durante este período. La rebelión parisina, organizada por el periodista radical Jacques René Hébert, obligó a la Convención a ordenar el 2 de junio la detención de veintinueve delegados girondinos y de los ministros de este grupo, Pierre Henri Lebrun-Tondu y Étienne Clavière. A partir de ese momento, la facción jacobina radical que asumió el control del gobierno desempeñó un papel decisivo en el posterior desarrollo de la Revolución.

b. Frustrada Constitución republicana de 1793

Al igual que en septiembre de 1791, cuando se aprobó la constitución monárquica, el 24 de junio de 1793 la Convención aprobó la primera Constitución de la República en el medio de grandes agitaciones. Tan fuerte era la tensión política de entonces, que el documento nunca entró realmente en vigor. No obstante ello, merece ser mencionado en líneas generales, ya que contiene una contradicción típica de la Revolución francesa, luego transmitida a pueblos como el argentino: una notable expresión democrática, volcada en un texto sancionado por la dictadura jacobina.

Siguiendo el modelo de su predecesora, esta Constitución reproduce, en un título preliminar, la Declaración de los derechos del Hombre

y del Ciudadano, pero introduce algunas variantes importantes. En primer lugar consagra la soberanía del pueblo (277), luego establece la temporalidad de los mandatos públicos, cuyo ejercicio considera un deber (278) y decreta que los delitos cometidos por los funcionarios no pueden quedar impunes (279). Asimismo reconoce el derecho de resistencia a la opresión y a la insurrección (280). Ya en el texto constitucional propiamente dicho, establece la unidad e indivisibilidad de la República (281), siguiendo con ello el Decreto del 25 de septiembre de 1792 y en la organización del gobierno contempla la existencia de un cuerpo legislativo (la Asamblea nacional) único, indivisible y permanente (282), en el cual se reúnen la funciones legislativas admitiéndose que puede emitir tanto leyes (283) como decretos (284). La fun-

(277) "Article. 25. *La souveraineté réside dans le peuple; elle est une et indivisible, imprescriptible et inaliénable*".

(278) "Article 30. *Les fonctions publiques sont essentiellement temporaires; elles ne peuvent être considérées comme des distinctions ni comme des récompenses, mais comme des devoirs*".

(279) "Article 31. *Les délits des mandataires du peuple et de ses agents ne doivent jamais être impunis. Nul n'a le droit de se prétendre plus inviolable que les autres citoyens*".

(280) "Article 33. - *La résistance à l'oppression est la conséquence des autres Droits de l'homme*.

Article 34. *Il y a oppression contre le corps social lorsqu'un seul de ses membres est opprimé. Il y a oppression contre chaque membre lorsque le corps social est opprimé*.

Article 35. *Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs*".

(281) "Article 1. *La République française est une et indivisible*".

(282) "Article 39. *Le Corps législatif est un, indivisible et permanent*".

(283) "Article 54. *Sont compris, sous le nom général de loi, les actes du Corps législatif, concernant: La législation civile et criminelle; L'administration générale des revenus et des dépenses ordinaires de la République; Les domaines nationaux; - Le titre, le poids, l'empreinte et la dénomination des monnaies; La nature, le montant et la perception des contributions; La déclaration de guerre; Toute nouvelle distribution générale du territoire français; L'instruction publique; Les honneurs publics à la mémoire des grands hommes*".

(284) "Article 55. - *Sont désignés, sous le nom particulier de décret, les actes du Corps législatif, concernant: L'établissement annuel des forces de terre et de mer;*

ción ejecutiva es encomendada a un Consejo ejecutivo compuesto de veinticuatro miembros elegidos por la Asamblea nacional de una lista elaborada por las asambleas electorales departamentales (285), encargado de la administración general y de la ejecución de las leyes y decretos emitidos por la Asamblea (286). En materia judicial se preveía la existencia de tribunales civiles, penales y de un tribunal de casación.

XVIII. El Comité de Salvación Pública. El Terror

El 10 de julio de 1793, la presidencia del Comité de Salvación Pública fue transferida a los jacobinos, que reorganizaron completamente las funciones de este nuevo organismo. Tres días después, Jean-Paul Marat fanático jacobino fue asesinado por Charlotte de Corday, simpatizante de los girondinos. La indignación pública ante este crimen hizo aumentar considerablemente la influencia de los jacobinos en todo el país. Maximilien de Robespierre pasó a ser miembro del Comité de Salvación Pública el 27 de julio y se convirtió en su figura más destacada en poco tiempo. Apoyado por Louis Saint-Just, Lazare Carnot y Georges Couthon, entre otros dispuso medidas policiales extremas para prevenir cualquier acción contrarrevolucionaria. Los poderes del Comité fueron renovados mensualmente por la Convención

La permission ou la défense du passage des troupes étrangères sur le territoire français; L'introduction des forces navales étrangères dans les ports de la République; Les mesures de sûreté et de tranquillité générales; La distribution annuelle et momentanée des secours et travaux publics; Les ordres pour la fabrication des monnaies de toute espèce; Les dépenses imprévues et extraordinaires; Les mesures locales et particulières à une administration une commune, à un genre de travaux publics; La défense du territoire; La ratification des traités; La nomination et la destitution des commandants en chef des armées; La poursuite et la responsabilité des membres du conseil, des fonctionnaires publics; L'accusation des prévenus de complots contre la sûreté générale de la République; Tout changement dans la distribution partielle du territoire français; Les récompenses nationales".

(285) "Article 62. Il y a un Conseil exécutif composé de vingt-quatre membres.

Article 63. L'Assemblée électorale de chaque département nomme un candidat. Le Corps législatif choisit, sur la liste générale, les membres du Conseil".

(286) "Article 65. Le Conseil est chargé de la direction et de la surveillance de l'administration générale; il ne peut agir qu'en exécution des lois et des décrets du Corps législatif".

Nacional desde abril de 1793 hasta julio de 1794, un período que pasó a denominarse el Terror, alentado por la represión interna y la amenaza externa (287).

En el curso de estos acontecimientos, la reina María Antonieta fue ejecutada el 16 de octubre, y 21 líderes girondinos murieron guillotizados el 31 del mismo mes. Tras estas represalias iniciales, miles de monárquicos, sacerdotes, girondinos y otros sectores acusados de realizar actividades contrarrevolucionarias o de simpatizar con esta causa, fueron juzgados por los tribunales revolucionarios y declarados culpables fueron ejecutados en la guillotina. El número de personas condenadas a muerte en París ascendió a 2.639, más de la mitad de las cuales (1.515) perecieron durante los meses de junio y julio de 1794. Las penas infligidas a los traidores o presuntos insurgentes fueron más severas en muchos departamentos periféricos, especialmente en los principales centros de la insurrección monárquica. El tribunal de Nantes, presidido por Jean-Baptiste Carrier, el más severo con los cómplices de los rebeldes de La Vendée, ordenó la ejecución de más de 8.000 personas en un período de tres meses. Los tribunales y los comités revolucionarios fueron responsables de la ejecución de casi 17 mil ciudadanos en toda Francia. El número total de víctimas durante el reinado del Terror llegó a 40.000. Entre los condenados por los tribunales revolucionarios, aproximadamente el 8% eran nobles, el 6% eran miembros del clero, el 14% pertenecía a la clase media y el 70% eran trabajadores o campesinos acusados de eludir el reclutamiento, de desertión, acaparamiento, rebelión u otros delitos. Fue el clero católico el que sufrió proporcionalmente las mayores pérdidas entre todos estos grupos sociales.

El odio anticlerical se puso de manifiesto también en la abolición del calendario juliano en octubre de 1793, que fue reemplazado por el

(287) Desde el punto de vista militar, la situación era extremadamente peligrosa para la República. Las potencias enemigas habían reanudado la ofensiva en todos los frentes. Los prusianos habían recuperado Maguncia, Condé-Sur-L'Escaut y Valenciennes, y los británicos mantenían sitiado Toulon. Los insurgentes monárquicos y católicos controlaban gran parte de La Vendée y Bretaña. Caen, Lyon, Marseille, Bordeaux y otras importantes localidades se hallaban bajo el poder de los girondinos. El 23 de agosto se emitió un nuevo decreto de reclutamiento para toda la población masculina de Francia en buen estado de salud. Se formaron en poco tiempo catorce nuevos ejércitos —alrededor de 750.000 hombres— que fueron equipados y enviados al frente rápidamente.

calendario republicano. El Comité de Salvación Pública, presidido por Robespierre, movido por el deseo de establecer una República de la Virtud, en los hechos alentó el fanatismo político, pese a los incuestionables principios que enunciaba (288). Asimismo, se desató una

(288) Es célebre el discurso de Robespierre ante la Convención Nacional del 7 de febrero de 1794, que aquí reproduzco:

“La democracia es un Estado en el que el pueblo soberano, guiado por leyes que son de obra suya, actúa por sí mismo siempre que le es posible, y por sus delegados cuando no puede obrar por sí mismo.

Es, pues, en los principios del gobierno democrático donde debéis buscar las reglas de vuestra conducta política.

Pero para fundar y consolidar entre nosotros la democracia, para llegar al reinado apacible de las leyes constitucionales, es preciso terminar la guerra de la libertad contra la tiranía y atravesar con éxito las tormentas de la Revolución; tal es el fin del sistema revolucionario que habéis organizado. Debéis aún regir vuestra conducta según las tormentosas circunstancias en que se encuentra la República, y el plan de vuestra administración debe ser el resultado del espíritu del gobierno revolucionario combinado con los principios generales de la democracia.

Pero ¿cuál es el principio fundamental del gobierno democrático o popular, es decir, el resorte esencial que lo sostiene y que le hace moverse? Es la virtud. Hablo de la virtud pública, que obró tantos prodigios en Grecia y Roma, y que producirá otros aún más asombrosos en la Francia republicana; de esa virtud que no es otra cosa que el amor a la Patria y a sus leyes.

Pero como la esencia de la República o la democracia es la igualdad, el amor a la patria incluye necesariamente el amor a la igualdad.

En verdad, ese sentimiento sublime supone la preferencia del interés público ante todos los intereses particulares, de lo que resulta que el amor a la patria supone también o produce todas las virtudes, pues ¿acaso son éstas otra cosa sino la fuerza del alma, que se vuelve capaz de tales sacrificios? ¿Y cómo podría el esclavo de la avaricia o de la ambición, por ejemplo, inmolar su ídolo a la Patria?

No sólo es la virtud el alma de la democracia, sino que, además, solamente puede existir con este tipo de gobierno. En la monarquía, sólo conozco un individuo que pueda amar a la Patria, y que para ello no necesita siquiera virtud: el monarca. La causa de ello es que, de todos los habitantes de sus estados, el monarca es el único que tiene una patria. ¿Acaso no es el soberano, al menos de hecho. ¿No está en el lugar del Pueblo? ¿Y qué es la Patria sino el país del que se es ciudadano y partícipe de la soberanía?

Por una consecuencia del mismo principio, en los Estados aristocráticos, la palabra «patria» sólo tiene algún significado para quienes han acaparado la soberanía.

Sólo en la democracia es el Estado verdaderamente la Patria de todos los individuos que lo componen, y puede contar con tantos defensores interesados en su causa como ciudadanos tenga. Si Atenas y Esparta triunfaron de los tiranos de Asia y los suizos de los

fuerte ola de anticlericalismo auspiciada por Pierre Gaspard Chauvette y Hébert. El 23 de noviembre de 1793, la Comuna de París ordenó cerrar todas las iglesias de la ciudad —decisión luego seguida por las autoridades locales de toda Francia— y comenzó a promover el culto pagano a la Razón. Ello acentuó las diferencias entre los jacobinos liderados por Robespierre, y los seguidores de Hébert, la cual concluyó con la ejecución de aquél y sus principales acólitos el 24 de marzo de 1794. Dos semanas después, Robespierre también emprendió acciones contra los seguidores de Danton, que habían comenzado a solicitar la paz y el fin del reinado del Terror. Danton y sus principales correligionarios fueron decapitados el 6 de abril.

Como consecuencia de estas medidas, Robespierre perdió el apoyo de muchos jacobinos. Asimismo las victorias de los ejércitos franceses, entre las que cabe destacar la batalla de Fleurus (Bélgica) del 26 de junio, que facilitó la reconquista de los Países Bajos austríacos, incrementó la confianza del pueblo en el triunfo final. Por este motivo, comenzó a extenderse el rechazo a las medidas de seguridad impuestas por Robespierre. El descontento general con el líder del Comité de Salvación Pública no tardó en transformarse en una auténtica conspiración. Robespierre, Saint-Just, Couthon y 98 de sus seguidores fueron arrestados el 27 de julio de 1794 (9 de termidor del año III) y deca-

tiranos de Austria y España, no hay que buscar otra causa que ésta. Pero los franceses son el primer pueblo del mundo que ha establecido una verdadera democracia, llamando a todos los hombres a la igualdad y a la plenitud de los derechos de ciudadanía; ésta es, a mi juicio, la verdadera razón por la cual todos los tiranos coaligados contra la República serán vencidos.

Es el momento de sacar grandes consecuencias de los principios que acabamos de exponer. Puesto que el alma de la República es la virtud, la igualdad, y vuestra finalidad es fundar y consolidar la República, la primera regla de vuestra conducta política debe ser encaminar todas vuestras medidas al mantenimiento de la igualdad y al desarrollo de la virtud, pues el primer cuidado del legislador debe ser el fortalecimiento del principio del gobierno. Así, todo aquello que sirva para excitar el amor a la patria, purificar las costumbres, elevar los espíritus, dirigir las pasiones del corazón humano hacia el interés público, debe ser adoptado o establecido por vosotros; todo lo que tiende a concentrarlas en la abyección del yo personal, a despertar el gusto por las pequeñas cosas y el desprecio de las grandes, debéis eliminarlo o reprimirlo. En el sistema de la Revolución francesa, lo que es inmoral es impolítico, lo que es corruptor es contrarrevolucionario. La debilidad, los vicios, los prejuicios, son el camino de la monarquía".

Vid: *La Revolución Francesa en sus textos*. Estudio preliminar, traducción y notas de Ana Martínez Arancón. Madrid. Editorial Tecnos, 1989.

pitados al día siguiente, fecha en la cual se considera terminada la República de la Virtud.

Desde allí y hasta finales de 1794, la Convención Nacional estuvo controlada por el "grupo termidoriano" que derrocó a Robespierre y puso fin al Terror. Se clausuraron los clubes jacobinos en todo el país, fueron abolidos los tribunales revolucionarios y revocados varios decretos de carácter extremista, incluido aquél por el cual el Estado fijaba los salarios y precios de los productos. Después de que la Convención volviera a estar dominada por los girondinos, el conservadorismo termidoriano se transformó en un fuerte movimiento reaccionario. Durante la primavera de 1795, se produjeron en París varios tumultos, en los que el pueblo reclamaba alimentos, y manifestaciones de protesta que se extendieron a otros lugares de Francia. Estas rebeliones fueron sofocadas y se adoptaron severas represalias contra los jacobinos y *sans-culottes* que los protagonizaron.

XIX. El Directorio. La Constitución del Año III (1795)

Concomitantemente, los ejércitos franceses resultaron victoriosos en las campañas militares contra la coalición liderada por los austríacos. Durante el invierno de 1794-1795, las fuerzas francesas dirigidas por el general Charles Pichegru invadieron los Países Bajos austríacos, ocuparon las Provincias Unidas instituyendo la República Bátava y vencieron a las tropas aliadas. Esta sucesión de derrotas provocó la desintegración de la coalición antifrancesa. Prusia y varios estados alemanes firmaron la paz con el gobierno francés en el Tratado de Basilea el 5 de abril de 1795; España también se retiró de la guerra el 22 de julio, con lo que las únicas naciones que seguían en lucha con Francia eran Gran Bretaña, Cerdeña y Austria. Sin embargo, no se produjo ningún cambio en los frentes bélicos durante casi un año.

En el orden interno, la Convención Nacional finalizó la redacción de una nueva Constitución de tono más conservador inspirada por los girondinos, que fue aprobada oficialmente el 22 de agosto de 1795 (5 de fructidor del año III). Comienza también con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, a la que se agregan los deberes de los Ciudadanos y luego se extiende un largo documento a lo largo de 377 artículos. Los derechos aparecen proclamados con menos entusiasmo y énfasis que en las constituciones anteriores, y están más reducidos en número. Han desaparecido, por ejemplo, el dere-

cho al trabajo, a los socorros públicos y a la insurrección, y otros pasan a formar parte del título XIV "Disposiciones generales" (libertad de opinión, de expresión del pensamiento y de palabra). No obstante, la ley sigue estando definida como "la voluntad general expresada por la mayoría de los ciudadanos o de sus representantes" (289), aclarándose además que no puede tener efectos retroactivos (290). La República —al igual que en la Constitución anterior— es una e indivisible, pero la soberanía ya no reside en la nación (como en 1791), ni en el pueblo (como en 1793), sino en "la universalidad de los ciudadanos franceses" (291); la ciudadanía se adquiría a los veintiún años por parte de quienes hubieran nacido en Francia y residido en ella y pagaran contribuciones directas o quienes hubieran contribuido al establecimiento de la República (292).

En su parte orgánica, a diferencia de la anterior, pretendía establecer una rígida y formal división de poderes. Se establecía por primera vez el bicameralismo, pues las funciones legislativas eran conferidas a un cuerpo constituido por dos órganos: el Consejo de Ancianos, una suerte de Senado integrado por 250 miembros, y el llamado Consejo de los Quinientos, integrado por tal número de legisladores (293). El cuerpo legislativo tenía prohibido delegar en uno o varios de sus miembros las funciones atribuidas por la Constitución (294), ni tampoco

(289) "Article 6. *La loi est la volonté générale, exprimée par la majorité ou des citoyens ou de leurs représentants*".

(290) "Article 14. *Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif*".

(291) "Article 2. *L'universalité des citoyens français est le souverain*".

(292) "Article 8. *Tout homme né et résidant en France, qui, âgé de vingt et un ans accomplis, s'est fait inscrire sur le registre civique de son canton, qui a demeuré depuis pendant une année sur le territoire de la République, et qui paye une contribution directe, foncière ou personnelle, est citoyen français*".

Article 9. *Sont citoyens, sans aucune condition de contribution, les Français qui auront fait une ou plusieurs campagnes pour l'établissement de la République*".

(293) "Article 44. *Le corps législatif est composé d'un Conseil des Anciens et d'un Conseil des Cinq-Cents*".

(294) "Article 45. *En aucun cas, le corps législatif ne peut déléguer à un ou plusieurs de ses membres, ni à qui que ce soit, aucune des fonctions qui lui sont attribuées par la présente Constitution*".

podía ejercer funciones ejecutivas o judiciales (295). La novedad más singular estaba en el poder ejecutivo, un cuerpo colegiado de cinco miembros denominado directorio, designados por el Consejo de los Quinientos a propuesta del consejo de Ancianos (296), que se renovaba parcialmente a razón de un miembro por año (297). La justicia, finalmente, estaba integrada por tribunales civiles, penales y un tribunal de casación nacional, agregándose además una Alta Corte de Justicia (*Haute Cour de Justice*), un tribunal especial cuya misión era juzgar las acusaciones dirigidas contra los integrantes del cuerpo legislativo (298). Se aseguraba a los jueces independencia funcional (299), se garantizaba el debido proceso y la gratuidad de la justicia. Se exigía

(295) "Article 46. Il ne peut exercer par lui-même, ni par des délégués, le pouvoir exécutif, ni le pouvoir judiciaire".

(296) "Article 132. Le pouvoir exécutif est délégué à un directoire de cinq membres, nommé par le corps législatif, faisant alors les fonctions d'assemblée électorale, au nom de la Nation".

"Article 133. Le Conseil des Cinq-Cents forme, au scrutin secret, une liste décuple du nombre des membres du directoire qui sont à nommer, et la présente au Conseil des Anciens, qui choisit aussi au scrutin secret, dans cette liste".

(297) "Article 137. Le directoire est partiellement renouvelé par l'élection d'un nouveau membre, chaque année. Le sort décidera, pendant les quatre premières années, de la sortie successive de ceux qui auront été nommés la première fois".

(298) "Article 111. Les membres du corps législatif, depuis le moment de leur nomination jusqu'au trentième jour après l'expiration de leurs fonctions, ne peuvent être mis en jugement que dans les formes prescrites par les articles qui suivent.

Article 112. Ils peuvent, pour faits criminels, être saisis en flagrant délit; mais il en est donné avis, sans délai, au corps législatif, et la poursuite ne pourra être continuée qu'après que le Conseil des Cinq-Cents aura proposé la mise en jugement que le Conseil des Anciens l'aura décrétée.

Article 113. Hors le cas du flagrant délit, les membres du corps législatif ne peuvent être amenés devant les officiers de police, ni mis en état d'arrestation, avant que le Conseil des Cinq-Cents ait proposé la mise en jugement, et que le Conseil des Anciens l'ait décrétée.

Article 114. Dans les cas des deux articles précédents, un membre du corps législatif ne peut être traduit devant aucun autre tribunal que la Haute Cour de justice".

(299) "Article 206. Les juges ne peuvent être destitués que pour forfaiture légalement jugée, ni suspendus que par une accusation admise".

que los juicios fueran públicos, las deliberaciones fueran secretas y la sentencia, motivada y fundada en derecho, debía ser pronunciada también públicamente (300). Se prohibía asimismo que dos parientes se desempeñaran simultáneamente en el mismo tribunal (301).

A poco de aprobada esta Constitución, la Convención Nacional, que seguía en funciones y pretendía mantener influencia en el nuevo gobierno que se formaría, promulgó un decreto especial en el cual establecía que los primeros directores y dos tercios del cuerpo legislativo debían ser elegidos entre los miembros de la Convención. Los monárquicos parisinos reaccionaron violentamente contra este decreto y organizaron una insurrección el 5 de octubre de 1795, levantamiento que fue reprimido con rapidez por tropas comandadas por el general Napoleón Bonaparte, jefe militar de los ejércitos revolucionarios de escaso renombre, todavía. El régimen de la Convención concluyó el 26 de octubre y el nuevo gobierno formado de acuerdo con la Constitución entró en funciones el 2 de noviembre.

Su existencia fue efímera y turbulenta; terminó cuatro años después, en noviembre de 1799, con el golpe de estado que instaló a Napoleón en el poder, del cual surgió el Consulado. Desde sus primeros momentos, el Directorio tropezó con diversas dificultades, a pesar de los esfuerzos realizados por hábiles políticos como Talleyrand (302) y Jo-

(300) "Article 208. *Les séances des tribunaux sont publiques; les juges délibèrent en secret; les jugements sont prononcés à haute voix; ils sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée*".

(301) "Article 207. *L'ascendant et le descendant en ligne directe, les frères, l'oncle et le neveu, les cousins au premier degré, et les alliés à ces divers degrés, ne peuvent être simultanément membres du même tribunal*".

(302) Charles Maurice de Talleyrand-Périgord (1754 -1838), adquirió notoriedad como hábil político para cambiar exitosamente al bando victorioso primero durante la Revolución, y luego bajo la época napoleónica y la restauración monárquica. Tuvo asimismo gran influencia en el Congreso de Viena. Nació en París el 2 de febrero de 1754 en una de las familias más encumbradas de Francia y estudió teología en el seminario de San Sulpicio, ordenándose sacerdote en 1779; más tarde pasó a ser abad de Saint Denis y fue designado agente general del clero de Francia en 1780. Recibió el nombramiento de obispo de Autun en 1789. Ya durante la Revolución abandonó esta sede para suscribir la nueva Constitución Civil del Clero por lo que fue excomulgado. El gobierno francés le envió a Londres en 1792 y allí dirigió las negociaciones encaminadas a obtener la neutralidad británica. Cuando comenzaron las hostilidades entre Francia e Inglaterra en 1793, fue considerado como un *émigré* por las autoridades francesas y, tras ser ex-

seph Fouché. Muchos de estos problemas surgieron a causa de los defectos estructurales inherentes al aparato de gobierno; otros, por la confusión económica y política generada por el triunfo girondino-conservador. El Directorio heredó una grave crisis financiera, que se vio agravada por la depreciación de los asignados (casi en un 99% de su valor). Aunque la mayoría de los líderes jacobinos habían fallecido, se encontraban en el extranjero u ocultos, su espíritu pervivía aún entre las clases bajas, mientras que en los círculos de la alta sociedad muchos de sus miembros hacían campaña abiertamente en favor de la restauración monárquica. Las agrupaciones políticas burguesas, por su lado, decididas a conservar su situación de predominio en Francia, por la que tanto habían luchado, no tardaron en apreciar las ventajas que representaba reconducir la energía desatada por la población durante la Revolución hacia fines militares. Existían aún asuntos pendientes que resolver con el Sacro Imperio Romano. Además, el absolutismo, que por naturaleza representaba una amenaza para la Revolución, continuaba dominando la mayor parte de Europa.

La tensión política reinante hizo que el Directorio enfrentara cuatro golpes de Estado: el del 4 de septiembre de 1797 (18 de fructidor), el del 11 de mayo de 1798 (22 de floreal), el 18 de junio de 1799 (30 de pradiel) y el del 9 y 10 de noviembre de ese mismo año (18 de brumario). Los tres primeros reflejaban simplemente el reagrupamiento de las facciones políticas burguesas. Pero las derrotas militares sufridas por los ejércitos franceses en el verano de 1799, las dificultades eco-

pulsado de Inglaterra en 1794, se dirigió a Estados Unidos. Se le permitió regresar a Francia en 1796, y al año siguiente fue nombrado ministro de Asuntos Exteriores durante el régimen del Directorio. Dimitió de su cargo en julio de 1799 y realizó una labor fundamental para asegurar el éxito del golpe de Estado del 18 de brumario por el que se proclamó el Consulado, gobernado por el primer cónsul Napoleón Bonaparte. Talleyrand sirvió como ministro de Asuntos Exteriores de Bonaparte desde 1799 hasta 1807, fecha en la que dimitió por su oposición a las guerras contra Austria, Prusia y Rusia en los dos años anteriores. Tras la caída de Napoleón, representó a Francia en el Congreso de Viena (1814-1815), donde obtuvo dentro de lo posible, condiciones favorables para su país, garantizando los límites de 1789 de las fronteras francesas. Durante la Revolución de julio de 1830, persuadió a Luis Felipe de Orléans, para que aceptara la corona de Francia que le ofrecían los revolucionarios parisinos. Talleyrand ocupó el cargo de embajador en Gran Bretaña desde 1832 hasta 1834 y su gestión inició una etapa de buenas relaciones entre ambas potencias. También participó en las negociaciones que culminaron con el reconocimiento del reino de Bélgica en 1839. Falleció el 17 de mayo de 1838 en París. Una excelente biografía de Talleyrand puede verse en: ORIEUX, Jean: *Talleyrand ou le sphinx incompris*, Flammarion, Paris, 1970.

nómicas y los desórdenes sociales pusieron en peligro la supremacía política burguesa en Francia. Los ataques de la izquierda culminaron en una conspiración iniciada por el reformista agrario radical François Noël Babeuf, que defendía una distribución equitativa de las tierras y los ingresos. Esta insurrección, que recibió el nombre de Conspiración de los Iguales, no llegó a producirse debido a que Babeuf fue traicionado por uno de sus compañeros y ejecutado el 28 de mayo de 1797 (8 de pradiel). Luciano Bonaparte, presidente del Consejo de los Quinientos; Fouché, ministro de Policía; Sieyès, miembro del Directorio y Talleyrand consideraron que la crisis sólo podría superarse mediante una acción drástica. Ello gestó el cuarto golpe, ocurrido entre el 9 y 10 de noviembre (18 y 19 de brumario), el cual finalmente derrocó al Directorio. Napoleón Bonaparte, en aquellos momentos héroe de las últimas campañas, fue la figura central del movimiento y de los acontecimientos producidos posteriormente, los que desembocaron en la Constitución del 24 de diciembre de 1799, que estableció el Consulado.

XX. Conclusiones

La comparación histórica entre ambas revoluciones, la norteamericana y la francesa, nos pone ante dos tipos completamente diferentes de cultura y de sociología. Los fundadores de los Estados Unidos fueron unidireccionales, sentaron sus bases en 1776 y fueron desde allí construyendo un sistema político sin marchas ni contramarchas. Jamás perdieron el rumbo y desde la sanción de la Constitución hasta el presente han tenido una sola república. Los franceses por el contrario, mucho más efusivos y extravagantes cambiaron en una sola noche (la del 21 al 22 de septiembre de 1792) un sistema político que tenía mil años. Es cierto se había tornado odioso por sus excesos, pero los revolucionarios no supieron tampoco controlar los propios. Quisieron cambiar todo, el régimen político, los usos y costumbres, el lenguaje, la vestimenta, hasta el calendario, sin parar mientes en la debilidad de los cimientos de la sociedad política que pretendían imponer. La Revolución entonces fracasó, para dar paso al Consulado, luego al Imperio y finalmente a la restauración de la monarquía. La república duradera vino recién en 1870.

Si tomamos nuestra historia veremos que el período de inestabilidad política que transcurre desde 1810 hasta 1853 se parece al *corsi e*

ricorsi de las constituciones que van de la Primera República al Consulado. Tuvimos una Primera Junta, que fue suplantada por la Junta Grande. Fracasada ésta el gobierno se concentró en los triunviratos y luego en un Director Supremo, hasta que vino la anarquía de la cual surgió Juan Manuel de Rosas. Una simple observación a la historia constitucional española nos deja entrever también numerosos vaivenes. Es natural entonces que los hayamos tenido. En 1853 fue sancionada la Constitución cuyo sesquicentenario están dedicados a homenajear los artículos incluidos en este volumen, pero sin esperar a los diez años que su texto establecía para introducir reformas, el ingreso de Buenos Aires a la Confederación obligó a su reforma en 1860. A partir de allí se abre un período de estabilidad política. No es que el texto de inspiración norteamericana por sí sólo haya traído la "paz constitucional", pues hace falta mucho más que eso para lograrla. Sería necesario algo mucho más extenso que estas conclusiones para explicar el o los por qué de esa estabilidad que duró casi ocho décadas. Pero lo cierto es que desde la finalización de ese período, con el golpe de estado de septiembre de 1930, se discontinuó la paz constitucional dando paso a una turbulencia que se caracteriza por los intentos mesiánicos de cambiar toda la Constitución como si con ello fuéramos a mejorar lo existente. Ya el general Uriburu, autor principal del golpe de 1930 lo intentó. Casi veinte años más tarde, en 1949, se consumó la segunda gran reforma que fue derogada por un decreto de la Revolución de 1955. En 1972 un gobierno de facto (el quinto de nuestra historia) dictó una nueva Constitución que perdió vigencia y en 1994 se produjo una reforma parcial con efectos sustanciales. ¿Hemos logrado erradicar el hambre y la pobreza con todos estos cambios? Los niños que diariamente sufren desnutrición en varias zonas del país deberían responder esta pregunta. Y sin embargo se escuchan todavía a candidatos en campaña que prometen la reforma constitucional como remedio de nuestros males.

Deberíamos aprender la lección que nos dejan las revoluciones francesa y norteamericana, tan parecidas en sus ideales pero tan diferentes en su ejecución. La grandeza de un país no depende de sancionar una Constitución que incorpore todos los artículos de moda en el mundo jurídico, ni por supuesto de acomodar las necesidades constitucionales a la medida del líder de turno. En el primer caso el resultado es un texto encantador para su lectura, pero usualmente desconectado de la realidad. En el segundo tenemos la Constitución para tal o cual momento, pero no para varias generaciones. Por ello creo

que la Constitución de 1853, con su reforma de 1860, es todavía un texto válido, el cual puede seguir dando buenos frutos obtenidos de la interpretación jurisprudencial que es finalmente la que extrae de la Constitución sus alcances y sentido. Me permitiría decir entonces que si el Congreso o el Presidente quieren influir en el sistema constitucional, antes que convocar a una Convención, deben poner atención en los candidatos que eligen para integrar la Corte Suprema y someterlos a un previo y severo escrutinio.◆

LA CONSTITUCION DE 1853 Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL: COINCIDENCIA DE DOS ANIVERSARIOS

POR GERMÁN J. BIDART CAMPOS

1. El año 2003 corresponde al sesquicentenario de la constitución argentina de 1853. Y corresponde también al bicentenario de la sentencia de la Corte Federal de los Estados Unidos en el *leading-case* "Marbury vs. Madison".

¿Qué sentido le damos a la coincidencia de dos aniversarios aparentemente asimétricos en cuanto a lo que cada uno conmemora? ¿Fueron, y siguen siendo importantes ambas fechas para los respectivos derechos constitucionales?

2. Valga recordar que las Provincias Unidas del Río de la Plata se organizaron en federación y dieron nacimiento a la República Argentina con la constitución de 1853, fecha a partir de la cual nuestro constitucionalismo inicia su desarrollo, cerrando los avatares del ciclo independentista que, entre 1810/1816 y el Pacto de San Nicolás de los Arroyos de 1852, no puede ser ignorado cuando se quiere conocer la génesis del Estado argentino.

Si 1853 es el punto de arranque de nuestro poder constituyente originario, su culminación de 1860 con la incorporación de la discolta provincia de Buenos Aires le asigna a la constitución de 1853-1860 el carácter de *constitución fundacional*.

Lo recién dicho alcanza, no obstante su brevedad, para valorar lo que 1853 aportó a nuestro constitucionalismo con el texto que luego, en 1860, tuvo su punto final histórico.

3. Veamos ahora qué significó, según nuestro enfoque, el año 1803 para el constitucionalismo estadounidense y, en íntima relación, por qué a los doscientos años hacemos una memorización conjunta.

1803 fue el año, según ya lo dijimos, en que la Corte de Estados Unidos hace su clásica interpretación de la “judicial review” y da curso a un tipo de *control constitucional* que fue adoptado por nosotros: el control difuso a cargo de todos los jueces, con posible intervención final de la Corte Suprema.

La semejanza que pretendemos resaltar proviene de otro dato común: ni la constitución de 1787 de Estados Unidos ni la nuestra de 1853-1860 contienen norma alguna que de modo explícito asigne y habilite la competencia de todos los jueces para que, en los procesos que deben resolver, verifiquen si el derecho aplicable está o no de acuerdo con la constitución.

4. En “*Marbury vs. Madison*”, la Corte de Estados Unidos hizo una interpretación de muy sensata lógica; diríamos que de sentido común. No precisó que una cláusula de la constitución dijera que toda ley contraria a la constitución era inconstitucional. A la Corte —al juez Marshall— le bastó explicar que ante una ley en conflicto con la constitución, la opción es ésta: si esas dos normas aplicables a un caso colisionan entre sí, lo que hay que resolver es cuál prevalece: si la constitución sobre la ley, o si la ley común puede alterar la constitución; si es verdad lo primero, la ley es nula; si es verdad lo segundo, la constitución escrita es un intento inútil de limitar al poder.

Como la verdad radica en la primera propuesta, el fallo estadounidense nos dijo que “si los tribunales deben tener en cuenta la constitución y ésta es superior a cualquier ley ordinaria, es la constitución y no la ley la que debe regir el caso al que ambas son aplicables”.

Entonces, son los jueces los llamados a decidir la opción a favor de la constitución y de la desaplicación de la ley inconstitucional.

5. El argumento no parece tolerar réplica, aunque no faltan quienes se preguntan: ¿por qué han de ser los jueces los que prescindan de la ley, si a los jueces no los elige el pueblo y a los legisladores sí?; ¿cuál es el título que les da a los jueces un poder que, a diferencia del que ejerce el congreso, no proviene del pueblo?

Y acá está el meollo: el título se lo da a los jueces la *obligación constitucional de administrar justicia*; la impartición de justicia es una función del poder estatal al que la constitución le adjudica y reparte órganos y competencias. Ahí está el título: en la constitución, sin que importe que el órgano competente tenga origen electivo o no. Lo que importa es que en su origen y en su funcionamiento quede encuadrado en lo que la constitución ha previsto. Eso es todo.

Por ende, que la ley sea dictada por un congreso de origen electivo, y que los jueces que deben aplicarla carezcan de ese origen, resulta totalmente irrelevante, porque lo relevante es otra cosa: que quien debe aplicar la ley tiene por encima de la ley a la constitución, y que la constitución obliga a que la ley que se le opone no se aplique.

Es difícil y atrevido negar o repeler que sean los tribunales judiciales los que tienen que ejercer la función de administrar justicia y los que, con esa competencia, deben priorizar a la constitución como fuente primaria del ordenamiento jurídico. ¿Hace falta algo más para respaldar lo que, como axioma básico del constitucionalismo, nos legó el fallo “Marbury vs. Madison”?

6. En “El Federalista” de Hamilton, Jay y Madison había ya un claro anticipo del eje argumental que empleó la Corte. En efecto, allí se lee que es 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”.

El poder judicial no es superior al congreso, ni el congreso es superior al poder judicial. Cada cual en su casillero, la función de uno y otro difieren; ambos deben respetar y cumplir la constitución, además de no violarla. Pero entre los dos, la última palabra le incumbe al que imparte justicia, precisamente porque la entraña de la función judicial consiste en interpretar y aplicar el derecho vigente de conformidad con la gradación jerárquica del ordenamiento. Para hacerlo así no es indispensable que en la constitución haya una norma que habilite al poder judicial a controlar la constitucionalidad de las normas y los actos infraconstitucionales. “Marbury vs. Madison” supo enseñarnos que en la constitución de Estados Unidos estaba *implícitamente* alojada la “judicial review”. Y tan buena lección fue receptada por el constitucionalismo argentino. Hay, pues, un sólido motivo para que

los dos aniversarios —1803 y 1853— superen lo puramente cronológico con una afinidad doctrinaria y empírica de gran voltaje.

7. El constituyente argentino de 1853-1860 diagramó la función jurisdiccional del poder judicial federal en dos artículos, que hoy llevan número como 116 y 117. Pero ya en el preámbulo consignó como uno de los objetivos constitucionales el de “afianzar la justicia”, que si bien no se recluye en el poder judicial parece tener y precisar allí su bastión fundamental.

Entre las causas o los asuntos que son de competencia de los tribunales federales figuran los que versan sobre puntos regidos por la constitución. Esta exigua expresión fue bastante para que, al ser objeto de interpretación y aplicación judicial, se diera curso al control de constitucionalidad. No hay duda de que cada vez que hay que verificar si una norma o un acto están de acuerdo con la constitución o no, se tipifica una “cuestión” regida por la constitución, que el vocabulario nuestro ha calificado como *cuestión constitucional*.

El proceso o la causa donde esa cuestión se suscita es, así, el ámbito en el que el tribunal interviniente resuelve ese “punto regido por la constitución”.

Nuestra “judicial review”, al estilo de la estadounidense, rinde el muy buen resultado de dirimir el conflicto a favor de la constitución suprema.

8. Muy unido a este resultado, el constitucionalismo de Estados Unidos y el argentino dejan una lección a la que asignamos enorme valor, porque nos enseña que en la constitución escrita hay muchos *contenidos implícitos*. Y que para reconocerlos, admitirlos y aplicarlos los jueces desplieguen un activismo interpretativo e integrativo, viene a ser un ejemplo que acredita la riqueza de que está dotada la constitución aunque en su texto literal haya vacíos y silencios. Quiere decir que, “*con*” normas y “*sin*” normas, la constitución abastece todo un sistema de principios, valores y derechos. Casi invadimos, así, el terreno de la filosofía jurídica cuando repetimos que, sin norma expresa sobre la “judicial review”, su inserción en la positividad del ordenamiento nos prueba que la dimensión normativa no agota la realidad del mundo jurídico.

9. Aunque la expresión “jurisdicción constitucional” ha tenido origen y desarrollo más bien en los sistemas de control concentrado, cuyo ejemplo típico lo proporcionan las constituciones que, con normativa expresa, arbitran cortes o tribunales constitucionales, la “judicial review” también responde muy bien a la fisonomía de una *jurisdicción o justicia constitucional* (difusa, por cierto) que, por no contar con una cláusula explícita, ahora nos lleva a añadir que todo cuanto venimos comentando en torno de esa ausencia de norma debe ligarse al reconocimiento de “poderes implícitos” en la organización de las competencias del poder estatal.

Nuestro derecho constitucional siempre hizo pie en lo que ahora es el inciso 32 del art. 75 para aceptar la existencia de poderes implícitos en el congreso. Es decir que los poderes implícitos del congreso tenían y tienen una norma expresa en la constitución. En cambio, el poder judicial no la tiene. Ello no es óbice para que la propia Corte en su jurisprudencia haga alusión a sus poderes implícitos, los que sirven de encuadre para aseverar que nuestro control difuso de constitucionalidad es hijo de esos poderes implícitos de los tribunales judiciales. Y hasta el extremo de que la competencia para ejercerlos a la hora de administrar justicia se haya convertido en un ingrediente esencial —como atribución y como deber— de la defensa de la constitución.

Recién en 1994, este poder implícito de la jurisdicción constitucional plasmó en un breve enunciado del art. 43 cuando, enfocando el amparo, dice en el primer párrafo que “en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

10. Pues bien: competencias sin norma expresa; poderes implícitos; silencios normativos; contenidos constitucionales carentes de constancia en la “letra” del texto; jurisdicción constitucional inherente a la defensa judicial de la constitución; todo como un símbolo de la dinámica que al mundo jurídico le supo imprimir la “judicial review” y el activismo judicial.

El panorama pertenece al orbe constitucional, pero como estamos convencidos de su entrañable politicidad —porque toda actividad del poder es política, también la judicial— hay que reivindicar el alto sentido de la política y decir sin vacilaciones que como control judicial y

político, la revisión judicial de constitucionalidad lleva el sello de su *naturaleza institucional*.

Un poder sin control, sin limitaciones, sin contrapeso, sin frenos, no se compadece con el sistema democrático. La política de la “judicial review” tiende, precisamente, a evitar y reparar los descarrilamientos del poder cada vez que alguno de sus órganos incurre en inconstitucionalidad. La trascendencia institucional del control judicial, sobre todo cuando proviene de la Corte Suprema, irradia una proyección social que, desde la politicidad y juridicidad de las sentencias, implica definiciones y repercusiones que equilibran, moderan y encauzan al ejercicio del poder.

11. 1803 en Estados Unidos. 1853 en la República Argentina. Dos constituciones, dos fechas, una similar tipología de control judicial de constitucionalidad. Un estado que, como el nuestro, estrenaba su organización constitucional y su sistema político, supo crear mediante la interpretación constitucional un modelo que, si bien nunca deja de necesitar avances y ampliaciones, tiene capacidad de holgura para maximizarse dentro de la legitimidad democrática.

El sesquicentenario de nuestra constitución histórica es un acontecimiento propicio para imprimir a la jurisdicción constitucional el dinamismo que la haga progresivamente más eficaz, más ágil, más fecunda.

De ser así, el “derecho de la constitución” rendirá el resultado benéfico de su “fuerza normativa” a través de la mentada justicia constitucional cada vez que ésta señale —sobre todo desde su vértice— lo que es compatible con la constitución y lo que no lo es.

Seguramente, nuestras reflexiones no agregan nada nuevo, pero ello no nos retrae en la insistencia de una convicción personal muy fuerte: el control judicial de constitucionalidad como creación pretoriana nos asegura que en la constitución escrita hay mucho más que lo que nos acerca su lectura; por eso, su rico reservorio no ha de desperdiciarse, porque tiene sobrados contenidos para responder a cuanto el ritmo de los tiempos, de las necesidades y de las valoraciones nos va colocando por delante.◆

UN “DICHOFELIZ”, PERO UN TANTO EQUIVOCO

POR CARLOS MARÍA BIDEGAIN (*)

Un apotegma —define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española— es un “dicho breve y sentencioso; dicho feliz. Llámase así generalmente al que tiene celebridad”. Es alrededor del origen de un apotegma muy mentado en la literatura del derecho constitucional, que girará este artículo, pero ello me llevará como de la mano a divagar por algunos terrenos que lo circundan. Unas palabras más sobre el título: el nombre “apotegma” suena un tanto engolado. Por ello prefiero en este caso emplear su segunda acepción semántica, que además se ajusta como anillo al dedo al sentido del célebre “dicho feliz” al que me referiré.

Aclarado medianamente el punto, es el momento de iniciar el relato de una pequeña historia.

El 3 de mayo de 1907, un público distinguido de la población de Elmira, recibió, como correspondía, con bombos y platillos, la visita del nuevo Gobernador del estado, todo un personaje ascendente en la política de su nación. Elmira, aclaramos, es una ciudad del estado de Nueva York, que en esa época albergaba a unos 35.000 habitantes, se ufanaba por tener unos restos de fortificaciones del pasado indígena, un colegio para niñas y un reformatorio modelo.

(*) Este artículo reproduce, con algunas modificaciones, los términos de la comunicación efectuada por el autor en la sesión privada de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, realizada el 25 de abril de 2002, con el título “La Constitución y los jueces (Génesis de un ‘dicho feliz’)”. El texto original puede consultarse en los “Anales” de dicha Academia (Año XLVII, 2ª época, N° 40), del que existe “anticipo” publicado por La Ley, agosto 2002.

El ilustre visitante, hijo de un ministro baptista, graduado en derecho con altas notas, luego de haber enseñado en prestigiosas universidades (Columbia, Cornell) y en medio de un ejercicio exitoso de su profesión, empezó su carrera política en las filas del Partido Republicano. Era conservador —dice uno de sus biógrafos— “por su confianza en el engranaje de frenos y contrapesos entre los poderes, por su aceptación del sistema político vigente, y por su convencimiento de la necesidad de la acción eficiente de la administración pública”. Pero en algunos aspectos sostenía convicciones más cercanas a la prédica del Partido Demócrata, por su actitud tolerante ante los cambios sociales, atribuyendo al estado un rol alternativo y flexible en el arreglo de los problemas colectivos.

Había entrado tardíamente en la vida pública —tenía entonces 43 años— cuando encontró abiertas sus puertas por la buena fama que le dio su desempeño como asesor de dos comisiones legislativas que investigaron turbios enjuagues de corrupción política y administrativa. La primera investigación fue sobre las industrias del gas y de la electricidad de la ciudad de Nueva York: su informe final probó que la municipalidad pagaba tarifas tres veces más altas que las de los particulares. Ese éxito lo recomendó para un cargo semejante en otra comisión, encargada de investigar el negocio de los seguros, en el que se había desatado una gran batalla entre grupos de accionistas por el dominio de una de las principales compañías del ramo. En audiencias públicas surgió a la luz que grandes compañías de seguros habían contribuido a los gastos de las campañas electorales de los partidos políticos. Obligó a comparecer como testigos a varios magnates del mundo financiero y consiguió que admitieran la influencia poco menos que arbitraria que ejercían sobre la legislatura. Resistió presiones y su informe promovió importantes reformas en la legislación de ese negocio.

Frescos los laureles, su nombre quedó instalado para una participación política activa. El momento no pudo ser más oportuno. Próxima la elección de Gobernador, el Partido Demócrata levantó la candidatura de William Randolph Hearst. Las facetas intrincadas de su personalidad fueron trazadas en el filme “El ciudadano” (“Citizen Kane”, su título inglés), que figura con máximos honores en la historia de la cinematografía mundial.

El Presidente Theodore Roosevelt —empeñado entonces en el ambicioso proyecto del “destino manifiesto” de su país— advirtió las di-

menciones del peligro que implicaba la incursión por la política de ese personaje, con ambiciones proyectadas hacia horizontes más altos que la gobernación de un estado. Roosevelt deseaba limar la decadente moralidad de los políticos profesionales y la reciente actuación pública del nuevo campeón se le ofrecía como en bandeja para oponerlo a Hearst, su contrafigura. El Presidente debió emplear a fondo su influencia en la convención de su partido y de ella aquel salió candidato, superando la resistencia de veteranos caudillos. Los resultados de la elección popular fueron, en general, decepcionantes para los republicanos, pero el premio mayor, el de Gobernador, fue para el correligionario, por una mayoría de alrededor de 60.000 votos.

El nuevo mandatario asumió con energía las riendas de la administración del estado, que otros antes que él habían manejado como un quehacer rutinario y flexible a presiones y recomendaciones. Pronto pudo convencerse un hombre de tan fuertes actitudes como ese Roosevelt, que el sentimiento de gratitud de su ahijado político tendría límites estrechos e infranqueables.

Quería una administración pública activa, sin otra mira que el bienestar general ni otras vallas que las de la constitución. Empezó una reforma de la legislación y pronto pudo comprobar que se le opondrían fuertes resistencias. Buscó entonces la alianza con la opinión pública y se lanzó personalmente a una campaña de convencimiento, para que apoyara unas reformas que consideraba imprescindibles. Ese era el motivo de su escala en Elmira.

A esos efectos deseaba que la Legislatura restringiera la interposición de recursos judiciales contra la gestión de la administración a su cargo, que los jueces a menudo demoraban o paralizaban. Entendía que al impedirse la interposición de esos recursos judiciales en verdad se protegería a los jueces, víctimas de críticas hostiles y aun violentas, como ocurría cuando trababan la acción de la administración protectora de los intereses comunes, que es más adecuada para dar solución rápida y eficiente a cuestiones de ese carácter, que la mediación de los jueces, abrumados, además, por el creciente número de causas sometidas a su decisión.

No pudo escapar a la inteligencia del Gobernador el riesgo político que asumía. Tuvo cuidado de señalar que cuando estuviera impugnado de inconstitucional un acto administrativo, estaría expuesto a re-

visión judicial, pero esa reserva podía no ser suficiente para despejar la idea de que la reforma tenía por objeto o efecto reducir los poderes de los jueces, ello en un país que atribuye valor esencial a la protección judicial de los derechos y garantías de las personas.

Esa no era, por cierto, su intención. Debía aventar ese temor.

En un raptode corte confesional, que hiciera las veces de escudo protector de su buen nombre, protestó el orador: "Mi vida entera la he gastado en el trabajo, condicionado por el respeto a los jueces. Considero que quien habla con ligereza de su dignidad es uno de los peores enemigos de la comunidad". Y fue entonces que el Gobernador, Mr. Charles Evans Hughes, remató su acto de contrición con su "dichofeliz": "Estamos bajo una constitución, pero la constitución es lo que los jueces dicen que es".

El casual hallazgo del origen del apotegma en un libro biográfico sobre su autor (1), que compré por el módico precio de un peso en una mesa de usados de una librería de la avenida Corrientes, me pareció interesante. Me sorprendió encontrarlo como pan recién salido del horno, lanzado ante una audiencia, en una ocasión, con un propósito y en un contenido verbal poco congruentes con la dimensión que con el andar del tiempo adquirieron su autor y su ocurrencia.

La autoría de Hughes es un dato muy sabido. Pero es que si alguna vez he situado ese momento en mi imaginación, ha sido en un rutillante acto académico, pronunciado su discurso o dictada su lección desde una cátedra de alto linaje (Harvard, Columbia, Yale, etc.), o dicha por Mr. Charles Evans Hughes cuando se sentaba en uno de los 9 sillones de la Corte Suprema (blancas las cejas, el bigote espeso y la barba corta hendida en el centro, calva la cabeza salvo a los costados, entrecanos), con la deliberada intención de dejar formulada una tesis que recogería la teoría del derecho constitucional. No por Hughes, Gobernador del estado de Nueva York, al comienzo de su carrera política, sino en alguno de sus instantes espléndidos de su posterior carrera judicial que le dieron fama de jurista, primero como "Associate

(1) PERKINS, Dexter, "Charles Evans Hughes and American democratic statesmanship", Little, Brown and Co., Boston, Toronto, 1956, ps. 13-17.

Justice" de la Corte Suprema de los Estados Unidos, entre 1910 y 1916 y, tras su renuncia a regañadientes para aceptar la candidatura a Presidente de su país por el Partido Republicano —cargo que no obtuvo por pocos votos en el colegio electoral ante el Presidente Wilson, que pretendía y logró su reelección—, de vuelta en la Corte en 1930 pero esa vez para presidirla hasta su muerte en 1941, uno de los períodos más duros en la historia de ese tribunal.

Dejemos al personaje y prestemos atención a su "dicho feliz". Desprendido de los labios de su creador, cobró vuelo, acaso por su virtud de expresar en pocas palabras un concepto de apariencia audaz para el parecer tradicional que enlaza a las palabras "constitución" y "jueces" en una relación de supremacía y subordinación, respectivamente. Tal vez haya ayudado para su buena recepción, la música de la locución, que cae bien al oído. De tanto repetido en clases universitarias, libros, artículos de revistas, conferencias, mesas redondas y otros modos de intercambio de opiniones e ideas, con la velada intención de dejar a más de uno con la boca abierta, va perdiendo su efecto de asombro, y hasta a veces recoge muestras de desinterés o hastío.

Tal vez porque careció de ese buen tañido pasó sin semejante alharaca un párrafo escrito por Marshall en "Marbury v. Madison", que anticipó en 100 años la afortunada frase de Hughes. En ese famoso fallo leemos: "Es, enfáticamente, facultad y deber de la administración judicial decir lo que la ley es" ("It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is") (2). La cuestión relativa al órgano competente para ejercer el control de la constitucionalidad, encontró a Hamilton y Madison en veredas distintas, como pudo advertirse en los artículos de uno y otro reunidos en "El Federalista". En el N° 78 Hamilton se pronunció con toda claridad por dar a los jueces el control de constitucionalidad de las leyes. Madison, por su parte, en el N° 51, dijo que en sus mutuas relaciones los poderes debían "mantenerse en sus propios lugares". En escritos posteriores, con mayor precisión, Madison dejó en claro su opinión de que los tres poderes estaban en igualdad de condiciones y que el Congreso y el Ejecutivo podían cuestionar la interpretación de la constitución hecha por el Judicial. A su juicio, los conflictos de interpretación entre ellos deberían ser resueltos en procesos de deliberación y

(2) 1 Cranch 137, 1803.

avenimiento, porque ninguna de las ramas del poder federal tenía la aptitud de imponer su voluntad sin la concurrencia de los demás (3).

Con el ingreso de John Marshall a la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1801, —en sus manos firmes las riendas del tribunal y la pluma con la que escribió el fallo del caso "Marbury v. Madison"—, el Poder Judicial, el más débil según la ingeniería trazada por los constituyentes, se erigió para ponerse a la altura de los otros, y en algunas circunstancias, un poco más arriba. Es incontable el número de libros y artículos en los que se han analizado, alabado, denostado, sus fundamentos y la persona de su redactor. No causará mucho daño, espero, que refresquemos esa historia.

La derrota del Partido Federalista en las elecciones presidenciales de 1800, significó el primer cambio de ideología política en la cima del poder. La estrategia de los líderes del Partido Republicano ante la "desgracia" de verse defenestrados de los puestos del gobierno que habían ocupado desde la inauguración de la primera presidencia de Washington, consistió en hacerse fuertes en el Poder Judicial, y por ello, en esas últimas jornadas, John Marshall, hasta entonces, Secretario de Estado, fue nombrado Presidente de la Corte Suprema y en la noche postrera, en la que estuvieron prendidas las lámparas del edificio presidencial hasta la medianoche, el Presidente saliente firmó 42 nombramientos de jueces, por supuesto, para gente de su partido. Tanta fue la premura y corto el tiempo, que no le alcanzó para que los despachos de nombramiento llegaran a manos de 4 de los beneficiarios: William Marbury y tres colegas en el infortunio. Estos reclamaron a James Madison, el nuevo Secretario de Estado del Presidente Jefferson, la entrega de los despachos de nombramiento, pero aquel entendió que no estaba obligado a perfeccionar esos actos incompletos del gobierno anterior. Los cuatro quejosos pidieron entonces a la Corte que ejerciera una atribución que le otorgaba una ley del Con-

(3) La tesis madisoniana tiene en nuestros días elocuentes defensores en Alexander BICKEL y Robert A. BURT (de éste, "Constitución y conflicto", Eudeba, Bs. As., 2000, ps. 61/152, 173/187, 373/503). Este cuestiona que la supremacía judicial en la interpretación constitucional haya sido un desarrollo inevitable y deseable, ni que esa relación jerárquica entre la judicatura y otras instituciones del gobierno sea el mejor arreglo para promover los valores democráticos. De su estudio de la jurisprudencia de la Corte, sobre todo en casos que involucran conflictos sociales, su visión de futuro incluye nuevas formas de las intervenciones judiciales en esos conflictos que, como en su país los de carácter racial, provocan profundas divisiones (id. ps. 217/279).

greso para expedir mandamientos (“writs of mandamus”) en instancia originaria, y ordenara al Secretario de Estado la entrega de los nombramientos. Marshall prefirió evitar un conflicto de poderes con un Presidente al comienzo de su mandato, el momento de su mayor poder, y en el que la Corte habría tenido muy poca probabilidad de ganar, aunque ello significara defraudar los afanes de quienes tenían buenas razones para esperar un fallo a su favor de un tribunal presidido por el eminente republicano. Pero John Marshall no era hombre de visiones cortas y cercanas sino amplias y lejanas. Era un estadista, con toda la cuota necesaria de crueldad o indiferencia por las expectativas de sus cuatro correligionarios, si lo que estaba en juego era elevar a la Corte Suprema al mismo nivel que los poderes políticos. Marshall evitó el conflicto de poderes y decidió el caso sin entrar a la cuestión de fondo sobre el derecho de los actores de forzar la entrega de los nombramientos. Ignoró esa controversia y de oficio, en defensa de la jurisdicción de la Corte, resolvió como cuestión previa, en defensa de la jurisdicción de la Corte, que una ley del Congreso no podía ampliar los casos de su jurisdicción originaria, que están enumerados en la constitución con un criterio restrictivo: sólo en cuestiones que afecten a embajadores, y otros ministros y cónsules públicos, o en las que sea parte un estado (Art. III, sección 2, cláusula 2; v. art. 117, de nuestra constitución). Marbury y Madison debieron seguir peleando la cuestión de fondo ante un tribunal inferior. La historia de “Marbury v. Madison”, terminó sin ruido en el tribunal federal de distrito sin llegarse a un fallo, al agotarse el término de duración de 5 años del cargo para el que habían sido designados el alicaído Marbury y sus frustrados compañeros (4).

La Corte de Marshall no lanzó el grito de victoria, ni se lanzó a consolidar su doctrina en otros casos en que su autoridad fuera menos indiscutible que la defensa de su propia jurisdicción. Extendió su control de constitucionalidad a las leyes de legislaturas estatales (5), pero en los 34 años de su actuación (1801-1835) no volvió a negar validez a ninguna otra ley del Congreso. De lo que sí se ocupó fue de agrandar

(4) BURT, Robert A., “Constitución y conflicto”, Eudeba, Bs. As., 2000, ps. 173/187.

(5) Fletcher v. Peck, 6 Cranch 87, 1810; En Martin v. Hunter's, 1 Wheaton 304, 1816, y Cohens v. Virginia, 6 Wheaton 262, 1821, la Corte fijó los alcances de su jurisdicción por apelación.

los poderes del Congreso en su pugna con las legislaturas estatales (6). Recién en 1857, la Corte encabezada por su reemplazante, Roger B. Taney, invalidó, por segunda vez, una ley del Congreso y no pudo ser más desafortunado el fallo pronunciado en el caso "Scott v. Sandford" (7), que figura al tope de los más vilipendiados en toda su historia. A esa altura del tiempo, la doctrina de "Marbury" estaba lejos de ser aceptada pacíficamente. Lincoln, en su discurso inaugural del período presidencial (1861), pronunciado en medio del clima incendiario creado por la cuestión de la discriminación racial, al que el caso "Scott" echó una carrada de leña, incluyó este párrafo: "Si la política del gobierno sobre cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo, debe ser fijada irrevocablemente por decisiones de la Corte Suprema... el pueblo dejará de ser su propio gobernante, habiendo renunciado prácticamente a ser gobierno, en favor de ese eminente tribunal" (8). A la Corte de Marshall se le suele atribuir la fundamentación de sus fallos principalmente en la voluntad de los "padres fundadores", y efectivamente en muchos de los más importantes utilizó la llamada "interpretación original o auténtica", por lo general sin el apoyo de citas probatorias sino afirmada dogmáticamente. Pero por ahí nos sorprende leer en "McCulloch v. Maryland" —el famoso fallo de los llamados poderes implícitos o inherentes— unos párrafos que difícilmente pueden ser superados como fundamento de la moderna escuela de la interpretación "dinámica" de la constitución: "Nunca debemos olvidar" —dijo allí Marshall, era el año 1819— "que es una constitución lo que estamos interpretando"; en otro párrafo, más adelante, completa la advertencia; "una constitución hecha para resistir a los años por venir y, consecuentemente, para ser adaptada a las variadas crisis de los asuntos humanos" (9). "Cuando Marshall recibió el juramento de su primo Thomas Jefferson en 1801" —dice Mary Ann Harrell— "la Corte Suprema era una fortaleza asediada. Cuando recibió el juramento de Andrew Jackson en 1829, se había convertido en

(6) En *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheaton 316, 1819, estableció la doctrina de los poderes inherentes o implícitos del Congreso. La atribución del Congreso de reglar el comercio exterior e interestatal tuvo una interpretación amplia en *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheaton 1, 1824, y en *Brown v. Maryland*, 12 Wheaton 419, 1827.

(7) 19 Howard 393, 1857.

(8) Cit. por BURT, ob. cit., ps. 17-18.

(9) Cit. en n. 6.

un altar" (10). En 1835, cuando Marshall murió en medio de muestras generales de consternación, Jackson —ya lo hemos dicho— nombró en su reemplazo a Roger B. Taney, su Attorney General y correligionario. Con Jackson empezó una nueva era política, y también en la Corte, la presidencia de Taney significó la inauguración de un período de cambios importantes en su jurisprudencia. Si la Corte de Marshall había engrandecido el poder del gobierno federal, la Corte de Taney realizó concesiones al poder de policía de los estados (11), pero al mismo tiempo refirmó la doctrina del control judicial de constitucionalidad, no sólo en el malhadado caso "Scott v. Sandford", sino también en el tercer caso de declaración de inconstitucionalidad de una ley del Congreso (12). Taney murió en 1864, tras un tiempo de servicios de 29 años, algo menos que los 34 de Marshall, y tras de él, la Corte cayó en un período de decadencia ante embestidas del Congreso, pero fue recuperando prestigio por el trabajo de algunos de sus integrantes, a medida que sus fallos fueron respondiendo a las exigencias del impetuoso crecimiento industrial y comercial del país que reclamaba una fuerte protección a los derechos de propiedad y de comerciar de las personas físicas y jurídicas. Ejemplos de esa actitud fueron su negativa a aceptar la constitucionalidad de un impuesto a las ganancias (13); entre 1892 y 1896, el fracaso en sus estrados de las sanciones de la ley Sherman de 1890, contra trusts y monopolios (14); su aprobación de la endeble fórmula "iguales pero separados" como

(10) "Equal justice under law. The Supreme Court in American law", The Foundation of the Federal Bar Assn., con la cooperación de la National Geographic Society, Washington D.C., 1975, p. 40.

(11) The License Cases, 5 Howard 642, 1846; Cooley v. Board of Warden of the Port of Philadelphia, 12 Howard 299, 1851.

(12) Gordon v. U.S., 2 Wallace 561, 1865. Este fallo se mantuvo inédito hasta 1886 (117 US 697), porque Taney entregó su opinión al Secretario para ser tratada al reanudar sus sesiones en diciembre, pero murió antes de que ello ocurriera, y aunque los jueces de la Corte consideraron su escrito y se propuso que fuera la base para el fallo, permaneció inédito hasta la fecha indicada. A pesar de ese vicio formal, la Corte lo ha citado frecuentemente como autoridad (EVANS, Lawrence B., "Cases on American Constitutional Law", Fourth edition by Charles G. Fenwick, Callaghan & Co., ps. 25, 842).

(13) Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co., 158 US 601, 1895.

(14) En ese período, de 5 casos la Corte decidió en 4 que no caían bajo el garrote de la Ley Sherman (HUBERMAN, Leo, "We the people", Harper and Brothers, 1932, rev. ed. 1947, p. 235).

"solución" del grave problema de la desigualdad racial (15); y el tratamiento como ilegítima obstrucción al comercio del "boycott" del sindicato de empleados de la empresa de vagones Pullman (16).

En 1902 el Presidente Roosevelt nombró para llenar una vacante en la Corte, a Wendell Oliver Holmes, insuflándole un soplo de contradicción y renovada sabiduría, que brilló hasta su retiro en 1932, a la edad de 90 años. Pronto fue conocido como el "gran disidente", por sus brillantes votos en minoría. Cuando en 1905 la mayoría de la Corte, en el caso "Lochner v. New York" (17), aprobó la constitucionalidad de una ley que fijaba en 10 horas el trabajo en las panaderías, Holmes dejó escrita en su disidencia una de sus más memorables advertencias, que tuvo notable resonancia en el mundo intelectual: "La Enmienda XIV no acuerda fuerza de ley a la 'Estática Social' de Mr. Herbert Spencer... una constitución no se sanciona para desarrollar una particular teoría económica, sea el fraternalismo y la relación orgánica del ciudadano con el estado, o el 'laissez faire'... Las proposiciones generales no deciden casos concretos. La decisión dependerá de un juicio o intuición más sutil que cualquiera premisa mayor". Ese famoso voto disidente, fue piedra de toque para la formación en los años 1920 de una escuela fuertemente crítica del pensamiento clásico. Hacia 1937 adquirió las características de una rebelión generacional con su denuncia de que el derecho había perdido contacto con la realidad. Esos polvos anticipan estas tempestades. Fueron tildados de "nihilistas" los corifeos de la llamada "teoría jurídica crítica" ("critical legal theory") porque sostuvieron que nada legitimaba la interpretación por la Corte de las cuestiones constitucionales; que sus fallos eran pura palabrería que enmascaraba la realidad y en la que los más fuertes dominan a los más débiles (18). La ola llegó a muchas playas, y no dejó de mojar a nuestras arenas (19).

(15) *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537, 1896.

(16) *In re Debs*, 158 US 564, 1895.

(17) 198 US 45, 1905.

(18) BURT, ob. cit., ps. 28-29.

(19) Arturo SAMPAY agrega a los métodos de interpretación estático y dinámico, un tercero, revolucionario, desprendido de la voluntad del constituyente, que del texto constitucional conserva sólo las palabras, pero huecas del sentido original. Considera que la interpretación debe fundarse en la idea de justicia e importar un cambio esen-

Hughes presidía la Corte cuando Franklin Delano Roosevelt lanzaba el programa del "New Deal" para afrontar la terrible depresión económica de comienzos de la década de 1930. Cuando en 1935 y 1936 la Corte falló en contra de la constitucionalidad de varias leyes del "New Deal" (20), la reacción de este otro Roosevelt contra "esos viejos locos" ("those crazy old men") "inspiró su auspicio del aumento de número de jueces de la Corte. Fracasó en el Congreso y en la opinión pública, y en ese difícil trance Hughes acreditó ser un buen piloto de tormentas. La fisonomía de la Corte fue cambiando gracias a unos oportunos y sugestivos retiros de varios jueces del tribunal. Entre 1937 y 1941 Roosevelt pudo designar a 7 nuevos jueces, que modificaron sustancialmente la actitud del tribunal, aprobando medidas regulatorias del Congreso y del Presidente sobre la actividad económica (21). En 1949, en un fallo suscripto por unanimidad, la Corte hizo expreso abandono de la doctrina de la mayoría del caso *Lochner* (22).

Si Holmes abandonó la Corte en 1932, la semilla de sus disidencias había fructificado, y en 1949 muchas eran la "opinión de la Corte". En la historia más reciente del tribunal el "activismo" de las cortes de Warren (1953-1969) y Burger (1969-1986) avivó el fuego de los movimientos "progresistas" y, correlativamente, enfureció a los sectores tra-

cial de la constitución escrita (v. "Constitución y pueblo", Cuenca ediciones, Bs. As., 1973). Sobre la expansión del "activismo judicial" en Estados Unidos y en Europa, v. de ACOSTA SÁNCHEZ, José, "Transformaciones de la constitución en el siglo XX", en *Revista de Estudios Políticos*, 2ª época, abril-junio 1999, Nº 100, ps. 57 y ss.).

(20) En *Panamá Refining Co. v. Ryan*, 293 US 388, 1935 la Corte invalidó el código para la industria petrolera dictado según la Ley Nacional de Emergencia Industrial (Industrial Recovery National Act); también el plan de retiro obligatorio de ferroviarios, en *Railroad Retirement Board v. Alton R.R. Co.*, 295 US 330, 1935. En el mismo año asestó otro golpe a la NRA en el caso de los "pollos enfermos", *Schechter Poultry Corp. v. U.S.*, 295 US 495; y en el año siguiente, en *U.S. v. Butler*, 297 US 1, invalidó la regulación de la jornada de trabajo en las minas de carbón.

(21) En una nota al pie de página del fallo dictado en el caso *U.S. v. Carolene Products*, 304 US 144, 1938, el redactor del voto de la mayoría (el juez de la Corte, Harlan Fiske Stone) señaló que la presunción de constitucionalidad de las leyes podía atenuarse si el caso caía en una de estas 3 categorías: legislación contra una prohibición expresa de la constitución; o que restringiera el proceso político (p. ej. derecho de sufragio, derechos de reunión y asociación con fines políticos, etc.); o discriminatoria contra minorías religiosas, nacionales o raciales.

(22) *Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.*, 335 US 525, 1949.

dicionales. A la "Corte de Warren" se la ha de recordar porque impuso el acceso igual de alumnos negros y blancos a las escuelas públicas (23); puso bajo la protección de la Enmienda I a autores de agravios a la bandera (24); y, muy especialmente, extrajo del derecho constitucional a una vida privada, el derecho de las mujeres de abortar (25). Por su parte, la Corte de Burger consagró la doctrina de la "real malice", que exige la prueba del dolo para que sea procedente la condena a pagar los daños causados por publicaciones periodísticas (26), doctrina también acogida por nuestra Corte (27). Cuando en 1986 Burger se retiró de la Corte, la vacante de "Chief Justice" fue cubierta por el Presidente Ronald Reagan con la designación de William Renhquist, que desde 1971 era Associate Justice. Durante su mandato el Presidente Reagan llenó 3 vacantes y su sucesor, también Republicano, George Bush (padre) otras dos (28), movimientos en la composición del tribunal que provocaron un sesgo hacia la derecha. En la "Corte de Renhquist" reapareció la interpretación "originalista" de la constitución. Según su fundamentación, el texto constitucional si no provee su sentido indiscutible, al menos sí para comenzar a razonar, evitando que los jueces apliquen sus preferencias morales, sociales o filosóficas y presten más atención a las preferencias de los "padres fundadores", lo que los compromete a no desviarse de la "intención original".

El "activismo" de las Cortes de Warren y Burger avivó el fuego de los movimientos "realistas", y con la Corte de Renhquist, y su enfoque "originalista", se han movido más las aguas en las que se topan posiciones políticas subyacentes de izquierda y derecha. En medio de ese entretenero, por las cañadas más arriesgadas andan las teorías que postulan la virtual existencia de "un derecho constitucional sin constitu-

(23) Sobre las vicisitudes de esta cuestión en la Corte, v. BURT, ob. cit., ps. 373-423.

(24) *Street v. New York*, 394 US 576, 1969; *Texas v. Johnson*, 491 US 397, 1989.

(25) *Roe v. Wade*, 410 US 113, 1973.

(26) *New York v. Sullivan*, 376 US 254, 1971.

(27) Vago, Jorge c. La Urraca, Fallos: 314:1517, y otros.

(28) El presidente Reagan nombró jueces de la Corte a Antonin Scalia (1986), Sandra Day O'Connor (1987) y Anthony McLeod Kennedy (1988); el presidente Bush (padre) designó a David H. Souter (1990) y Clarence Thomas (1992).

ción”, y hay quienes enarbolan como estandarte la consigna del gobernador Charles Evans Hughes: “la constitución es lo que los jueces dicen que es”.

¿Por qué esta propuesta levantó tanta polvareda en su país, tan adherido como está al sistema de derecho anglosajón, con su principio “*stare decisis et quieta non movere*”? Allí rige el “common law”, hecho por los jueces, y al fin y al cabo, el dicho de Hughes parece estar en línea con esa técnica de creación del derecho por los jueces y no la de los países herederos del derecho romano, con su técnica de creación de normas jurídicas de sanción formal por un órgano político legislador y consolidadas en códigos. Pero es que estamos en el campo del derecho constitucional y no en el del derecho privado, y en ese terreno los norteamericanos fueron los inventores del modelo de constitución rígida, de sanción formal por un órgano político legislador, el llamado “poder constituyente”. Después de su emancipación la nueva república se acomodó por medio de una constitución rígida, de más difícil reforma que una ley ordinaria, a otra forma de actuar el modoso desarrollo del derecho público inglés que sustancialmente había sido el suyo y que, a despecho de las facilidades que parece allanar su constitución flexible, reformable teóricamente como cualquier ley del Parlamento (ese del que se dijo que puede hacer cualquier cosa, salvo convertir a un hombre en mujer y viceversa), tiene suficientes frenos contra reformas inmaduras, en esa sociedad fuertemente apegada a sus tradiciones y valores, sin necesidad de normas constitucionales escritas impeditivas.

Hart apunta que en muchos juristas ejerce una atracción poderosa lo que llama “el escepticismo ante las reglas”, o sea, afirmar que éstas son un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste simplemente en las decisiones de los jueces. Por su parte considera “ambigua” y “falsa” la proposición “la constitución (o el derecho) es lo que los jueces dicen que es”, si se la interpreta como que niega la distinción entre las constituciones flexibles, de tipo inglés, y las rígidas, del tipo de la de los Estados Unidos de América (29). “La palabra” —previene Ortega— “es un sacramento de muy delicada administración” (30). Eso lo habrá aprendido Hughes cuando, en medio de la

(29) HART, H. L. A., “El concepto de derecho”, ob. cit., ps. 169/183, trad. de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Bs. As., 1963.

(30) ORTEGA Y GASSET, José, prólogo de “La rebelión de las masas”.

borrasca que levantaron los fallos de la Corte contra la constitucionalidad de varias leyes del "New Deal", críticos del tribunal recordaron las palabras de aquel Gobernador que él había sido, unos 25 años atrás. Se enojó, aunque un año después dijo esto otro que muchos entendieron era una reafirmación de su apotegma: "El Congreso puede sancionar leyes, pero la Corte Suprema las interpreta y las explica, y determina su validez. La constitución, con sus garantías de libertad y sus concesiones al poder federal, es, finalmente, lo que la Corte determina qué significa" (31). En esas palabras el jurista avezado corregía al bisoño gobernador. Los jueces no dicen "qué es la constitución", sino "qué significa", lo que implica que el punto de partida del razonamiento jurídico-constitucional se encuentra en el texto de la constitución escrita. La aparente heterodoxia del apotegma deslizado por el gobernador ante su auditorio de Elmira, lo endereza el jurista hacia la posición ortodoxa de que su país tiene una constitución rígida y no flexible, que no es función de los jueces hacerla sino interpretarla. Lo que no es moco de pavo, a la altura a que ha llegado la ciencia jurídica, muy alejada del tiempo en que se creía que la función de los jueces se reducía al rol de exégetas. La "interpretación" incluye la enorme facultad y responsabilidad de los jueces de elegir entre los varios sentidos razonables que admite la lectura de los conceptos de la constitución, en gran número de "textura abierta", y que permite la adecuación de una constitución sancionada en el tiempo de las carretas, a las exigencias de todo orden de una sociedad proyectada al futuro.

En ese sentido y con ese alcance, es indudable que los jueces son "creadores" de derecho, que la jurisprudencia es una de las más ricas fuentes del derecho constitucional. Pero "un derecho constitucional sin constitución", afortunadamente es una pretensión no sustentable en los Estados Unidos ni en nuestro país. Nuestra Corte Suprema incluye en su doctrina sobre arbitrariedad de las sentencias judiciales, la pretensión de arrogarse los jueces el papel de legisladores, sin sentirse limitados por el orden jurídico; o prescindir del texto legal directamente aplicable sin dar razón plausible para ello; o dar como fundamento único y básico de la sentencia, afirmaciones dogmáticas del juez, sin fundamento objetivo en los hechos de la causa o en el derecho aplicable (32).

(31) PERKINS, ob. cit. p. 32.

(32) CARRIO, Genaro R. y CARRIO, Alejandro, "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", 3ª ed., t. I, ps. 27 y ss., Abeledo Perrot.

La "rigidez" del procedimiento de reforma constitucional es una garantía fundamental para la seguridad jurídica, que en sociedades carentes de excepcionales resguardos recónditos, como los elaborados pacientemente en varios cientos de años en la isla británica, debe ser preservada, manteniendo la distinción entre el poder constituyente, el poder legislativo ordinario, y, por supuesto, la interpretación judicial de los preceptos constitucionales. Propuesta ésta que creo más cercana al pensamiento de Mr. Charles Evans Hughes cuando disparó su célebre "dicho feliz".◆

EL DISEÑO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA CONSTITUCION DE 1853 Y SU POSTERIOR EVOLUCION HASTA LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

POR JUAN CARLOS CASSAGNE

1. Algunas consideraciones liminares acerca del diseño constitucional de la potestad reglamentaria

Uno de los capítulos basilares de nuestro Derecho Público (constitucional y administrativo) es el referido al diseño de la potestad reglamentaria en nuestra histórica Constitución de 1853.

Esa potestad resultó configurada, como regla indiscutida, en el artículo 86, inc. 2º (ex artículo 83 de la Constitución de 1853), a través de un precepto que atribuye competencia al Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes del Congreso, cuidando de no alterar su espíritu (es decir, su finalidad) con excepciones reglamentarias.

Como se verá más adelante, dicha prescripción constitucional implicó un marcado apartamiento del modelo constitucional norteamericano seguido en cuanto a la forma federal de gobierno adoptada por nuestra Constitución ya que sin alterar su sentido y mediante una amalgama adaptable a la realidad vernácula, lejos de adherirse a la concepción plana de la ley (de inspiración *rousseauniana*) y a la consecuente concentración del poder normativo en el Congreso, vino a reconocer la aptitud del Poder Ejecutivo para dictar normas de carác-

ter general, si bien dentro de los límites constitucionales previstos en la mencionada norma.

La formulación del precepto, inspirado en las ideas volcadas por Alberdi en la Bases y en el proyecto de Constitución que sirvió de base para la redacción de numerosos artículos de la Constitución de 1853, implicó plasmar, en el campo de la distribución y equilibrio de poderes, la idea de un Poder Ejecutivo fuerte para poder llevar a cabo la organización de un país sumido en la anarquía y cumplir con eficacia con los fines y cometidos que se le atribuyen al gobierno federal y a los gobiernos de Provincia (algo así como el programa constitucional).

En segundo lugar, y no menos trascendente (puesto que su desconocimiento se han derivado errores de interpretación constitucional en determinados sectores doctrinarios de nuestro Derecho Público) no se puede desconocer que la adopción de esa regla constitucional (de raíz monárquica pero perfectamente adaptable a un sistema de gobierno representativo, republicano y federal) implicó también sellar la suerte del inexplicable dogma que concebía la ley como un producto exclusivo de la voluntad general del Parlamento e incluso, de la soberanía absoluta que se atribuía al Poder Legislativo y a las leyes por encima de los principios generales del derecho, lo cual lejos de afirmar las libertades básicas de los ciudadanos y los derechos de la minorías que permitió, por las fallas que exhibe el sistema de representación, que se cometieran las más grandes arbitrariedades (la inconsistencia de esta concepción y su inutilidad para frenar los abusos de una mayoría dominada por dictadores se puso a prueba bajo los regímenes nazi y fascista).

Hay que anotar a favor de la fórmula alberdiana que el sistema constitucional norteamericano, cuyo pragmatismo interpretativo es realmente modélico, terminó desplazando la rígida concepción plana de la ley mediante la introducción de la técnica de los reglamentos delegados.

Ahora bien, las dificultades para el reconocimiento de una potestad reglamentaria, más o menos amplia, en cabeza del Poder Ejecutivo no derivan del régimen representativo adoptado por la Constitución (habida cuenta que el Presidente es, en definitiva, un representante del pueblo) sino del sistema de separación de poderes que cada Constitución establece.

En este sentido, lo importante es que la atribución de la potestad reglamentaria al Ejecutivo responde a los principios de equilibrio, que están en la base de la teoría de Montesquieu, permitiendo su ejercicio no sólo para reglamentar las leyes del Congreso, sino también para dictar normas generales en determinadas situaciones que derivan tanto de sus propias facultades como órgano jerárquico superior de la Administración Pública (ex artículo 86, inciso 1º, de la Constitución Nacional) como con las atribuciones vinculadas al estado de necesidad y a la eficacia de la realización de los fines constitucionales (esto último, a través de la figura de la delegación), facultades que deberá ejercer, en cualquier caso, bajo el control permanente del Congreso.

En esta línea, la práctica constitucional observada por los diferentes poderes Ejecutivo y Legislativo de turno, apoyada por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina administrativista se inclinaron, en su momento, a favor de la constitucionalidad de otras clases de reglamentos, distintos a los previstos en el artículo 86, inciso 2º de la Constitución Nacional.

Así, mientras la interpretación dinámica de la Constitución fue admitiendo, en forma sucesiva, tanto la potestad reglamentaria autónoma o independiente del Poder Ejecutivo (*ad intra*) sobre materias pertenecientes a la organización administrativa, con fundamento en el artículo 86, inciso 1º de la Constitución Nacional, como la constitucionalidad de los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia —dentro de determinadas pautas y límites— después de una compleja evolución doctrinaria y jurisprudencial que culminó con su reconocimiento en la reforma constitucional de 1994.

Sin embargo, cuadra advertir que en el transcurso de esa evolución no se acudió a la técnica de la reserva legal (1) para limitar las faculta-

(1) Resulta del caso recordar que MAYER llama reserva de ley a la exclusión de la actividad del Ejecutivo (reconociendo un amplio poder reglamentario residual a este órgano), cfr.: MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. de la edición francesa de 1903, t. I, ps. 98 y sigtes., Buenos Aires, 1949). Véase también: GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, ps. 232 y sigtes., 9ª ed., Madrid, 1999; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, ps. 178-179, nota 24, 10ª ed., Madrid, 1987; GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, ps. 17 y sigtes., Madrid, 1971; JESCH, Dietrich, *Ley y Administración*, trad. del alemán, ps. 131 y sigtes., Madrid,

des del Ejecutivo (2), como ha sido en general la técnica observada por el constitucionalismo europeo, mas afín al reconocimiento de una potestad reglamentaria al estilo de la Constitución de 1853 que al sistema plasmado en la Constitución norteamericana.

Al propio tiempo, junto a esa corriente que consolidó una interpretación dinámica del sistema de la Constitución de 1853, coexistía otra, sostenida principalmente por un sector de la doctrina constitucionalista que interpretó que correspondía exclusivamente al congreso la potestad para la producción de leyes en sentido material, apoyándose en el modelo americano, no obstante la quiebra que de ese principio se había ido efectuando en los últimos tiempos, mediante la técnica de la delegación legislativa al Poder Ejecutivo o la atribución de poderes normativos a las Agencias Reguladoras creadas por el Congreso norteamericano.

Ese panorama se ha visto, en gran parte aclarado, como se verá más adelante, por la reforma constitucional de 1994 la cual si bien ha resuelto la cuestión hermenéutica a favor de la concepción dinámica de la potestad reglamentaria —en consonancia con el esquema alberdiano— ha introducido no pocas dificultades interpretativas.

En definitiva, el diseño constitucional argentino implica en esta materia otro de los apartamientos fundamentales del modelo estadounidense, sin que tampoco quepa una asimilación plena con los sistemas europeos en los que abrevan algunas de las nuevas instituciones. En rigor, se ha ido plasmando un sistema original y complejo que, en gran parte, se halla fundado en antecedentes de nuestra propia realidad.

1978; sobre la peculiar configuración del sistema francés después de la Constitución de 1958 puede consultarse, entre otros: VEDEL, Georges - DELVOLVÉ, Pierre, *Droit Administratif*, ps. 81-88, 9ª ed., Paris, 1984.

(2) Salvo en materia penal y tributaria, los criterios para limitar la potestad reglamentaria del Ejecutivo se basaron en argumentos de tipo formal, postulando la fijación de plazo y la determinación de la medida de la potestad de la delegación legislativa y el sometimiento inmediato al Congreso del reglamento de necesidad y urgencia para su aprobación o derogación.

2. La división de poderes y la articulación del principio de legalidad con la potestad reglamentaria

La concepción de la denominada doctrina de la separación de los poderes o, según prefieren algunos, de la división de los poderes, elaborada por Montesquieu (bajo la influencia de Locke), ha dado lugar a numerosas y diferentes interpretaciones jurídicas que olvidan la naturaleza eminentemente política y hasta sociológica de esta teoría. Precisamente, al abordar el estudio del poder reglamentario, en cualquier ordenamiento constitucional positivo, hay que analizar primero el sistema, su realidad y los antecedentes que le han servido de fuente, pues recién después de esa labor el intérprete estará en condiciones para determinar el modo en que la Constitución ha recepcionado el principio divisorio en lo que atañe a la articulación entre la ley y el reglamento.

La teoría del "*Espíritu de las leyes*" reposa, como es sabido, en la necesidad de instaurar un equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal. Parte de reconocer que las personas que poseen poder tienden normalmente a su abuso, razón por la cual considera imprescindible la Institución en el Estado de un sistema de pesos y contrapesos, de modo que los poderes puedan controlarse recíprocamente y que el equilibrio resultante, permita el juego de los cuerpos intermedios de la sociedad y favorezca la libertad de los ciudadanos.

Lejos de predicar la primacía del poder legislativo o el acantonamiento de las funciones típicas de cada poder (en sentido orgánico) (3) la concepción de Montesquieu —antes que transferir el monopolio de la actividad legislativa al parlamento (como pretendió Rousseau)— se ocupó de la división del poder legislativo, asignado al poder ejecutivo funciones colegislativas (v.gr. veto, iniciativa y convocatoria) estableciendo un sistema bicameral, con el objeto de equilibrar el peso de los intereses federales y provinciales. El centro de la concepción, aun cuando el principio no tuvo acogida en las constituciones que se dictaron durante la revolución francesa, se encuentra, sin duda, en el diseño del poder judicial en el esquema divisorio, concebido como órgano imparcial para juzgar y resolver las controversias, con independencia de los otros dos poderes.

(3) EINSEMANN, Charles, *L'esprit des lois et la separation des pouvoirs*, en *Melanges Carré de Malberg*, ps. 163 y sigtes., Paris, 1933.

A pesar de sus imprecisiones y de ser, en definitiva, una teoría de base monárquica, la teoría de Montesquieu, con antecedentes aristotélicos conocidos (4), ha ejercido una notable influencia en todo el derecho occidental. Así la idea se aplicó con distintas formulaciones positivas y consuetudinarias, tanto en los países anglosajones (5), en los sistemas germánicos (6) y, por cierto, en los derechos constitucionales de los países latinos de Europa continental, por ejemplo, en Francia (7), Italia (8) y España (9).

En rigor, las corrientes en que se ha articulado el principio de legalidad —que adquiere su plenitud con la configuración del Estado de Derecho— pueden reducirse a tres grandes sistemas, según que consagren: a) la función de legislar como atribución exclusiva del parlamento; b) el dualismo entre ley y reglamento y c) la reserva de ley y el reconocimiento de un poder reglamentario residual.

La primera de estas concepciones —inspirada en Montesquieu— ha sido seguida por la constitución de los Estados Unidos que no instrumenta una potestad reglamentaria en cabeza del poder ejecutivo, consagrando, en este aspecto, la primacía plena de la ley. Sin embar-

(4) Véase: GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental*, p. 125, Madrid, 1971.

(5) Un ejemplo elocuente de la influencia de la doctrina de Montesquieu en el derecho norteamericano puede verse en lo expuesto por Madison en *El Federalista*, Capítulo XLVII, trad. del inglés, ps. 204 y sigtes., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1957. Se ha dicho que la influencia de la teoría de Montesquieu en la Convención de Filadelfia fue enorme, mucho mayor que la de Locke. (cfr.: PARQUER, Reginald, *Separation of powers revisited: Its meaning to administrative law*, ps. 1009 y sigtes., La Review Michigan, 1951).

(6) Ello se refleja en las sucesivas constituciones de la monarquía constitucional germánica; véase: FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, ps. 49 y 73, trad. del alemán, Madrid; artículo 20 de la Constitución de Alemania Federal de 1949.

(7) VEDEL, Georges y DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif*, ps. 116 y sigtes., Paris, 1984.

(8) BISCARETTI di RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, ps. 207 y sigtes., trad. del italiano, Madrid, 1989.

(9) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso ...*, t. I, ps. 28 y sigtes.

go, al cabo de la evolución constitucional, la jurisprudencia ha debido reconocer la quiebra del principio de que el poder que ha delegado el pueblo no se puede delegar, aceptando la figura de los reglamentos delegados, que poseen valor de ley, a través de delegaciones de gran amplitud (10).

El segundo de los sistemas (dualismo de ley y reglamento) es el adoptado por la Constitución Francesa de 1791, consagrándose definitivamente en la Constitución del año VIII, en el artículo 44. También fue recogido por la Constitución de Cádiz de 1812 (artículos 170 y 171) y en el Estatuto Albertino (artículo 6º), entre otros estatutos constitucionales (11). Este sistema, si bien asigna la función legislativa al parlamento, parte del reconocimiento de un poder reglamentario en el Poder Ejecutivo, atribuido genéricamente para la ejecución de las leyes, y termina configurando una potestad autónoma para dictar reglamentos independientes (12), en sentido contrario a la interpretación anglosajona efectuada sobre el principio de la división de los poderes. Este es, evidentemente, el sistema que recepciona el artículo 99 de la Constitución Nacional, en sus incisos 1º y 2º (ex artículo 86, incisos 1 y 2), el cual es radicalmente diverso al de la Constitución norteamericana (13) pues el dualismo entre ley y reglamento que acoge

(10) MUÑOZ MACHADO, Santiago, *El Estado, el derecho interno y la Comunidad Europea*, ps. 278-279, Madrid, 1986, hace referencia a las fórmulas que se han instrumentado en el Derecho Comunitario europeo para reducir a su mínima expresión las intervenciones de los Parlamentos, ampliando el papel de los Ejecutivos, aun en sistemas donde existen concepciones rígidas en torno a la actividad reglamentaria del Ejecutivo.

(11) El artículo 6º del Estatuto Albertino, que reproduce el texto de la Constitución del reino de Cerdeña de 1848, preceptúa que: el rey "*hace los decretos y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, sin suspender su observancia o dispensarla*".

(12) Cfr.: GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y administrativa contemporánea*, p. 42, Madrid, 1984.

(13) Existe la errónea creencia de suponer que nuestra Constitución siguió —en este aspecto fundamental del fraccionamiento del poder del Estado— al modelo norteamericano (por ejemplo: VÍTOLO, Daniel R., ob. cit., ps. 76-77) cuando lo cierto es que adoptó, en materia de poder reglamentario del ejecutivo, el sistema continental europeo. Gran parte del origen de las confusiones en que se ha incurrido y se incurre aún hoy en este punto derivan de las opiniones vertidas entre nosotros por Sarmiento, quien al polemizar con Alberdi, difundió la idea de que nuestra ley fundamental era copia de la Constitución de los Estados Unidos de América. Aunque Alberdi refutó en forma preci-

nuestra Constitución permite hacer jugar la distinción, de origen germánico, entre ley formal y material (Laband), que repercute, en definitiva, sobre el régimen de impugnación judicial de los respectivos actos, tornando precedente —al menos en el plano de la teoría constitucional— la impugnación directa de los actos normativos generales (reglamentos), emanados de la Administración Pública.

Finalmente, la evolución del sistema dualista ha culminado en la articulación del principio de reserva de ley (respecto de materias materialmente tasadas) con el reconocimiento en el ejecutivo de un poder reglamentario residual que, en determinadas materias, se considera originario, o bien, supletorio (14).

Ello indica a las claras que, en las concepciones adoptadas en los ordenamientos constitucionales inspirados en la doctrina de la división de los poderes, se reconoce en la actualidad (con mayores o menores limitaciones) un cierto margen de arbitrio al poder ejecutivo

sa el error de dicha tesis, la difusión del pensamiento de Sarmiento ha sido tan grande que ha formado una suerte de mito en torno de una idea totalmente equivocada. La verdad es otra y ha sido puesta al descubierto por Alberdi en muchas de sus obras; en tal sentido señaló: *"Todo es diferente en las dos constituciones argentina y norteamericana ... Plan, división general de los objetos, sistema de los poderes, distribución y extensión de sus facultades todo es diferente y debía serlo necesariamente. Si los argentinos no se hubieran separado en muchas cosas del sistema de Norte América para acomodarse a sus antecedentes y a su manera peculiar de ser, toda su organización habría sido un pobre plagio de una forma extranjera..."* (ALBERDI, Juan Bautista, *Estudios sobre la constitución argentina de 1853*, capítulo V, p. 32, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1929).

(14) El artículo 37 de la Constitución francesa de 1958 prescribe que *"las materias que no forman parte de la esfera de la ley tienen un carácter reglamentario"*. A su vez, entre las materias asignadas al legislador hay algunas que le son atribuidas en plenitud (ej.: libertades públicas) mientras que en otras ejerce su competencia normativa sólo respecto de los *"principios fundamentales"*. De ese modo, la competencia legislativa se ha transformado en una potestad de excepción, configurándose un ámbito en que el poder ejecutivo actúa como legislador con independencia de la ley, aunque sometido a la Constitución y a los principios generales del derecho. La transformación jurídica que trasuntó el sistema constitucional francés, en cuanto a las relaciones entre ley y reglamento, ha sido realmente notable, véase: VEDEL, Georges y DELVOLVÉ, Pierre, op. cit., ps. 77 y sigtes. y, especialmente, ps. 84-88. En España, la doctrina considera que la Constitución no ha instituido un poder reglamentario autónomo, continuando rigiendo el principio de la primacía de la ley de la consecuente subordinación del reglamento, a pesar de la admisión de las técnicas de la delegación, de la reserva de ley y de la potestad reglamentaria de urgencia; véase: GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, op. cit., t. I, p. 255 y sigtes.

para la producción de normas generales y abstractas, sin que este proceso haya ocasionado la conculcación de las libertades y demás derechos fundamentales de las personas. Hay que tener en cuenta, además, que desde el punto de vista estrictamente garantístico, poco interesa que la atribución al ejecutivo provenga de una autorización parlamentaria o se la reconozca *iure proprio*, pues, en definitiva, el encargado de juzgar sobre su constitucionalidad o ilegalidad es el juez y no el parlamento y lo que importa es el contenido de la norma y sus consecuencias perjudiciales o disvaliosas, lo cual no implica ignorar el interés político que posee la cuestión, particularmente en el ámbito de las relaciones intrapoderes.

3. El modelo constitucional norteamericano y la filiación de nuestro sistema constitucional y administrativo

La circunstancia que nuestro derecho administrativo, en sus principales construcciones legales, dogmáticas y jurisprudenciales, no se haya mantenido fiel a las del derecho norteamericano no implica contradicción alguna, no sólo por razones que hacen a la diversidad de sus fuentes sino también porque no existe en la Constitución norma ni principio que se oponga a la construcción de un sistema propio y original, basado en la yuxtaposición de fuentes vernáculas, hispano-americanas y europeas, en el marco del molde constitucional que consagra el sistema presidencialista, la forma federal de gobierno (15) y las reglas de distribución de competencias entre la Nación y las Provincias, que los constituyentes abrevaron en la fuente constitucional norteamericana (lo cual, obviamente, nadie ha puesto en duda) siguiendo la propuesta que Alberdi formuló en las "Bases".

Fuera de ello, la tesis según la cual la Constitución argentina es una reproducción de la norteamericana constituye un error histórico doctrinario, como surge de la interpretación que hizo el propio Alberdi,

(15) Cabe advertir, sin embargo, que la fórmula del artículo 3º de la Constitución es la de un federalismo atenuado por el reconocimiento de los antecedentes unitarios (junto a los federales) que ALBERDI venía señalando desde sus primeros trabajos en "El Nacional" de Montevideo y que después reprodujo en las "Bases" de 1852, entre los que se destacan la unidad de legislación y la unidad financiera. Sobre esas bases, ALBERDI indicó que "la Federación argentina debía ser mixta, compuesta, federal y unitaria a la vez" (véase: DEMICHELI, Alberto, "Génesis de las 'Bases'", p. 22, Buenos Aires, 1966).

quien en un trabajo dedicado especialmente al tema titulado: "*Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*", comienza diciendo nada menos que: "*para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos*" (16).

Y si tal como se ha demostrado, a través de los numerosos estudios hechos en el siglo que acaba de finalizar, que el proyecto de Alberdi ha sido el modelo en que se calcó nuestra Constitución (17), nada mejor que acudir directamente a su fuente doctrinaria más genuina para interpretarla y así aclarar los errores que se vienen repitiendo en algunos sectores del Derecho Público argentino.

Con una frase que no admite dudas acerca de la filiación de su proyecto que, en gran parte, sirvió de base para la Constitución de 1853, ALBERDI nos advierte en dichos "*Estudios*" que: "*todo es diferente en las dos Constituciones argentina y americana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común las asemeje al ojo inatento y superficial*" (18).

En efecto, del examen sobre las fuentes y los preceptos de la Constitución, se desprende que son varios los aspectos de interés para el desarrollo del Derecho Público en los que el apartamiento del modelo norteamericano resulta ostensible, a saber:

(i) el diseño del Poder Ejecutivo como Jefe de la Administración y titular de la administración general del país (ex artículo 86, inc. 1º), lo cual veda la creación de entes o agencias de la Administración dependientes del Congreso (19) norma que, en su esencia, ha mantenido la

(16) ALBERDI, Juan Bautista, "*Obras completas de J.B. Alberdi*", t. V, "*Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*", p. 148, Buenos Aires, 1886.

(17) Véase: DIAZ ARANA, Juan José (h), "*Influencia de Alberdi en la Constitución Nacional*", p. 37 y sigtes., Buenos Aires, 1947.

(18) Op. cit., p. 156.

(19) Al respecto, señala ALBERDI: "*Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853 y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte-América. No hay más que colocar uno enfrente de otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro*

Constitución de 1994 (20), si bien la respectiva atribución es concurrente (pero de superior jerarquía) con la que posee el Jefe de Gabinete;

(ii) la atribución al Ejecutivo de la facultad de dictar reglamentos de ejecución y la interpretación constitucional consecuente que admitió que, bajo determinados límites, el Presidente podía dictar reglamentos con fuerza de ley, lo cual se encuentra en la misma línea de un precepto del Proyecto de Alberdi que concedía al Congreso la atribución de "*dar facultades especiales al Poder Ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley en los casos exigidos por la Constitución*" (artículo 67, inc. 7, del Proyecto de Alberdi). Esta tendencia interpretativa de la Constitución histórica ha sido finalmente recogida en la Constitución de 1994, al reconocer las figuras de los reglamentos delegados para materias de Administración o situaciones de emergencia pública (artículo 76 Constitución Nacional) y de los reglamentos de necesidad y urgencia, contemplados expresamente a partir de la reforma constitucional, en el artículo 99, inc. 3, de la Constitución Nacional;

(iii) mientras la Constitución norteamericana mantuvo el "*common law*" y la atribución de los Estados para legislar respecto de materias que, para el pensamiento continental europeo y argentino integran el Derecho Privado, la Constitución argentina operó una verdadera revolución legislativa al unificar en el Congreso la potestad de dictar la nueva legislación de fondo en materia civil, comercial y penal, entre otras (ex artículo 67, inc. 11 y actual 75, inc. 12 de la Constitución Nacional) lo cual ha permitido aplicar analógicamente al Derecho Público las normas del Código Civil y Comercial, en forma uniforme en todo el país, incluso al Derecho Público local;

(iv) el federalismo argentino es menos descentralizado que el norteamericano en el Proyecto de Alberdi y en la Constitución de 1853 y si

ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central, que había existido por dos siglos. Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era más análogo y adaptable a nuestra condición de ex colonia española y de habitantes de la América del Sur" (op. cit., p. 157).

(20) CASSAGNE, Juan Carlos, "*Derecho Administrativo*", p. 323 y sigtes., 6ª ed. (reimpresión), Buenos Aires, 2000.

bien esta orientación fue en parte atenuada en la reforma constitucional de 1860, los poderes del gobierno federal en la letra y en la realidad siguen siendo mayores que los de su equivalente en Estados Unidos (v.gr. en materia legislativa).

El cuadro expuesto, con mayor o menor influencia sobre la conclusión que venimos sustentando, revela, sin embargo, hasta qué punto son diferentes ambas constituciones y da razón a quienes han destacado la importancia de los antecedentes patrios (21), de distintas constituciones provenientes del Derecho Comparado, especialmente la de Chile de 1833 y de diversas constituciones europeas (como la española de 1812) (22) y de los Estados norteamericanos.

4. Noción de reglamento

Recibe la denominación de reglamento todo acto unilateral que emite un órgano de la Administración Pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales.

Los reglamentos constituyen fuentes del Derecho para la Administración Pública, aun cuando proceden de ella misma, ya que integran el bloque de legalidad, al cual los órganos administrativos deben ajustar su cometido. Desde el punto de vista cuantitativo, constituyen la fuente de mayor importancia del Derecho Administrativo, habida cuenta de que no sólo son emitidos por el Poder Ejecutivo, sino también por los demás órganos y entes que actúan en su esfera.

En lo que concierne a la naturaleza de la actividad reglamentaria la doctrina clásica, consideraba que constituía una actividad adminis-

(21) Véase: CASSAGNE SERRES, Blanca A., *“La Constitución Nacional. Filiación Histórica del Preámbulo Argentino”*, p. 57, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1945.

(22) Cfr. LINARES QUINTANA, Segundo V., *“Raíces hispánicas del constitucionalismo”*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, p. 41 y sigtes., Buenos Aires, 2001; ver también: SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, *“Manual de Derecho Constitucional”*, p. 81 y sigtes. quien anota que, habida cuenta las diferencias existentes entre la Constitución argentina y la norteamericana, tales diferencias *“demuestran que, en principio, no son aplicables en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia de EE.UU.”* (p. 83) y que el método constitucional utilizado por los constituyentes argentinos se basa en el modelo francés de 1791 (p. 89).

trativa (23), tesis esta que fue sostenida aún por quienes propugnaban la concepción objetiva o material sobre la función administrativa (24).

En nuestro concepto, la actividad reglamentaria traduce una actividad materialmente legislativa o normativa (25), ya que se trata del dictado de normas jurídicas de carácter general y obligatorias por parte de órganos administrativos que actúan dentro de la esfera de su competencia normativa, traduciendo una actividad jurídica de la Administración que se diferencia de la administrativa por cuanto ésta es una actividad inmediata, práctica y concreta tendiente a la satisfacción de necesidades públicas, encuadrada en el ordenamiento jurídico.

Los reglamentos se denominan también actos de alcance o contenido general; ésta es la terminología que utiliza la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, para la cual el reglamento es un acto de alcance general (26), expresión que comprende a los meros actos de alcance general que no integran el ordenamiento jurídico (27).

Sin embargo, la figura del reglamento no agota todas las situaciones que traducen la emisión de actos de alcance o contenido general en sede administrativa. Las normas generales que sólo tienen eficacia interna en la Administración o que están dirigidas a los agentes públicos —instrucciones de servicio, circulares— no producen efectos ju-

(23) BENVENUTI, Feliciano, *Appunti di Diritto Amministrativo*, p. 36, Padova, 1959.

(24) GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., t. I, p. 290; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, ps. 245-246; WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, ps. 117 y sigtes., Paris, 1963; ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 255, Milano, 1958.

(25) XIFRA HERAS, Jorge, *Formas y Fuerzas Políticas*, p. 270, Barcelona, 1958; CASAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, p. 101, postura que ha seguido Linares (Cfr.: LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, ps. 63 y sigtes., Buenos Aires, 1986).

(26) Ley 19.549, artículos 11, 24 y 25; el decreto reglamentario N° 1759/72 (t.o. por decreto 1883/91) utiliza la misma terminología (artículo 103 y sigtes.).

(27) Véase: HUTCHINSON, Tomás, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ps. 447 y sigtes., Buenos Aires, 1985.

rídicos respecto a los particulares. Su principal efecto jurídico se deriva del deber de obediencia jerárquica del inferior al superior (28).

La caracterización jurídica de los reglamentos surge de la circunstancia de encontrarse sujetos a un régimen jurídico peculiar que los diferencia de las leyes en sentido formal, de los actos administrativos y de las instrucciones de servicio, circulares y demás reglamentos internos, siendo sus principales características:

a) constituyen o integran el ordenamiento jurídico;

b) para que entren en vigencia deben ser publicados produciendo efectos a partir de su publicación oficial y desde el día en que ellos determinen; si no designan tiempo, producirán efecto después de los ocho días computados desde el día siguiente de su publicación oficial (29). En este aspecto, se asemejan a las leyes (artículo 2º del Código Civil) y difieren de los actos administrativos, que deben ser objeto de notificación y de las instrucciones, circulares o reglamentos internos de la Administración, que no requieren ser publicados;

c) pueden ser derogados total o parcialmente por la Administración en cualquier momento, no rigiendo el principio de estabilidad del acto administrativo (30);

d) están sujetos a los mismos principios que la ley en cuanto a su irretroactividad (31);

(28) La doctrina alemana ha diferenciado los denominados reglamentos jurídicos de los reglamentos administrativos. Véase FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 201, Madrid, 1958. Nuestra doctrina en general distingue los reglamentos propiamente dichos de los reglamentos internos. SAYAGÜES LASO, op. cit., t. I, ps. 120-122, afirma que no es posible diferenciar el reglamento jurídico del administrativo por cuanto todos los actos de alcance general suponen el dictado de normas jurídicas.

(29) LNPA, artículo 11 y RLNPA, artículo 103 (t.o. decreto 1883/91).

(30) RLNPA, artículo 83 (t.o. por decreto 1883/91), ver "*Estado Nacional c. Arenera El Libertador SRL*" del 29-V-1989, Rev. DE, 47, Nov. 1989, N° 497, p. 426, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se sostuvo que no hay derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos (ver también: "*Tinedo c. ENTel*" del 27-II-1986).

(31) RLNPA (t.o. por decreto 1883/91), artículo 83.

e) tienen un régimen de protección jurisdiccional propio. Si bien no modifican situaciones subjetivas sino hasta que son aplicados mediante un acto particular, la LNPA hace posible su impugnación judicial en dos supuestos: 1) cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó, con resultado negativo; 2) cuando el acto general se hubiera aplicado y contra tales actos de aplicación se hubieran agotado sin éxito las instancias administrativas.

De otra parte, en sede administrativa, el RLNPA faculta a los particulares a impugnar por medio de recursos administrativos los actos de alcance general —reglamentos— a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación (32);

f) dado que el reglamento contiene normas de carácter general y el acto administrativo normas individuales o concretas, existe un orden de prelación que determina que el acto administrativo deba ser dictado conforme a las normas generales que contiene el Reglamento (33), lo que deriva del principio de legalidad de la actividad administrativa. En realidad, la Administración está impedida de modificar o no cumplir el reglamento cuando dicta un acto particular, a fin de tutelar la igualdad de tratamiento entre los administrados, principio éste de origen constitucional que sólo puede ser reglamentado por ley en sentido formal (34).

El citado principio determina también que los actos concretos de autoridades superiores no pueden vulnerar disposiciones reglamen-

(32) Ley 19.549, artículo 24, incisas a y b, y decreto 1759/72, artículo 73 (t.o. por decreto 1883/91).

(33) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, ps. 279 y sigtes., Madrid, 1970; y GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., t. I, p. 251, destacó el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del 26 de julio de 1957, que establecía: "las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas". Sobre su obligatoriedad para la Administración en el Derecho norteamericano y francés, ver: MAIRAL, Héctor A., *La doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública*, ps. 97 y sigtes., Buenos Aires, 1988.

(34) DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. I, ps. 419 y sigtes., Buenos Aires, 1965.

tarias de carácter general dictadas por autoridades inferiores, dentro del límite de su competencia (35).

Pero la inderogabilidad singular no rige en materia legislativa. Una ley formal particular puede derogar o no tener en cuenta las disposiciones de una ley de carácter general, dado que desde el punto de vista jurídico tal proceder constituiría una limitación a la igualdad, siendo el Congreso el poder competente para reglamentar los derechos individuales (36).

A su vez, la Procuración del Tesoro de la Nación, máximo órgano de asesoramiento jurídico de la Administración, ha dictaminado, en forma reiterada, que el principio de legalidad de la actividad administrativa no permite la violación de los reglamentos mediante actos administrativos de carácter individual o singular (37).

5. Clases de reglamentos

Si se tiene en cuenta el órgano que dicta los reglamentos, ellos pueden clasificarse en nacionales o provinciales, presidenciales, ministeriales o provenientes de entes estatales con personería jurídica.

En el orden nacional, los reglamentos pueden provenir de la Administración, de la Legislatura o del Poder Judicial, ya que las normas de carácter general dictadas por el Congreso o por los organismos judiciales, sin el carácter formal de las leyes o sentencias, son también reglamentos, sujetos, en principio, al mismo régimen jurídico que los dictados por la Administración.

(35) El Derecho Administrativo italiano también acepta el principio; en tal sentido puede verse ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Parte General, t. I, p. 105, trad. del italiano, Buenos Aires, 1954; al respecto Mairal ha puntualizado la necesidad de que el principio no se aplique en forma indiscriminada o irrazonable (op. cit., ps. 100 y sigtes.), en el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Arenzon" (Fallos: 306:400).

(36) Según PARADA VÁZQUEZ, la prohibición de dispensas singulares injustificadas se fundamenta en el principio de igualdad, vid: *Derecho Administrativo*, t. I, p. 64, Madrid, 1989.

(37) *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, N° 4, p. 84, que cita los siguientes precedentes de la colección de dictámenes: t. 34, p. 201; t. 87, p. 145; t. 97, p. 241; t. 100, p. 191; t. 102, p. 213; y t. 114, p. 495.

En la terminología utilizada en nuestro país con la palabra *Decreto* se alude a los reglamentos del Poder Ejecutivo. También se denominan de la misma forma los reglamentos dictados por los intendentes municipales; pero en nuestra práctica administrativa se denomina *Decreto* tanto al acto de contenido normativo, como al de alcance particular. En cuanto a la calificación que corresponde atribuir a los actos del Jefe de Gabinete dictados en ejercicio de la administración general del país o de facultades que le delegue al Presidente los respectivos actos se instrumentan mediante las llamadas "*decisiones administrativas*" (artículo 100, incisos 1º, 2º, 3º y 4º, Constitución Nacional) independientemente de su contenido normativo.

Los reglamentos de autoridades subordinadas al Poder Ejecutivo (ministros, secretarios de Estado, directores, etc.), reciben el nombre de resoluciones o disposiciones, aun cuando con el mismo nombre también se designa a los actos de alcance particular dictados por las mismas autoridades. Con el término ordenanzas se denomina a los reglamentos o actos de alcance particular dictados por los órganos representativos municipales (Concejo Deliberante, Sala de Representantes, etc.); el concepto es utilizado también para las disposiciones normativas de índole militar, aduanero o impositivo (38).

En cualquier caso, la sustancia de un acto de alcance general de contenido normativo, que integra el ordenamiento jurídico, es la del "*reglamento*", con independencia del órgano o ente estatal que lo produzca, siendo indiferente desde el punto de vista jurídico la utilización de distintos términos.

Más importante es la clasificación que tiene en cuenta la vinculación o relación de los reglamentos con las leyes. Según ella, la doctrina reconoce cuatro clases de reglamentos: ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad o urgencia (39). Entre los reglamentos emanados de órganos o entes de la Administración Pública cabe mencionar los siguientes:

(38) La Constitución Nacional, antes de su reforma de 1994, en el artículo 67, inciso 23, denominaba ordenanzas a los actos de la Legislatura referidos a las Fuerzas Armadas.

(39) Esta clasificación, si bien no es la seguida por la doctrina europea, es la más usual en nuestro país; MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. I, p. 239; y DIEZ, Manuel María, op. cit., t. I, ps. 421 y sigtes.

a) Reglamentos ejecutivos o de ejecución

Son los que dicta el Poder Ejecutivo (artículo 99, inciso 2º, Constitución Nacional) en ejercicio de facultades constitucionales propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, regulando detalles necesarios para el mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador (40).

Se trata de una actividad normativa secundaria respecto de la actividad primaria que es la ley. Las normas reglamentarias integran la ley, siendo regida su violación con las consecuencias y las sanciones previstas en cada caso (41).

En el orden nacional, la Constitución Nacional establece que corresponde al Presidente de la Nación expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (artículo 99, inciso 2º, de la Constitución Nacional).

Dado que se trata de una actividad subordinada a la ley, aparte de los límites generales a la potestad reglamentaria, los reglamentos de ejecución poseen límites propios. El citado artículo de la Constitución Nacional establece un primer límite al prescribir que los reglamentos no pueden alterar el espíritu de las leyes (42).

Sólo pueden reglamentarse aquellas leyes cuya aplicación corresponde al Poder Ejecutivo (43). Las normas de Derecho Privado son aplicadas directamente por los particulares, correspondiendo su aplicación en caso de controversia a los tribunales federales, nacionales o provinciales; en consecuencia, el Poder Ejecutivo carece de compe-

(40) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. I, p. 248.

(41) "Los decretos reglamentarios son tan obligatorios para los habitantes como si sus disposiciones se encontraran insertas en la propia ley ... y se consideran parte integrante de la misma ley" (Fallos, 48:430; 187:449; y 234:166).

(42) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que un reglamento no puede limitar o cercenar lo que la norma no crea; ver: "*Balpala Construcciones c. Dirección Nacional de Vialidad*", ED, t. 137, p. 160.

(43) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. I, p. 268; y DIEZ, Manuel Marfá, op. cit., t. I, p. 423.

tencia para reglamentar las disposiciones de los Códigos Civil o Comercial, con excepción de los aspectos donde su aplicación le ha sido encomendada (por ejemplo, inscripciones de operaciones inmobiliarias o de actos registrables en general).

La reglamentación de una ley no puede prescribir cargas u obligaciones que por su naturaleza sólo puedan ser dispuestas por la ley en sentido formal (44). La facultad de reglamentar las leyes no significa que obligatoriamente deban reglamentarse; ellas entran en vigencia y deben ser aplicadas a los casos particulares, aun cuando el órgano administrativo no hubiera hecho uso de la competencia atribuida para reglamentarla (45). No obstante, a veces, la ley subordina su vigencia a la reglamentación o se trata de prescripciones que por su carácter necesariamente deben ser reglamentadas (46).

Desde la Constitución de 1853 hasta la reforma constitucional de 1994, la autoridad competente para reglamentar las leyes, de acuerdo a la Constitución Nacional, es el órgano Presidente de la República (47).

b) Reglamentos autónomos o independientes

Esta clase de reglamentos se halla constituida por aquellas normas generales que dicta el Poder Ejecutivo y, en general, la Administración sobre materias que pertenecen a su zona de reserva. En su dictado, el gobierno y la Administración no aplican una ley, sino que directamente interpretan y aplican la Constitución (48).

(44) DIEZ, Manuel María, op. cit., t. I, p. 421.

(45) La Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo del año 1987 ha sostenido la tesis de que el carácter programático de una ley "...no es causa que por sí sola justifique una inacción sine die del Estado en hacer efectivas sus disposiciones..." (en la causa "Hotel Internacional Iguazú SA c. Estado Nacional s/ordinario", del 10-XII-1987, II-30-XXI).

(46) DIEZ, Manuel María, op. cit., t. I, p. 421.

(47) Artículo 99, inciso 2º, Constitución Nacional. DIEZ, Manuel María, op. cit., t. I, p. 424, señala que los ministros carecen de competencia para reglamentar las leyes; en cuanto a las entidades autárquicas institucionales, afirma que sólo pueden reglamentar los aspectos técnicos necesarios para su aplicación, pero de ningún modo limitar los derechos individuales.

(48) El concepto de reglamento autónomo es controvertido: GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., t. I, p. 296; ZANOBINI, Guido, op. cit., t. I, p. 106; y DIEZ, Manuel María,

El concepto de reglamento autónomo se vincula, entonces, esencialmente con la llamada zona de reserva de la Administración, cuya titularidad está a cargo del Poder Ejecutivo. Entre nosotros, Marienhoff afirma que el reglamento autónomo es dictado por el Poder Ejecutivo en materias acerca de las cuales tiene competencia exclusiva de acuerdo a textos o principios constitucionales (49). Sostiene que, así como existe una zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay un ámbito de competencias, reservado a la Administración en la cual el Poder Legislativo no puede inmiscuirse, como consecuencia del principio de separación de los poderes.

La existencia o no de una zona de reserva de la Administración ha sido objeto de controversias en la doctrina. Quienes sostienen que la actividad reglamentaria no corresponde originariamente al gobierno ni a la Administración, sino que se trata de una actividad delegada o autorizada por el legislador concluyen en que toda materia debe ser regulada por las leyes y que por lo tanto no existe la llamada zona de reserva de la Administración.

Sin embargo, un sector de la doctrina ha rechazado la configuración constitucional de una zona de reserva de la Administración (50), interpretando que la competencia para dictar reglamentos autónomos desaparece si el Congreso decide reglar las instituciones, teniendo el Poder Legislativo amplias facultades, dado que el ex-artículo 67, inciso 28 (actualmente, artículo 75, inciso 32, de la Constitución Nacional) lo faculta a hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.

op. cit., t. I, p. 426, entienden, entre otros autores, que son los dictados en asuntos cuya competencia le corresponde a la Administración de acuerdo con la distribución de funciones realizadas por la Constitución, o para regular el ejercicio de poderes que le han sido conferidos discrecionalmente a la Administración por el ordenamiento jurídico. En cambio, MARIENHOFF Miguel S., op. cit., t. I, p. 252, excluye de la noción de reglamento autónomo a los derivados de las facultades discrecionales acordadas por la ley.

(49) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 249 y sigs., BIANCHI, Alberto B., *La Delegación Legislativa*, p. 34, Buenos Aires, 1990.

(50) DIEZ, Manuel María, op. cit., t. I, p. 428.

En nuestra opinión la citada disposición constitucional no puede invocarse para facultar al Congreso a dictar normas sobre materias que pertenecen a la competencia atribuida por la Constitución al Poder Ejecutivo (51).

El dictado de los reglamentos autónomos corresponde, en principio, al Poder Ejecutivo de acuerdo a la distribución de funciones que realiza la Constitución Nacional, la cual, en su artículo 99, inciso 1º, le atribuye responsabilidad política por la administración general del país.

En los casos en que se ha querido subordinar la Administración a la ley, expresamente la Constitución Nacional lo ha prescrito; así, en el caso de la facultad de conceder jubilaciones o supervisar la recaudación de rentas, los incisos 6º y 10º del artículo 99 lo establecen, debiendo actuar con arreglo a las leyes.

En ciertas materias, como la concerniente a las normas que rigen en el ámbito de la propia Administración Pública, la existencia de una zona de reserva de la Administración resulta indudable. La separación de poderes no ha intentado convertir al legislativo en un poder con facultades sobre los demás, como supone la concepción *rousseau-niana* que funda la ley, exclusivamente, en la voluntad general representada por el Poder Legislativo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha repudiado la doctrina de la omnipotencia legislativa interpretando que si el pueblo hubiera querido dar al Congreso más atribuciones lo habría hecho reformando la Constitución e incorporando al respecto disposiciones expresas. Cada uno de los tres poderes aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella le confiere (52).

(51) BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., t. II, p. 83; MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. I, ps. 250 y sigtes., en la misma línea véase: COVIELLO, Pedro J. J., *La denominada "zona de reserva de la Administración" y el principio de legalidad administrativa*, en Revista de Derecho Administrativo, N° 21/23, ps. 139 y sigtes., Buenos Aires, 1996.

(52) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. I, ps. 244 y 245, y Fallos: 137:47, causa "Horta c. Harguindeguy". Véase también: *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 84, p. 182, y t. 125, p. 370; en este último dictamen, publicado en *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, N° 3, p. 191, se afirma que el legislador no puede invadir competencias propias y exclusivas del Poder Ejecutivo bajo pena de inconstitucionalidad.

Como ejemplos típicos de reglamentos autónomos pueden mencionarse: el decreto 7520/72 que reglamentó el recurso jerárquico; el decreto 1429/72 sobre régimen de licencias para los agentes públicos e incluso se ha sostenido que el decreto 1759/72 de Procedimientos Administrativos constituyó un reglamento autónomo, por cuanto se refiere a materias que pertenecen a la competencia del Poder Ejecutivo (53).

c) Reglamentos delegados

Se trata de normas generales dictadas por la Administración en base a una autorización o habilitación del Poder Legislativo, regulando materias de competencia del legislador.

Como la facultad para dictarlos no emana de la potestad reglamentaria sino de la habilitación legal (54), se trata de una actividad de carácter excepcional de la Administración, conteniendo normas sobre materias que, si bien deben ser reguladas por la ley, el Congreso ha decidido que lo sean por la Administración.

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la aceptación de esta clase de reglamentos se hallaba controvertida en la doctrina constitucional y en base a que su dictado alteraba la competencia de los poderes que instituye la Constitución, se cuestionó la validez de

(53) En tal sentido, DOCOBO, Jorge José, *El Reglamento de Procedimientos Administrativos*, JA, sec. doctrina, 1972, p. 705. Así se desprende de la propia Exposición de Motivos de la LNPA.

(54) Para Bianchi los reglamentos ejecutivos son una especie de reglamentos delegados ubicando su fundamento constitucional en el ex artículo 67, inc. 28 de la Constitución Nacional (cfr: *La Delegación Legislativa*, p. 52, Buenos Aires, 1990). No estamos de acuerdo con la tesis que considera a los reglamentos ejecutivos como una especie de reglamentos delegados, pues todos los antecedentes del ex artículo 86, inciso 2º (artículo 85, inciso 2º del Proyecto de Alberdi, artículo 82 de la Constitución de 1826 y la Constitución de Cádiz de 1812) y la tradición anglosajona, indican que la norma se refiere a la función del Poder Ejecutivo relativa a la ejecución de las leyes. La mayor parte de las leyes requieren de una ulterior actividad de la Administración para poderlas aplicar. El argumento de Bianchi según el cual "*no resulta aceptable constitucionalmente que el Congreso dicte una ley que carezca de fuerza ejecutiva por la falta de operatividad de sus disposiciones y que sea necesaria la intervención del Presidente, a efectos de sacar a la ley de esa suerte de estado inercial*" (BIANCHI, op. cit., p. 126) no es el sistema previsto por la Constitución y por sus fuentes.

los reglamentos delegados, por cuanto —se sostenía— el Congreso no podría delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

Sin embargo, resulta evidente que el desempeño de las funciones estatales determina la conveniencia de realizar una actividad integradora entre los distintos poderes, siendo necesario a tal efecto que la ley pueda ampliar la potestad de dictar normas generales que le corresponde a la Administración.

Se han señalado algunas razones que tornan necesaria la existencia de la delegación legislativa: falta de tiempo del Congreso, carácter técnico de algunos asuntos, aspectos imprevisibles de algunas materias, exigencias de flexibilidad de ciertas normas, etcétera (55).

La realidad demuestra que la legislación delegada es una necesidad y que no altera la división de poderes por cuanto el legislador siempre delega dentro de ciertos límites y puede reasumir en todo momento su potestad de legislar. Así, la Constitución Nacional encomienda al Congreso el dictado de planes de instrucción universitaria, sucediendo en la práctica que por ley se crea una entidad, en el ámbito del Poder Ejecutivo, llamada universidad, que tiene a su cargo, dentro de los lineamientos generales de la ley, el dictado de los planes de estudio (56).

La doctrina generalmente distingue la delegación total o amplia de una potestad, o sea, la delegación de la potestad legislativa, que estaría prohibida, de aquella otra clase de delegación permitida, que siempre opera dentro de ciertos límites, tratándose, en la práctica, de una comisión o encargo que hace el Poder Legislativo al Ejecutivo (57).

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que: *"no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad*

(55) DIEZ, Manuel María, op. cit., t. I, p. 441, y en particular la nota 114.

(56) Constitución Nacional, ex-artículo 67, inciso 16. La Ley Universitaria (20.654) atribuye a los órganos universitarios competencia para el dictado de los planes de estudio. Véase DIEZ, Manuel María, op. cit., t. I, p. 433.

(57) DIEZ, Manuel María, op. cit., t. I, p. 428 y sigtes.; MARIENHOFÉ, Miguel S., op. cit., t. I, p. 256 y sigtes., y CANASI, José, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 137, Buenos Aires, 1972.

investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella ...” y que “existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de regular los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido” (58).

La delegación debe estar sujeta a límites y la política legislativa claramente establecida, no pudiendo ser total ni tampoco encomendarse a los órganos administrativos la facultad de crear delitos, contravenciones o impuestos, materias que exigen la presencia de una ley en sentido formal (59).

En consecuencia, la delegación legislativa debe ser siempre expresa y especial, estableciéndose para cada caso y no en forma genérica, a fin de permitir su acotamiento por medio de límites materiales (60).

Asimismo, también en la etapa anterior a la reforma constitucional, la jurisprudencia de la Corte aceptó la sub-delegación de la facultad delegada en otros órganos siempre que ella se encuentre contemplada en la ley (61).

(58) Fallos, 148:430, caso “*Delfino y Cía. c. Gobierno Nacional*”.

(59) DIEZ, Manuel María, op. cit., t. I, p. 428 y sigtes., y ps. 437 y sigtes. En el caso “*Raúl Oscar Mouviel y otros s/desórdenes*”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, 237:236) afirmó que el artículo 18 de la Constitución Nacional exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el Órgano Legislador deje a los Órganos Ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo. En este caso se declaró inconstitucional un reglamento sobre faltas o edictos policiales sancionado por el jefe de la Policía Federal. Cabe destacar que teniendo en cuenta la opinión del Procurador General de la Nación, expuesta con anterioridad al fallo de la Corte, por ley 17.189 del año 1966, se ratificaron todos los edictos policiales vigentes a esa fecha.

(60) GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., t. I., p. 281, enseña que en el Derecho español la delegación puede ser general o especial; la primera —afirma— tiene lugar cuando el Parlamento concede al Gobierno los llamados “*plenos poderes*”; la delegación especial confiere facultades legislativas sólo respecto a materias determinadas y señalando las bases o criterios que han de servir de límite al decreto reglamentario. Sobre el tema, véase DIEZ, Manuel María, op. cit., t. I, p. 452.

(61) Fallos, 311: 1617 y 2339.

La doctrina ha distinguido tres formas o clases de delegación:

a) delegación recepticia: se configura cuando las normas reglamentarias adquieren el rango formal de la ley. Así en los casos en que por ley se autoriza a la Administración a realizar textos ordenados de leyes, efectuando ciertas correcciones gramaticales o de sintaxis a fin de lograr un mejor ordenamiento de las disposiciones (62). Los textos así ordenados se consideran leyes en sentido formal;

b) delegación o remisión normativa: es la delegación más usual; se da cuando la ley autoriza o habilita al Poder Ejecutivo o a sus órganos o entes a dictar normas en determinadas materias y con ciertos límites;

c) deslegalización de materias: se trata de una técnica por la cual ciertas materias que se encuentran reguladas por ley pasan por virtud de una ley a ser regidas por normas emanadas de la Administración. Implica una degradación de esas materias e incluso de las leyes que las regulaban, ya que en general se autoriza que sean modificadas o derogadas por esta clase de reglamentos (63). En nuestro país se ha utilizado esta técnica con motivo de las reformas o "racionalizaciones" administrativas, autorizándose al Poder Ejecutivo a modificar las estructuras orgánicas aprobadas por leyes, de todos los organismos de la Administración Pública, incluyendo las entidades autárquicas, siempre que esas modificaciones fueran necesarias a los fines del ordenamiento racional (64). Asimismo, tal es el caso de las materias cuya regulación las leyes orgánicas municipales o las constituciones provinciales encomiendan al Concejo Deliberante o Sala de Representantes de los municipios; las ordenanzas que en consecuencia se dictan no son leyes en sentido formal, pero en general poseen un contenido legislativo que ha sido "degradado".

(62) V.gr. ley 20.004; sobre esta modalidad de la delegación legislativa en España ver: SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, t. I, ps. 656-657, Madrid, 1988.

(63) GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., t. I, p. 289; este autor entiende que las anteriores leyes que regulaban la materia no han sido derogadas, pues en tanto no se utilice la autorización, siguen en vigor; simplemente —afirma— tales leyes han sido degradadas.

(64) Leyes 17.614 y 17.881.

La reforma constitucional de 1994 contempló expresamente la delegación legislativa en el artículo 76 (65). En dicha disposición, si bien genéricamente se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo seguidamente se la admite respecto de dos materias determinadas: a) de administración, y b) de emergencia pública.

Las excepciones son de tanta trascendencia y entidad como las materias que permanecen dentro de la reserva legal, la que asume, en principio, carácter residual (en el sentido de que todo lo no permitido está prohibido), excepto que se produzca la situación de emergencia pública prevista en el artículo 76.

En efecto, tratándose de materias de Administración va de suyo que la delegación no puede alterar la zona de reserva legal (como el poder impositivo, la legislación común y el otorgamiento de privilegios de exclusividad, para citar algunos supuestos) (66).

En cambio, la situación de emergencia pública configura un supuesto susceptible de quebrar la reserva legal (en algunas circunstancias hasta las denominadas reservas absolutas) y como tal es de interpretación restrictiva. La fórmula, que entraña un verdadero concepto constitucional indeterminado (67), requiere que se produzca una gravísima situación de emergencia pública susceptible de afectar la subsistencia del Estado y que ella sea reconocida y declarada por el Congreso (v.gr. declaración de guerra, situación económica de aguda hiperinflación). Dicho concepto constitucional se ha inspirado, evidentemente, en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "*Cochia*" (68) en el que se aceptó la validez constitu-

(65) Un examen más detallado del artículo 76 de la Constitución Nacional lo efectuamos en el Título Segundo, Capítulo VI, punto 6, ps. 379 y sigtes.

(66) En este aspecto, la reforma se ha inspirado en BIELSA quien había señalado que en dichos casos, la delegación limitada no se opone a ningún principio constitucional (cfr: BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, ps. 288-290, 3ª ed., Buenos Aires, 1937). Ver también: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores*, en ED, 162-1134.

(67) Es decir, un "*concepto jurídico indeterminado*" incorporado a la Constitución Nacional (cfr: sobre conceptos jurídicos indeterminados, CASSAGNE, Juan Carlos, *La revisión de la discrecionalidad administrativa*, Revista de Derecho Administrativo, N° 3, ps. 95 y sigtes.).

(68) Publicado en La Ley, 1994-B, 643; ED, 156-316.

cional del precepto contenido en el artículo 10 de la ley 23.696 que permitió al Poder Ejecutivo derogar cláusulas monopólicas e, incluso, privilegios establecidos en diversas leyes, a fin de poder llevar a cabo el plan de privatizaciones y de desregulación de la economía.

Según el artículo 76 de la Constitución Nacional, la validez constitucional de la delegación estará siempre subordinada a que se fije un plazo para su ejercicio y se establezcan las bases de la delegación, esto es lo que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se denomina "*la política legislativa*" (69).

En la cláusula 8ª de las Disposiciones Transitorias, incorporadas a la Constitución Nacional en su reforma de 1994, se estableció que toda la legislación delegada preexistente que no tuviera plazo establecido para su ejercicio caducaría automáticamente en el plazo de cinco años, salvo que el Congreso la ratificara expresamente mediante una ley. En el mes de agosto de 1999, el Congreso dictó la ley 25.148, por intermedio de la cual se dispuso ratificar "*en el Poder Ejecutivo, por el plazo de tres años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento*" (artículo 1º). Asimismo, se aprobó "*la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994*" (artículo 3º).

Finalmente, el reglamento delegado se encuentra sometido al control parlamentario que *a posteriori* se halla habilitado a ejercer la Comisión Bicameral Permanente del Congreso (artículo 100, inciso 12, Constitución Nacional).

d) Reglamentos de Necesidad y urgencia

Hasta la reforma constitucional de 1994 se debatía, especialmente en el campo doctrinario, sobre la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia. Mientras un sector, encabezado por los administrativistas, se inclinaba por su validez

(69) Fallos, 246:345; 280:25; 315:1820.

constitucional (70) y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial (71), aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la Constitución de 1853/60 (72),

(70) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. I, ps. 263 y sigtes.; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 284 y sigtes.; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, 6ª ed., Buenos Aires, 1964, p. 201; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, ps. 446-459; LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1986, ps. 109-119; DROMI, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1973, ps. 355-357; GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, cap. V, Buenos Aires, 1974, p. 38; COMADIRA, Julio R., *Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional*, en *Derecho Administrativo*, ps. 261-268, Buenos Aires, 1996; entre los constitucionalistas que se inclinaron por aceptar su constitucionalidad cabe citar desde autores de la talla de Joaquín V. GONZÁLEZ (en su *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1983, p. 538) hasta las opiniones vertidas con posterioridad por QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, p. 834; VANOSSI, Jorge Reynaldo, *Los reglamentos de necesidad y urgencia*, La Ley, t. II, 1987, ps. 885 y sigtes.; SAGÜES, Néstor Pedro, *Los decretos de necesidad y urgencia. Derecho Comparado y Derecho argentino*, en La Ley, 1985-E, 798 y sigtes.; BIANCHI, Alberto B., *La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica*, en La Ley, 1991-C, 141.

(71) Vid. el conocido caso "Peralta" resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (La Ley, 27-XII-1990, 1991-C, 158) y el fallo recaído en la causa "Peso" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, publicado en ED, t. 114, p. 237, si bien atribuye carácter excepcional a la potestad del Poder Ejecutivo de dictar esta clase de reglamentos.

(72) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2ª ed., t. IX, 1988, p. 691; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1960, p. 505; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, Buenos Aires, 1986, p. 229; BADENI, Gregorio, *Los decretos de necesidad y urgencia*, ED, t. 138, p. 926; SEGOVIA, Juan Fernando, *Las providencias de necesidad y urgencia*, ED, t. 116, p. 911; VÍTOLO, Daniel Roque, *Decretos de Necesidad y Urgencia*, Buenos Aires, 1991, ps. 68 y sigtes.; RUIZ MORENO, Horacio, *Los llamados reglamentos de necesidad y urgencia. La emergencia como motivación en las leyes y reglamentos*, La Ley, 1990-B, 1029; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *La inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia*, La Ley, 1989-E, 1296; en cuanto al Derecho Administrativo se ha citado (VÍTOLO, op. cit., p. 67) como contraria al reconocimiento de la validez de los reglamentos de necesidad y urgencia la postura de FIORINI que, en rigor, si bien es restrictiva, y rechaza "la clasificación que considere como normal la existencia de reglamentos de urgencia y necesidad (Derecho Administrativo, t. I, Buenos Aires, 1976, p. 297) considera que "no puede negarse al administrador que promulgue actos administrativos de urgencia o de necesidad, pero dentro de sus funciones administrativas..." (op. cit., p. 297). Para captar la posición doctrinaria de FIORINI hay que tener en cuenta su concepción sobre el poder reglamentario como potestad inherente, *iure proprio*, que se atribuye al Poder Ejecutivo y, además, la consideración de la actividad reglamentaria como función ad-

por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de los poderes (73).

Cierto es que su utilización indiscriminada (74), por parte de los últimos gobiernos constitucionales, proyectó una imagen desfavorable tanto en los círculos doctrinarios como en la opinión pública, aparte de la tensión que siempre generaba el ejercicio de esta potestad excepcional en cabeza del Poder Ejecutivo de cara a las facultades del Congreso, máxime cuando la tendencia a su empleo se orientaba hacia la ampliación de su contenido material y la flexibilización de sus requisitos habilitantes.

De otra parte, ha sido un error bastante generalizado aplicar a estos reglamentos, sin las debidas cautelas, el bagaje doctrinario y jurisprudencial elaborado alrededor de la llamada emergencia constitucional, pues esta situación no constituye un requisito *sine qua non*, para la admisión de este tipo de reglamentos. En efecto, bien podría ser que, sin apelar a los poderes de emergencia (que implican una compresión o postergación transitoria de derechos) existan razones de necesidad y urgencia para que el ejecutivo emita un decreto, que prescriba una regulación que se incorpora definitivamente al ordenamiento jurídico a través de un reglamento de necesidad y urgencia (v.gr., cambio de signo monetario).

Desde luego que, de configurarse una situación de emergencia constitucional, se aplicarán todas las reglas consuetudinarias y jurisprudenciales conocidas pero, en tales casos, pensamos que cabe proceder con mayor rigorismo a la hora de justificar las causales que admiten su procedencia pues, aun cuando la competencia para dictar estos reglamentos deba interpretarse siempre restrictivamente (75), co-

ministrativa y no legislativa. Por ese motivo, su opinión parece reflejar el rechazo de esta clase de reglamentos para regular las situaciones de emergencia que competen al Poder Legislativo, que versan sobre materias que no implican el ejercicio de funciones administrativas.

(73) Ver nuestra refutación a este argumento en el trabajo "Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino", en Revista de Derecho Administrativo, N° 73, ps. 19 y sigtes., Madrid, 1992.

(74) MUÑOZ, Guillermo A., *reglamentos de necesidad y urgencia*, en Revista de Derecho Administrativo, N° 5, ps. 519 y sigtes., Buenos Aires, 1991.

(75) Cfr. MUÑOZ, Guillermo A., *op. cit.*, p. 528.

rresponde ser todavía más estrictos cuando se comprimen o suspenden, transitoriamente, las libertades y los demás derechos fundamentales de las personas (76).

A partir de la reforma, puede afirmarse que el derecho de necesidad, con todas sus ventajas pero también con todos sus riesgos e inconvenientes, ha adquirido carta de ciudadanía constitucional, por lo que ya no tiene sentido discutir si la procedencia de esta clase de reglamentos se apoya en el ensanche, o bien, en la superación de las fuentes constitucionales (77). En tal sentido, su validez constitucional encuentra apoyo expreso en el artículo 99, inciso 3° de la Constitución reformada. Este precepto, después de prohibir al Poder Ejecutivo emitir "*en ningún caso*" disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, a continuación lo faculta, en rigor, a emitir las, cuando se produzcan "*circunstancias excepcionales*" que "*...hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos*". Al analizar dicha norma, se advierte, por de pronto, que la locución "*en ningún caso*" se refiere sólo a las circunstancias de normalidad. En cambio, la atribución del Poder Ejecutivo para dictar reglamentos de necesidad y urgencia se configura como una potestad excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva (78), sujeta a un procedimiento especial de sanción, que debe observarse inexcusablemente para que dichos reglamentos adquieran validez constitucional.

Es evidente también que la configuración de la reserva legal, como actividad excluida de la competencia del Ejecutivo, se opera de una

(76) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino*, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 73, p. 26, Madrid, 1992; también COMADIRA ha compartido dicha opinión (Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional*, La Ley, 1995-B, 825).

(77) SAGÚÉS, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional y derecho de emergencia*, La Ley, 1990-D, sec. doctrina, ps. 1039 y sigtes.

(78) Ha señalado BIDART CAMPOS que "*la práctica abusiva que en la cuestión exhibe el Derecho Constitucional material a partir de 1989 obliga a interpretar y aplicar el artículo 99, inciso 3° con extremada severidad y excepcionalidad pese a la jurisprudencia complaciente de la Corte en el caso 'Peralta' de 1990*" (BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, p. 434, Buenos Aires, 1995).

manera expresa (a diferencia de los supuestos de delegación legislativa) y no tiene, por tanto, carácter residual, con lo que, en principio, se produce una ampliación de la competencia del Poder Ejecutivo para emitir reglamentos de necesidad y urgencia, aunque sometidos, a partir de la Constitución reformada, a una serie de requisitos formales de aprobación.

En cuanto a las "*circunstancias excepcionales*" que hagan imposible seguir los trámites constitucionales para la sanción de las leyes —como lo prescribe el propio inciso 3º del artículo 99 de la Constitución Nacional— ellas consisten en "*razones de necesidad y urgencia*", fórmula que constituye un concepto jurídico indeterminado que tiene la ventaja de haber sido ya objeto de interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

Las razones que justifican el dictado de un reglamento de esta especie (necesidad y urgencia) deben existir, simultáneamente, en una situación que se caracteriza por: a) una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado; o de grave riesgo social; en tal sentido, la emisión del acto ha de ser inevitable o imprescindible y su no dictado ser susceptible de generar consecuencia de muy difícil, si no imposible, reparación ulterior; b) una proporcionalidad adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento; y c) la premura con que deben dictarse las normas para evitar o prevenir graves riesgos comunitarios. En principio, un reglamento de necesidad y urgencia no podría regular (por ejemplo) el procedimiento a seguir en los pleitos entre particulares o los litigios en que es parte el Estado ni tampoco reformar definitivamente los códigos de fondo.

El cuadro de los requisitos sustanciales se completa con el cumplimiento de una serie de recaudos inherentes al procedimiento de formación y perfeccionamiento de esta clase de reglamentos.

En primer lugar, la norma excepcional de habilitación está dirigida exclusivamente al Poder Ejecutivo. Es, por su naturaleza, una facultad privativa e indelegable, que requiere el cumplimiento de dos pasos procesales previos: a) que la decisión de dictarlos se adopte en acuerdo general de ministros y b) que el respectivo decreto sea refrendado por todos los ministros que intervienen en el acuerdo juntamente con

el jefe de gabinete (artículo 99, inciso 3º, párrafo 3 de la Constitución Nacional).

A su vez, *a posteriori* de su dictado, el perfeccionamiento de la sanción de los reglamentos de necesidad y urgencia por el Poder Ejecutivo demanda la observancia de los siguientes requisitos: a) sometimiento de la medida —por parte del Jefe de Gabinete y dentro del plazo de diez días— a la Comisión Bicameral Permanente; b) elevación del despacho de esta última Comisión al plenario de cada Cámara (dentro del plazo de diez días) para el inmediato tratamiento por las Cámaras.

Pero la Constitución reformada no ha prescrito el trámite ni los alcances de la intervención del Congreso, los que han quedado subordinados al dictado de una ley especial. En ese *interregno* cobra trascendencia la doctrina —apoyada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— que admitía la ratificación tácita si el Congreso no se pronunciaba (79) a condición de que no se alteren los criterios fundamentales de la política legislativa. En este sentido, se ha opinado que ni siquiera la ley que reglamente el trámite y los alcances de la intervención del Congreso podría prescribir que el silencio implique la aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia, con fundamento en el artículo 82 de la Constitución Nacional que, al referirse al procedimiento de formación y sanción de las leyes indica que “*se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta*” (80). Esta norma se refiere a la forma que debe adoptar la sanción de las leyes formales del Congreso (81), mientras que en la hipótesis de los decretos de necesidad y urgencia no se ha cumplido el procedimiento formal ni sancionado ley alguna. De todas maneras, aun cuando no se aceptara la doctrina de la aprobación tácita, la seguridad jurídica exige que se mantenga la vigencia del decreto de necesidad y urgencia hasta tanto él sea derogado formalmente por el Congreso o decla-

(79) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. I, ps. 266-267; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 136, 4ª ed., Buenos Aires, 1994; el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Peralta*” (considerando 29) para validar esta clase de reglamentos señala la necesidad de que no se altera la política legislativa.

(80) Cfr. BIDAR CAMPOS, Germán J., op. cit., t. VI, ps. 431 y 432; en idéntico sentido: PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, p. 244, Buenos Aires, 1995.

(81) Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, op. cit., ps. 6-7.

rado inconstitucional por el Poder Judicial. De lo contrario, sería prácticamente imposible determinar la fecha de cesación de los efectos mientras dura la inactividad o las demoras del Parlamento en pronunciarse por la aprobación o el rechazo.

Con todo, esta fuente normativa nacida y desarrollada en el ámbito nacional, ha tenido una extendida recepción en diversas Constituciones provinciales. Basta citar, a este respecto, el artículo 157 de la Constitución de la Provincia de San Juan que faculta al Gobernador a dictar "*leyes de necesidad y urgencia*"; el artículo 181 de la Constitución de la Provincia de Río Negro que habilita al Poder Ejecutivo a dictar decretos sobre materias de competencia legislativa en caso de necesidad y urgencia o de amenaza grave e inminente al funcionamiento regular de los poderes públicos y el artículo 142 de la Constitución de la Provincia de Salta, antecedente de la fórmula constitucional rionegrina.

Por último, no es posible negar que los jueces disponen de un amplio poder de revisión sobre la acreditación de las causales y circunstancias que justifican la emisión de estos reglamentos, con amplitud de debate y prueba, ya sea a través de un proceso ordinario o de un amparo (82)

6. Sobre las reservas legales de la Constitución de 1853 y las introducidas por la reforma de 1994

La reserva legal puede referirse a la potestad de legislar acerca de un ámbito o conjunto de materias determinadas y su atribución al Parlamento, sin que ello obstara a la posibilidad de que este órgano delegara sus atribuciones en el Ejecutivo o bien, que el Ejecutivo legisle en supuestos de necesidad y urgencia. Tal era básicamente el esquema constitucional que, en principio, prevaleció a través de la llamada interpretación dinámica de la Constitución de 1853 (83).

(82) La viabilidad de la acción de amparo para cuestionar la inconstitucionalidad manifiesta de normas de alcance general ha sido aceptada por la Corte en el caso "*Peralta*", después de muchas vicisitudes, acogiendo en este punto la buena doctrina, ya que en la mayoría de los casos esa vía es la más idónea para la protección de los derechos y garantías constitucionales afectados por reglamentos de la Administración Pública.

(83) Decimos que, en principio, porque la materia tributaria se consideró un poder privativo del Congreso (el principio de legalidad tributaria) que este no podía delegar

La cuestión se ha complicado tras la reforma constitucional de 1994 en la que se han combinado el criterio resultante de la interpretación dinámica de la Constitución de 1853 con las técnicas de las reservas legales previstas en los ordenamientos constitucionales europeos, que implican la exclusión del Ejecutivo de la actividad normativa respecto de determinadas materias.

La técnica seguida por la reforma constitucional de 1994 resulta bastante precaria habida cuenta que mientras establece prohibiciones genéricas para que el Poder Ejecutivo dicte disposiciones de carácter legislativo (artículo 99, inciso 3º de la Constitución Nacional) consagra a continuación la posibilidad del ejercicio de la potestad de legislar cuando concurren supuestos de necesidad y urgencia, con exclusión de ciertas materias (penal, tributaria, electoral o régimen de los partidos políticos) lo cual configura, ciertamente, una reserva legal en el sentido antes indicado (interdicción de legislar impuesta constitucionalmente al Ejecutivo).

Otro es el esquema que ha seguido en materia de delegación (artículo 76, Constitución Nacional) donde si bien también parte de la prohibición genérica, configura excepciones en sentido positivo (es decir, no como ámbitos reservados) sino como una opción a favor de que el Congreso delegue sus facultades legislativas en el Ejecutivo en materias de administración y de emergencia pública. En tal caso, la reserva legal está constituida por el principio inverso, según el cual todo lo que no está permitido delegar se encuentra prohibido.

En cualquier caso, cabe interpretar, mediante la armonización de ambos preceptos constitucionales —artículos 76 y 99, inciso 3º de la Constitución Nacional— que prevalecen las reservas legales del último de los artículos citados, lo cual implica que el Parlamento carece de la potestad de delegar en esas materias, al menos en materias vinculadas con la administración.

Lo que resulta, por lo tanto, asistemático es que la consecuencia del esquema constitucional instaurado en la Constitución sea la máxima limitación de las potestades del Congreso para delegar sus atribucio-

"in totum" en el Poder Ejecutivo sino en ciertos y determinados detalles inherentes a la reglamentación. Lo mismo cabe reconocer respecto de las llamadas delegaciones en blanco en materia penal.

nes cuando se admite un ejercicio mucho más amplio de estas facultades por el Poder Ejecutivo en los supuestos de necesidad y urgencia, si bien reservándose el Parlamento la potestad ulterior sobre la vigencia de esta clase de normas.

7. A modo de conclusión

En cualquier país que cuenta con dilatado territorio y autonomías provinciales cuyos intereses se encuentran en pugna muchas veces con los del conjunto representado por el Estado Federal, en el que resulta necesario aún superar la anarquía y en el que continúa siendo imprescindible reforzar la unidad nacional que predica el preámbulo de nuestra Constitución histórica de 1853, la idea alberdiana de estructurar un Poder Ejecutivo fuerte y supremo, "*para hacer posible con el peso de su autoridad la ejecución de las leyes*" y los fines estatales, resultó un verdadero acierto político.

En efecto, no solo hizo posible la superación de la anarquía en varios períodos de nuestra historia sino que permitió que se consolidara la unidad que demanda la norma fundamental que junto a las garantías que brindaba el Estado a los particulares para el libre ejercicio de sus derechos y libertades, entre otras cosas, provocó el espectacular crecimiento de Argentina entre 1890 y 1910, uno de los más grandes del mundo.

El diseño de la potestad reglamentaria en la Constitución de 1853, que la actual reforma constitucional ha mantenido en sus grandes lineamientos, ha sido, aun con todo el bagaje de desaciertos y errores en que se incurrió en algunos casos, un instrumento eficaz que justifica el dictado de normas generales tendientes a resolver una serie de situaciones que precisan definirse con urgencia para superar un determinado estado de necesidad así como para emitir normas en materia de administración y emergencia pública, a través de la técnica de la delegación legislativa, que ahora posee un "*status*" constitucional positivo y expreso.

Ello no empece para que se mantenga un adecuado equilibrio de poderes a través del control del Congreso, sobre todo, la configuración y el funcionamiento de una justicia imparcial e independiente. ♦

LA CONSTITUCION NACIONAL DE 1853 Y LA CONSOLIDACION DEL ESTADO FEDERAL EN 1860

POR ANTONIO CASTAGNO

SUMARIO: 1. Reflexiones preliminares. 2. Los precursores. 3. Alberdi, el iluminado. 4. Caseros... ¿y después?. 5. El acuerdo de los gobernadores. 6. Los hombres se enfrentan en duras polémicas. 7. Por fin, el Congreso General Constituyente. 8. La unión nacional. Consolidación del Estado Federal. 9. El valor de la Constitución histórica.

1. Reflexiones preliminares

Hoy nos encontramos expresando nuestros homenajes a la Constitución Nacional, al transcurrir 150 años de aquel día del 1º de mayo, en el que los fundadores ilustres dieron por finalizada su misión y entregaron al país, todavía desierto, la Constitución Nacional como la Ley Fundamental para crear una nación, aunque conceptualmente todavía incipiente, como la habían vislumbrado los prohombres de la generación del 37, concretándose así aquellos ideales en la clásica obra del doctor Juan Bautista Alberdi: "Las bases...".

Pero, lamentablemente, aún no se habían superado los conflictos políticos que impedían que ese texto rigiera en todo el territorio del país. Por eso, podríamos distinguir dos etapas definitorias del sacrificio y a veces azaroso proceso constitucional: la de 1853 que caracterizamos como la de organización nacional; y la de 1860 como la de la unión nacional, con el tan anhelado pacto de unión de todos los argentinos y la consolidación del Estado Federal al incorporarse al texto constitucional las enmiendas pertinentes que marcarían entonces el final del conflicto. Pero no pudo ser.

No nos detendremos en el relato pormenorizado de los acontecimientos que han jalonado el arduo y difícil proceso constitucional, pues no es el objeto de este homenaje; sino simplemente, en un intento de hurgar en cada acto, encontrar en el trasfondo de las intenciones, propósitos y conductas de los protagonistas que intervienen, convencidos que en cada uno de ellos reside la verdad y la razón que impulsan sus respectivos comportamientos.

Por ello, faltaban algunas cuestiones, las que durante bastante tiempo mantuvo a los protagonistas enredados en una interminable controversia: la definitiva ubicación de la Capital de la Nación, entre otras, pues no obstante haberse modificado el artículo original de la Constitución, pudo llegarse a la definitiva solución recién al finalizar el período del presidente Nicolás Avellaneda, quien envió el proyecto de federalización de Buenos Aires al Congreso Nacional que lo convierte en ley el 20 de septiembre de 1880 bajo el n° 1029, para lo cual la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires cedió a la Nación el territorio que debía federalizarse.

2. Los precursores

Como hemos anunciado precedentemente, si bien es importante señalar que la Constitución Nacional de 1853 es fundamentalmente la culminación de una etapa del proceso, resulta ineludible destacar como la iniciación decisiva en el más lejano tiempo, el aporte filosófico de los protagonistas de la llamada generación del 37, que acercarán un valioso bagaje de ideas y pensamientos a la historia política y constitucional argentina. Y entre aquellos jóvenes aparecen Esteban Echeverría y Juan María Gutiérrez, juntamente con Juan Bautista Alberdi, Vicente Fidel López, Bartolomé Mitre, entre el total de 35 jóvenes que producirán importantes documentos que influirán notablemente en el proceso histórico al concretarse el texto de la Constitución en 1853.

Así, en el desarrollo de ese proceso, se llega a la necesidad de que los jóvenes vuelquen en un documento la síntesis de sus ideas, resolviéndose encomendar a Echeverría, Alberdi y Gutiérrez, la redacción de dicho documento, que denominarán "EL CODIGO", "Credo" o "Creencia", como también se lo conoce, con el nombre completo de "Declaración de los principios que constituyen la Creencia Social de la República Argentina".

El Credo incluye las denominadas Quince palabras simbólicas, que sintetizan el pensamiento de aquella juventud liberal y renovadora y puede sostenerse que recibe varias influencias que llegan obviamente del pensamiento europeo: de origen cristiano liberal que surge de las ideas de Lammenais; las de Mazzini, el agitador italiano del que toma el fervor republicano democrático; las ideas provenientes de Saint Simon, es decir, del socialismo utópico. Surge entonces la síntesis del pensamiento de Echeverría propugnando un socialismo social como contrario al individualismo prepotente; tanto es así que, dirigiéndose a sus partidarios les dice: "Peleáis en suma por un Dogma Social".

Es interesante destacar, con referencia al movimiento revolucionario de mayo, que Echeverría entiende que la idea del movimiento de 1810 constituye el Dogma, dándole a esa palabra un sentido social y filosófico.

Se concreta así aquel pensamiento de Echeverría, juntamente con Gutierrez (quién será uno de los integrantes de la Comisión Redactora del proyecto de Constitución). Algo del espíritu de aquellos precursores se refleja en la Constitución histórica y será Juan Bautista Alberdi quien alcanzará la categoría de profeta del porvenir y maestro de todo el pueblo, al completar su fundamental obra con su proyecto de Constitución que ofrece a la consideración de los constituyentes que se reunirán luego en Santa Fe para cimentar la organización institucional de la República.

Dice al respecto el maestro Segundo V. Linares Quintana que "la doctrina de la Revolución de mayo aparece hecha carne en el Dogma Socialista o de Mayo, que si bien se debe a la pluma inspirada de Esteban Echeverría, no es sino la expresión ideológica de toda una generación, que se iba a plasmar, institucionalizándose en la Constitución de 1853, de la cual es la base filosófica-doctrinaria" (LINARES QUINTANA, Segundo V.: "Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional", tomo 2; Ed. Plus Ultra; Bs. As. 1977; p. 199) y recoge las expresiones coincidentes de Echeverría, al afirmar: "He aquí una generación que viene en pos de la generación de Mayo... hija de ella, hereda sus pensamientos y sus tradiciones; nacida en la aurora de la libertad, busca con ojos inquietos en el cielo oscurecido de la Patria el astro hermoso que resplandeció sobre su cuna...".

“Es, pues, concluye el maestro Linares Quintana, que el Dogma Socialista es el ideario de Mayo, depurado y perfeccionado, cuya luz ha de proyectarse sobre los constituyentes y cuya influencia sobre éstos se ejerce, en forma directa, y también indirectamente a través de las páginas de las Bases de Alberdi...” (LINARES QUINTANA, Segundo V, ob. cit., p. 200).

3. Alberdi, el iluminado

Surge de sus reflexiones que vuelca claramente en su obra, que Alberdi advierte la incertidumbre de organizar un país “con un millón escaso de habitantes por toda población en un territorio de doscientas mil leguas, no tiene de nación la República Argentina sino el nombre y el territorio... Según esto, la población de la República Argentina, hoy desierta y solitaria, debe ser el grande y primordial fin de su constitución por largos años...” (ALBERDI: Bases...; 5ª ed., Besanzon, 1856; pág. 67). De ahí, con su acertado criterio y vislumbrando el futuro, advierte que “el hombre no elige discrecionalmente su constitución gruesa o delgada, nerviosa o sanguínea; así tampoco el pueblo se da por su voluntad una constitución monárquica o republicana, federal o unitaria. El recibe estas disposiciones al nacer: las recibe del suelo que le toca por morada, del número y de la condición de los pobladores con que empieza, de las instituciones anteriores y de los hechos que constituyen su historia...” (ALBERDI: ob. cit. p. 58).

No quedan dudas, entonces, que en el pensamiento y en el espíritu de Alberdi se anidan y se fortalecen aquellos antecedentes y principios filosóficos que había contribuido a exaltar, como integrante de la histórica Generación del 37, juntamente con los otros jóvenes anteriormente mencionados que vieron el futuro desde luego incierto de nuestro país a través de las palabras simbólicas del Dogma “continuación de todas las tradiciones progresivas de la revolución de mayo...”.

Desde su juventud, al tomar contacto con el pensamiento del romanticismo europeo llegado al Río de la Plata, Alberdi había aprendido que no hay nación sin conciencia nacional y que ésta es esencialmente una fuerza modeladora, exaltando la contraposición que observa con las abstracciones de la escolástica y la ideología.

Claro que debemos advertir que a su vez, el pensamiento alberdiano se hubo impregnado de las influencias de los grandes pensadores

de su contemporaneidad. En ese sentido no puede soslayarse la influencia de Eugenio Lerminnier, el maestro del Colegio de Francia, como puede apreciarse en las páginas del "Fragmento preliminar al estudio del Derecho" con el que el ilustre tucumano inicia su trayectoria de publicista; y que "echó las bases de un auténtico modo de filosofar en la Argentina", como lo sostiene el doctor Víctor Massuh, quien afirma seguidamente que "El gran tucumano consideraba que la filosofía en nuestra tierra debería resistir a la de la metafísica, que él consideraba identificada con una escolástica bordadora de conceptos cada vez más alejados de la realidad concreta" (MASSUH, Víctor: "La Argentina necesita a sus filósofos"; diario La Nación, lunes 25 de noviembre de 2002; p.15). A estos conceptos resulta interesante agregar las consideraciones que otro distinguido filósofo, el profesor Coriolano Alberini expusiera en su interesante trabajo "La metafísica de Alberdi" (Archivo de la Universidad de Buenos Aires; junio-septiembre de 1934; ps. 233 y sigtes.)

Es que en mayo se inicia el proceso azaroso que conducirá con sus tropiezos y desaciertos, como de sus traumáticas interrupciones por el camino de la organización de este país del desierto y de la soledad. De más está agregar, pues, que el texto histórico de nuestra Ley Fundamental no resultó la expresión espontánea e improvisada de un grupo de protagonistas, sino esencialmente, la culminación de una etapa del proceso que hunde sus raíces ideológicas en sus inconfundibles antecedentes, que jalonan el heroico camino de nuestra historia constitucional.

Al referirse a la labor constituyente que ha de desarrollar el congreso, Alberdi expresa: "no será llamado a hacer la República Argentina, ni crear las reglas o leyes de su organización normal; él no podrá reducir su territorio, ni cambiar su constitución geológica... El vendrá a estudiar y a escribir las leyes naturales en que todo eso propende a combinarse y desarrollarse del modo más ventajoso a los destinos providenciales de la República Argentina...". "Las constituciones deben ser adecuadas al país que las recibe..." "Así, pues, los hechos, la realidad, que son obra de Dios y existen por la acción del tiempo y de la historia anterior de nuestro país, serán los que deban imponer la constitución que la República Argentina reciba de las manos de sus legisladores constituyentes" (ALBERDI: ob. cit., p. 59).

Con respecto a la adopción de la forma unitaria o federativa, Alberdi hace una síntesis de los antecedentes de ambas que recoge de la

historia; y concluye afirmando que “las formas simples y puras son las más fáciles, pero todos ven que la República Argentina es tan incapaz de una pura y simple federación, como de una pura y simple unidad. Ella necesita, por sus circunstancias, de una federación unitaria o de una unidad federativa”. Trae a la reflexión lo sucedido en los Estados Unidos, que superando años de crisis, resolvieron adoptar una solución combinada que satisficiera todos los intereses. Pero advierte que “la aplicación de esa fórmula a nuestro país no es un expediente artificioso para escamotear la soberanía provincial...”. “Tampoco será plagio ni copia servil de una forma exótica. Deja de ser exótica, desde que es aplicable a la organización del gobierno argentino; y no será copia servil, desde que se aplique con las modificaciones exigidas por la manera de ser especial del país, a cuyas variaciones se presta esta fórmula como todas las fórmulas conocidas de gobierno...” (p. 101).

Insiste Alberdi en sus consideraciones relacionadas con la situación en que se encuentra el país, al que deberá organizarse a través de una constitución. Dice al respecto: “¿Qué nombre daréis, que nombre merece un país compuesto de doscientas mil leguas de territorio y de una población de ochocientos mil habitantes? —Un desierto— ¿Qué nombre daréis a la constitución de ese país? —La constitución de un desierto. Pues bien, ese país es la República Argentina; y cualquiera que sea su constitución, no será otra cosa por muchos años que la constitución de un desierto”.

“Pero ¿cuál es la constitución que mejor conviene al desierto? La que sirve para hacerlo desaparecer; la que sirve para hacer que el desierto deje de serlo en el menor tiempo posible; y se convierta en un país poblado. Luego, afirma Alberdi, “este debe ser el fin político y no puede ser otro, de la constitución argentina y en general de todas las constituciones de Sud-América”; pues sostiene que “la población en todas partes, y esencialmente en América, forma la sustancia en torno de la cual se realizan y desenvuelven todos los fenómenos de la economía social”.

De esta aguda reflexión concluye Alberdi con la acuñación de su frase tan lapidaria y concreta, que constituye toda una política de gobierno: “Gobernar es poblar...”.

Con respecto a la constitución que ha de dictarse por el Congreso de Santa Fe, Alberdi advierte muy seriamente que ese texto constitu-

cional deberá gozar de una segura perdurabilidad, pues sostiene: "el primer deber de la política futura será el mantenimiento y conservación de la constitución... La mejor política, la más fácil, la más eficaz para conservar la constitución, es la política de la honradez y de la buena fe; la política clara y simple de los hombres de bien, y no la política doble y hábil de los truhanes de categoría... La sinceridad de los actos no es todo lo que se puede apetecer en política; se requiere además la justicia en que reside la verdadera probidad". (pág. 153).

4. Caseros... ¿Y después...?

La batalla de Caseros puede considerarse como la finalización de una etapa en el proceso constitucional, que había sido interrumpido durante el gobierno derrocado. Podría entenderse, entonces, que comenzaría el camino decisivo hacia la organización institucional del país, proyecto deseado y varias veces frustrado desde 1810 hasta el 2 de febrero de 1852.

Al conocerse el resultado de la batalla, la ciudad de Buenos Aires es presa de actos de verdadero vandalismo; las autoridades han abandonado sus puestos y el Fuerte y las cárceles, también abandonadas, quedaron a disposición de los agitadores y saqueadores, quienes se dedicaron furiosamente al robo en negocios y casas de familia de todo objeto de valor, las platerías y todo cuanto tuviera a su alcance, hasta que la guardia que custodiaba la residencia del cónsul norteamericano, acompañado de algunos vecinos que formaron grupos armados, pudieron a duras penas contener los saqueos y robos. (ver HORTELANO: "Memorias"; Eudeba, Buenos Aires, 1972, citado por CARRETERO, Andrés en su "Vida cotidiana en Buenos Aires", Ed. Planeta, Buenos Aires, p. 38).

Pero quedaban latente los conflictos no solamente ideológicos, sino también las incidencias personales que fueron colocando sus ideas y sus ambiciones e intereses en el escenario político, enturbiando el clima y provocando enfrentamientos que, en definitiva, iban a dilatar la culminación de este azaroso proceso constitucional.

Afloraron las posiciones antagónicas: porteños y provincianos; Mitre y Urquiza, los emigrados que vuelven a Buenos Aires pretendiendo ser los herederos del triunfo de Caseros, imponiendo sus ideas y

desde luego sus recelos contra el vencedor: hombre del interior con una inmensa fortuna basada en sus negocios ganaderos, dueño de estancias y saladeros; cortés y elegante en sus reuniones protocolares y sociales, pero de fuerte carácter y decidido a hacer prevalecer sus ideas, las que son interpretadas como órdenes de un insinuante dictador.

Por ello, la historia ha registrado la convicción que Caseros, si bien fue una batalla decisiva, no fue lamentablemente la última. La unión nacional tan ansiada se diluye en las controversias durante casi una década; el centralismo porteño se opone a los intereses federalistas de las provincias que pretenden obtener participación en el orden político y especialmente en la explotación de las riquezas; esas riquezas que acapara Buenos Aires desde su puerto.

Parecería que esa dualidad fuera una constante en todo el proceso histórico, desde los más remotos tiempos; así se registraron los antagonismos entre españoles y criollos, saavedristas y morenistas, provincianos y porteños, federales y unitarios, Alberdi y Sarmiento; Mitre y Urquiza; conservadores y radicales (el régimen y la causa), peronistas y antiperonistas, hasta la actualidad, en la que se mantiene un duro enfrentamiento, no solamente entre los mismos integrantes de un partido, sino que se extiende a toda la sociedad política.

Al día siguiente de Caseros comienzan a sucederse las horas entre júbilos y suspicacias; la desconfianza cunde entre los porteños que experimentan la sensación de haberse liberado de una pesadilla, pero también vislumbran un futuro incierto ¿Qué hará Urquiza vencedor? ¿Cómo se entenderá con los antiguos caudillos gobernadores federales de las provincias que aún conservan el poder político y obviamente económico y militar de sus respectivos feudos?

La entrada triunfal de Urquiza a Buenos Aires el 19 de febrero, desfilando al frente de su famosa caballería entrerriana cabalgando un brioso caballo "luciendo espléndidos arreos de plata"; y vestido ricamente con poncho, galera de felpa, luciendo ostentosamente un cintillo punzó, provoca no pocos comentarios entre los espectadores de esa singular ceremonia. No faltan, desde luego, los comentarios adversos y las críticas, intencionadas que pretenden vislumbrar al nuevo detentador del poder: "Urquiza es el nuevo dictador...".

Era un episodio anecdótico, pero valió para tejer las más truculentas versiones que exaltaban el ánimo y el encono, que muy bien se encargaron de magnificar los grupos porteños al comenzar su campaña de oposición. ¿Otra vez la cinta colorada...?

¿Puede decirse que eran dos estilos políticos, distintos enfoques del problema, o agregándose a todo ello una rivalidad de carácter personal entre ambos personajes: Mitre y Urquiza, en un enfrentamiento casi irreconciliable, cada uno empeñado en hacer prevalecer su proyecto para la organización institucional? ¿O será que ambos pretendían ser el único protagonista? Si no lo hago yo, no lo hará nadie.

Dice al respecto Ramón J. Cárcano que “no representaban la lucha de dos hombres, encerraban en realidad, la lucha de dos antagonismos ancestrales, dentro de la misma nación, que la presión de los intereses y exaltación de las pasiones individuales convirtieron en masa y potencia impulsivas, encastillando las soluciones en el sometimiento de las armas, cuando mejor estaban en la sinceridad de la concordia...” (CARCANO, Ramón J.: “Del sitio de Buenos Aires al campo de Cepeda”; Casa Editora Coni; Bs. As. 1922, p. 701).

De la reunión celebrada en San Benito de Palermo entre Urquiza y los principales personajes de Buenos Aires, surge el plan de convocar a los caudillos federales, gobernadores de las provincias, a una reunión que se haría en alguna ciudad fuera de Buenos Aires, para echar las bases de un entendimiento con miras a la convocatoria de un Congreso General Constituyente que sancionara la Constitución.

Resulta interesante referirse aunque sea someramente a la residencia que Rosas había ordenado construir, en los terrenos que limitaban con el Río de la Plata, el arroyo Maldonado y la propiedad de la familia Castex, zona intransitable por la cantidad de bañados que convertían al lugar en un verdadero fangal. Los trabajos fueron intensos, abriendo zanjas para el drenaje de las aguas estancadas, plantando varias especies de árboles, formando zonas de bosques, cuidando la selección de las especies. Simultáneamente mandó la construcción de su casa, siguiendo los planes del arquitecto Santos Sartorio, concluyendo en convertirse en una residencia palaciega, en cuyas dependencias Rosas pasaba el día atendiendo sus funciones de gobernante. (Ver: SALDIAS, Adolfo: “Historia de la Confederación Argentina”, tomo III, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1978, p. 201 y sigtes.).

Inmediatamente de instalado en la residencia, que se la conoce como San Benito de Palermo, Urquiza se ve asediado por las numerosas visitas de los personajes más importantes de la ciudad, que acuden al concebido besamanos; los carruajes transportando a los visitantes se suceden frecuentemente; y Urquiza los recibe cortésmente, hasta con cierta amabilidad, aunque no abandona su gesto austero y hasta desconfiado de tantas muestras de adhesión y simpatía.

Algunos acontecimientos de carácter social impulsados por Urquiza, tratando de mostrarse atento y cordial, provoca ciertos resquemores entre algunos personajes. En abril Urquiza invita a un banquete que se realiza en las instalaciones del Palomar de Caseros, durante el cual Urquiza explica los pormenores del combate directamente sobre el campo. Pero se registran ausencias muy significativas: Veléz Sársfield no fue invitado al banquete; y aunque concurrió al lugar, debió retirarse camino a su casa "...y muy amargas debieron ser sus impresiones...".

Para festejar el aniversario de la revolución de mayo, se sirve otro banquete, esta vez en las instalaciones del Club del Progreso, al que concurren obviamente, los más encumbrados personajes. Pero esta vez el que no fue invitado es el coronel Bartolomé Mitre.

Al referirse a ambas reuniones, Ramón J. Cárcano advierte muy sagazmente: "Llama la atención que el coronel Mitre, que ya esgrime 'Los Debates' (su periódico) con estrago, no figura en la visita de Caseros ni en el banquete del Club del Progreso..." (CARCANO, Ramón J.: "De Caseros al 11 de setiembre", Roldan Editor, Buenos Aires, 1933, ps. 103 y 109).

Debe advertirse que se trata de dos personajes muy importantes en el ambiente político y social; que podrían sentirse desairados por no estar presentes en ambas reuniones gastronómicas. Con respecto a Mitre, es interesante señalar que desde los días inmediatamente posteriores a Caseros, comienza en su espíritu un creciente recelo en relación con las verdaderas intenciones del vencedor de Caseros.

5. El acuerdo de los gobernadores

La misión Irigoyen arroja resultados satisfactorios; los caudillos federales aceptan reunirse, decidiéndose que será el pueblo de San Nicolás el lugar del histórico encuentro.

Las circulares a los gobernadores salen camino de las postas hacia las lejanas sedes de los gobiernos provinciales. "Lo que yo quiero —expresa Urquiza en una de ellas— es que unifiquemos todas nuestras opiniones para que realicemos el gran pensamiento de organizar nuestra patria...". Y van surgiendo nuevas y renovadas expectativas alrededor de esta convocatoria; las opiniones son por lo general favorables y marcan el clima que viven los pueblos. En carta dirigida a Juan María Gutierrez con fecha 26 de abril de 1852 desde Mendoza, don Damián Hudson da cuenta del estado de ánimo de aquella ciudad: "Anoche hemos estado de fiesta... La reunión de los gobernadores en San Nicolás para el 20 de mayo, para acordar la convocación del Congreso Constituyente. A las 12 de la noche se han corrido las calles festejando tan importante noticia. Se aproxima el día de fijar al fin las bases de nuestra organización política, día grande de esperanza para los argentinos...".

Los gobernadores responden a la invitación de Urquiza, y se preparan para emprender el viaje a San Nicolás, desde puntos tan distantes y con las dificultades de la época, teniendo en cuenta los escasos medios de comunicación y de transporte, como por ejemplo desde la provincia de San Juan, en la que su gobernador el general Nazario Benavidez, quien no gozaba de la adhesión y simpatía de sus gobernados, pretende tomar algunos recaudos y seguridades ante el temor que durante su ausencia pudiera animar a sus adversarios para desalojarlo del poder. Por ello dispone que su más encarnizado opositor, el doctor Guillermo Rawson, lo acompañe a San Nicolás en calidad de secretario, y ante la negativa y el rechazo de tan insólita disposición, el gobernador lo conmina para que en el perentorio plazo de una hora acepte la designación apercibiéndolo por las consecuencias de su negativa. Como Rawson se mantiene en su posición, el gobernador convocó a varios ciudadanos notables para presionarlo y vencerlo al renuente secretario; pero los ciudadanos le hicieron ver a este general gobernador que hubiera resultado ridículo llegar a San Nicolás con su secretario preso y que su colaboración en tales circunstancias resultaría negativa. Benavidez, malhumorado y prometiendo reprimendas a su regreso, debió partir hacia el encuentro de los gobernadores con otro secretario, según el relato aparecido en "Los Debates" del 2 de junio de 1852.

La Casa del Acuerdo nació a partir de la compra que realiza don Pedro Alurralde con fecha 24 de marzo de 1849, construyendo su casa

sobre un terreno de 39 varas y 1/4 de frente por 37 de fondo, sobre el cual existía un rancho, con paredes de ladrillo, techo de paja y pozo de balde. Dice al respecto don Santiago Chervo (h.) en su nota publicada en el periódico "El Norte" de la edición del domingo 2 de junio de 2002 que: que cuando se produjo el pronunciamiento de Urquiza, don Alurralde se incorporó a las fuerzas de Urquiza, quien le encomendó la defensa de San Nicolás cuando el ejército avanzara desde Santa Fe hacia Buenos Aires. Cinco días después de la batalla, Urquiza designó a Alurralde Juez de Paz de San Nicolás, cargo que mantuvo durante la firma del Acuerdo, celebrado en su casa.

Señala el citado periodista Chervo que "Después de la firma del Acuerdo, se realizó una ceremonia religiosa en la Capilla de San Nicolás, con la presencia de los gobernadores y la gente del pueblo que acompañaba al acto. La misa la ofició el sacerdote Juan José Unzueta, quien meses después perdió la vida debido a la explosión del polvorín que destruyó la primitiva capilla, y dio origen a la actual Catedral.

La música de la misa fue ejecutada en un órgano nada menos que por el célebre Juan Pedro Esnaola, quien años después hará los arreglos musicales a nuestro Himno Nacional".

La antigua casa requería, como es lógico suponer, urgentes restauraciones, realizándose los trabajos entre los años 1934 y 1936, finalizados los mismos, por decreto del Poder Ejecutivo Nacional del 14 de mayo fue creado el Museo y Biblioteca de la Casa del Acuerdo de San Nicolás, inaugurándose oficialmente el 16 de octubre de 1937, con la presencia del entonces presidente de la República, el general Agustín P. Justo. Posteriormente se construyó un moderno edificio anexo a la Casa, que amplía las instalaciones del Museo, con un comfortable salón de conferencias y otras dependencias.

Eran como puede apreciarse, las crónicas risueñas de la época, pero no por ello exentas de un trasfondo político, ya que con este gobernador, juntamente con los demás que mantenían sus cargos después de Caseros, por lo que obviamente habían manifestado reiteradamente su adhesión a Rosas, Urquiza intentaba organizar el país.

Es que las posiciones se perfilan hacia un mismo objetivo: la organización del país; pero unos querían hacerla desde el puerto de Buenos Aires; mientras que los otros la emprendían desde la Confederación.

Así se iban tejiendo en aquella Buenos Aires las pasiones de los hombres que no se decidían a emprender con fuerza y convicción el camino incierto y áspero de la organización institucional de la República. Por fin el Acuerdo es aprobado el 31 de mayo de 1852 por los gobernadores. En la Legislatura de Buenos Aires estalla el conflicto.

El Acuerdo pone en una mano de Urquiza la espada y en la otra el dinero, dirá Mitre en la ardorosa discusión parlamentaria. La concentración en sus manos del poder político y el mando militar era como una irresistible tentación de ejercerlos en forma arbitraria. ¿Lo ejerció así el general Urquiza?; ¿o lo intentó con el exclusivo propósito de culminar su obra con la sanción de la Constitución y la organización nacional, aunque para ello debía someter a la orgullosa y rebelde Buenos Aires?

Sus calles se pueblan de rumores y los hombres que dirigen la política exponen sus ideas casi todas contrarias a Urquiza y al Acuerdo; desde las columnas de "Los Debates" o del "Nacional" se excitan las expectativas; y a dichos comentarios se suman los que aparecen en "El Progreso" o en "El federal" para completar el cuadro conflictivo y de incertidumbre.

En acalorados debates, la Legislatura de Buenos Aires resuelve rechazar el Acuerdo, no obstante los mesurados argumentos que exponen los ministros Juan María Gutierrez, Vicente F. López o Benjamín Gorostiaga, frente a los enfervorizados discursos de Vélez Sarfield, y de Mitre, entre otros. Urquiza disuelve la Legislatura.

A partir de entonces, puede afirmarse que el país dividido se enfrenta durante casi diez años a una dura y agitada controversia, que se apaciguará recién en 1862 al asumir el general Bartolomé Mitre como presidente de la Nación.

6. Los hombres se enfrentan en duras polémicas

A los acontecimientos políticos que van jalonando la historia de esta época, se suman las agrias y agudas polémicas que mantienen los hombres protagonistas del proceso constitucional.

Sarmiento, quien había sido el entusiasta boletínero del Ejército Grande, acompañando a Urquiza en su campaña que culminará en

Caseros, se enfrenta decididamente con el vencedor de Rosas y emprende nuevamente el camino del exilio; y desde Montevideo y luego desde Chile, comenzará su oposición, no solamente contra Urquiza sino principalmente contra Alberdi, en su clásica polémica registrada en las cartas que se entrecruzan ambos: Las Ciento y Una de Sarmiento y las Cartas Quillotanas de Alberdi.

La publicación de las "Bases..." en Chile provoca elogiosos comentarios al recibo de ejemplares en Buenos Aires, especialmente la segunda edición en la cual Alberdi acompaña un proyecto de Constitución. Los periódicos porteños anuncian que la obra "no podía llegar más a propósito para contribuir a la obra de la organización nacional" ("El Nacional" del 23 de agosto). Iguales elogios recibe de los diarios chilenos, como "El Mercurio", "El Diario de Valparaíso", entre otros, a lo que se agregan los comentarios de los amigos de Buenos Aires al acusar recibo del ejemplar remitido por Alberdi.

Entre éstos no podía faltar don Domingo Faustino Sarmiento, quien en carta enviada a Alberdi desde Yungay el 16 de septiembre de 1852 (Sarmiento se había autoexiliado a Chile y permanece entre 1852 y 1855) le expresa alborozado: "Su constitución es un monumento. Usted halla que es la realización de las ideas de que me he constituido apóstol. Sea, pero es usted el legislador del buen sentido bajo las formas de la ciencia. Usted y yo, pues, quedamos inexorablemente ligados, no para los mezquinos hechos que tienen lugar en la República Argentina, sino para la gran campaña sudamericana, que iniciaremos o más bien terminaremos dentro de poco... De todos modos su constitución es nuestra bandera, nuestro símbolo, así lo toma hoy la República Argentina, yo creo que su libro va a ejercer un ejemplo benéfico..." (ver: MAYER, Jorge A.: "Alberdi y su tiempo"; Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 431).

Pero el sanjuanino no puede con su genio; y enciende la polémica desde la publicación de su escrito que titula "Campaña en el Ejército Grande Aliado de Sud América"; el 12 de noviembre de 1852 y luego de dirigirse a Alberdi: "Querido Alberdi", critica su actitud desde el sitio a Montevideo en 1843, con expresiones que éste considera ofensivas, y el incidente estalla violentamente.

"Me ha dedicado una publicación baja y loca —expresa Alberdi— y me dirige insultos que me han decidido no a repetirlos sino a estu-

diarlo a él, con respecto y dignidad en sus obras anteriores y presentes, en su tendencia nueva...”.

También Sarmiento ataca a Urquiza, no faltaría menos, y le reprocha: “Muy socialista es sin duda no casarse, y tomar hoy una compañera y mañana otra, y ostentar dos o tres en público, no sólo en la casa de gobierno en su provincia, sino llevarlas a Buenos Aires” (MAYER: ob. cit., p. 442).

Durante el verano —enero y febrero de 1853— Alberdi encontrándose en la localidad de Quillota comienza la redacción de unos escritos “en la quinta de Sarratea, entre los ramajes de chirimoyos y el fresco murmullo de las aguas...” que titula “Cartas sobre la prensa y la política militante de la República Argentina”, los cuales son conocidos como las cuatro cartas “Quillotanas”. Con tono un tanto mordaz, Alberdi emplea sus expresiones como esgrimiendo un estilete florentino con la punta perfumada; y una última, publicada en sus “Escritos Póstumos”, Tomo XII.

Y ahí estalla Sarmiento. “Las Ciento y Una” escritas entre 13 de abril y el 5 de mayo de 1853, recogen la furia estilista contra Alberdi: “Allá (en Chile) no lo conocieron nunca ni le reconocen otra cosa que escritor de periódiquines, La Moda, Figarillo, compositor de minuets y templador de pianos, que era un ganapán antes de hacerse abogado en Montevideo...”. Pero ahí no se detiene. Se refiere a una carta que Alberdi le envía y le reprocha: “...contestó usted una carta que es el modelo, no ya del hipócrita, ni del gazmoño, sino del tonto estúpido, que no sabe medirse en las mentiras, que no sospecha que causa náuseas...”. Le reprocha su actividad en los periódicos de Chile, al mismo tiempo que las ocupaciones del oficio (se refiere al desempeño de la misión que Urquiza le encomendó a Alberdi) que no le dan tiempo para nada, “que sus hombros de mosquito, que la falta de tiempo, que la hi. de p. que lo tiró de las patas...”. ¡Casi nada! “La manga ancha de la voz práctica ocurre a cada momento en El Diario, en las cartas, en la Opera bufoseria de Quillota. ...Mentiras, mi doctor, alma y cara de conejo como tendré en adelante ocasión de probárselo”. “Explota usted en hora buena a los hombres: siga usted su sistema práctico; pero no me atribuya doblez ni engaño, ni se jacque el insolente deslenguado de haber roto una arma oculta de emulación...” (SARMIENTO: Obras Completas; tomo XV; Las Ciento y Una; Ed. Universidad Nacional de La Matanza; Buenos Aires, 2001; ps. 97 y sigtes.).

Después de sancionada la Constitución Nacional, la polémica continúa. Al "Comentarios de la Constitución de la Confederación" publicado en un libro de 254 páginas, que se editó en Santiago de Chile en septiembre de 1853, Sarmiento sostiene que si bien no criticaba la labor desarrollada por los constituyentes, opinó que hubiera sido preferible copiar "poco más o menos, la Constitución de los Estados Unidos...".

Por último, Alberdi publica su "Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853" editado en Valparaíso en 1854, en los que explica, entre otras cosas, que "La República Argentina no ha copiado literalmente su Constitución a Estados Unidos. Todo es diferente en las dos Constituciones argentina y norteamericana respecto de la organización del gobierno, por más que la forma federal, que les es común, las asemeja a los ojos del observador inatento y superficial".

Hemos intentado extraer algunos comentarios anecdóticos a estas expresiones para darles un tono colorido, registrando los extremos a los que a veces llegan los protagonistas de un mismo proceso, cada cual con sus pasiones, sus opiniones y actitudes; pues el rigor científico del análisis de los acontecimientos ya ha sido realizado por los historiólogos, cada uno según su particular enfoque metodológico y de acuerdo con la corriente ideológica en la que ubique su investigación.

7. Por fin, el Congreso General Constituyente

El rechazo del Acuerdo de San Nicolás por decisión de la Legislatura de Buenos Aires no detiene la enérgica voluntad de los hombres que responden al proyecto de Urquiza, de reunir cuanto antes el ansiado Congreso General Constituyente para comenzar la ardua tarea de redactar la Constitución que diera el marco institucional de la República, en cumplimiento de lo convenido en el mencionado acuerdo, en el sentido de que la Constitución a sancionarse debía adoptar inexorablemente el sistema federal del Estado y que todas las provincias estarían representadas igualmente por dos diputados por cada una. (art. 5º del Acuerdo).

Vencidas pues todas las dificultades, el director provisorio de la Confederación, el general Justo José de Urquiza, dictó el decreto del 8 de noviembre por el cual "hallándose ya reunidos los diputados de las doce provincias confederadas, convocadas al congreso general cons-

tituyente, con arreglo a las disposiciones del Acuerdo del 31 de mayo en San Nicolás de los Arroyos"; y "considerando que es una necesidad urgente para la República, proceder a la instalación del congreso general de la Nación, en conformidad con el voto uniforme de todos los pueblos argentinos", se dispone que "el congreso general constituyente de la Confederación Argentina será instalado solemnemente por el director provisorio en el día 20 del presente mes, en la ciudad de Santa Fe".

La ciudad de Santa Fe de la Vera Cruz, por aquella época, era un modesto pueblo de varias cuadras de ancho y de largo, sobre la margen del río Paraná; y como todas las poblaciones, la vida social e institucional se desarrollaba alrededor de la plaza Mayor, con el histórico Cabildo y las dos iglesias, la Matriz y la Mayor.

"Las casas eran bajas, la mayoría de adobe...; en los fondos bajo la ramada de cañas y azahares, las negras esclavas pisaban maíz con mortero de algarrobo. Una sola casa, la de Bartolomé Zavalía, tenía aljibe con agua fresca y límpida; otras pocas altillo y mirador para otear las incursiones de indios y caudillos..." (MAYER, Jorge M.: ob. cit., p. 448).

Como podrá advertirse, por aquella época no existían hoteles en Santa Fe, por lo que los diputados consiguieron hospedajes en los conventos y en los altos del negocio de alfajores Marengo, que era el obligado lugar de reunión de la sociedad de ese tiempo; allí se ubicaron Gutierrez y Gorostiaga; y las versiones que circulaban por aquel entonces aseguraban que algunos de ellos, caballeros casaderos, eran de algún modo asediados por las distinguidas damas de las mejores familias de la sociedad; tanto es así que se decía que Juan María Gutierrez almorzaba en la casa de Misia Manuela Díaz de Andino y a su vez visitaba la casa de la familia de los Cullen. Pronto se anunció el compromiso de tres diputados: Gutierrez con Gerónima Cullen; Zavalía con Emilia López y Luciano Torrent con Severa Zavalla.

Las tardes eran largas y apacibles; algunos salían a pescar, otros a cabalgar o a visitar a sus recientes amigos; y algunas noches entretenidas tertulias y bailes.

Pero no pudieron doblegar al retraído diputado Gorostiaga, de quien se decía que se encerraba en su habitación de los altos de la alfajore-

ría Marengo y entre alfajores de distintos gustos que cortésmente le ofrecían los dueños, redactaba durante aquellas noches calurosas el texto del proyecto constitucional. (SAENZ QUESADA, María: "La República dividida", p. 88 – MAYER, Jorge M.: ob. cit., p. 453).

Los diputados se reunieron en las modestas instalaciones del viejo Cabildo; eran al decir de los historiadores que investigaron este tema, "hombres sensatos y probados, lo mejor que podía ofrecer el país". Allí estaban Juan María Gutierrez, Salvador María del Carril, Juan Francisco Seguí, Manuel Leiva, Martín Zapata, Salustiano Zavallá, el general Pedro Ferré, Pedro Díaz Colodrero, José Benjamín Gorostiaga, Juan del Campillo, entre otros, como no podían faltar los curas criollos, el presbítero Benjamín Lavaisse, fray José Manuel Pérez y el padre Zen-teno.

La primera sesión preparatoria se realiza el 15 de noviembre de 1852, inaugurándose las sesiones el día 20 con la presencia del gobernador de Santa Fe don Domingo Crespo, en un acto solemne, con el desfile de un batallón de Cívicos, con salva de artillería, "mientras tañían las campanas de las iglesias y conventos..."

Durante dicha sesión, presidida por el diputado don Facundo Zuviría, se tomó juramento a los asistentes, de acuerdo con la fórmula sancionada, cuyo texto registra Ramón J. Cárcano: "En presencia de Dios juro a la Patria por estos santos evangelios, desempeñar, según los dictados de mi conciencia, el cargo de diputado al Congreso nacional constituyente, emplear todos mis esfuerzos para dar a la nación la constitución más conforme a sus necesidades y a sus votos con arreglo a los pactos existentes, sostener la nacionalidad argentina, proponiendo al mismo tiempo a consolidarla por la fraternidad de todas las provincias, por el amor recíproco de todos sus hijos, por la conservación de su libertad íntima, independencia exterior e integridad territorial, y por el progreso moral, intelectual y material que caracteriza la civilización". (CARCANO. Ramón J.: "Del sitio de Buenos Aires al campo de Cepeda", ob. cit., p. 190).

El gobernador de Santa Fe, designado delegado del Director, general Urquiza, solicitó permiso para que el señor ministro de Relaciones Exteriores leyera el discurso inaugural; concluida éste, se proclamó en alta voz instalado el Soberano Congreso General Constituyente; acto seguido, el presidente Zuviría pronunció su discurso, comenzando con

estas palabras: "Acabamos de jurar solemnemente llenar las condiciones de nuestro mandato consignadas en la fórmula de este juramento, que será la eterna acta de nuestra acusación en caso que infrinjamos la menor de sus cláusulas, que traicionemos el menor de nuestros compromisos..."

"Desde este momento, Señor, los destinos de nuestra Patria se engrandecen, sus esperanzas se dilatan, y el porvenir de nuestros hijos no será ya el problema que amargue nuestros últimos días, ni nos arrastre el sepulcro sin el consuelo de legarles una patria libre, feliz y gloriosa..." (ASAMBLEAS CONSTITUYENTES ARGENTINAS, Tomo Cuarto, Buenos Aires, 1937, ps. 411 y sigtes.).

Como podrá advertirse, no podemos registrar los detalles de este histórico Congreso, pues excedería el carácter de esta expresión de homenaje, pues todo ha sido debidamente registrado en la monumental obra "Asambleas Constituyentes Argentinas", dirigida por el doctor Emilio Ravignani, director entonces del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, de obligada e insustituible consulta, a la que nos remitimos.

Un dato interesante es digno de destacar: cuál era el bagaje de documentos y bibliografía con que contaban los constituyentes, ya que como era lógico suponer, no existía biblioteca ni otros documentos que sirvieran de antecedentes y consulta. Las versiones de la época registran que apareció un ejemplar del *Federalista*, obra que fuera publicada en los Estados Unidos de América del Norte en 1788, cuyos autores, los doctores Hamilton, Madison y Jay, recopilaron los artículos periodísticos que se referían a los comentarios producidos de la Constitución de ese país. También las versiones comentaban que dicho único ejemplar se extravió rápidamente, por lo que los constituyentes debieron conformarse con lo poco que se había reunido; pero, nada menos que el ejemplar de las Bases de Alberdi, en cuya segunda edición se había incluido su proyecto de Constitución, además de la Constitución unitaria de 1826, el tratado de 1831 y desde luego el Acuerdo de San Nicolás.

Con tales documentos los constituyentes comenzaron su misión, y la Comisión Redactora designada para redactar el proyecto, integrada por los diputados Leiva, Gutierrez, Gorostiaga, Colodrero y Ferré, según lo resuelto el 24 de diciembre, fue completada después

por los diputados Zapata y Derqui, reemplazado este último por Campillo.

La Comisión presentó su proyecto en la sesión del 18 de abril acompañado por un informe explicativo, el que fue informado por los miembros de la Comisión Gutiérrez y Gorostiaga, en la sesión del 20 de abril.

Pero, sorpresivamente, apareció el presidente del Congreso, el diputado Zavalía con su discurso que paralizó la sangre de todos, produciendo estupor y desconcierto, como si se hubiera arrojado una piedra incandescente en medio de la sala. ¿Cuál fue dicho discurso y cuál el argumento esgrimido?, largo y tedioso, leído de acuerdo con lo resuelto, en la sesión del día 20 de abril.

Don Facundo Zuviría argumentaba que debía aplazarse para una oportunidad más propicia la sanción y promulgación de la Constitución.

Decía que “Toda Constitución inoportunamente dada, solo sirve para forjar las cadenas del despotismo o afilar los puñales de la anarquía, antes que establecer el suave imperio de la ley”. “Que dar a los pueblos fuera de oportunidad y sin los medios de asegurarla, es arrojar en su seno una tea encendida que los devore y consume”. “Que los ensayos de Constitución cuando los pueblos no están preparados para ellos, en vez de ensayos son catástrofes que los hunde en un abismo de males; son pararrayos mal contruidos que atraen el fuego eléctrico, sin preservarnos de él...”. (“Asambleas Constituyentes Argentinas”, ob. cit., tomo cuarto, 1827-1862; p. 467 y sigtes.).

Concluida la lectura del discurso se pasó a un cuarto intermedio; y reanudada la sesión el diputado Gutiérrez pidió la palabra, para contestar algunos argumentos del discurso que se acaba de leer, en su carácter de miembro de la Comisión Redactora del proyecto que se había presentado. Y expresa en su luminosa intervención la frase que se ha hecho famosa, pues sintetiza el pensamiento de los hombres que como él, integraron la valiosa generación del 37: “La Constitución no es una teoría, como se ha dicho; nada más práctico que ella; es el Pueblo, es la Nación Argentina hecha ley, y encerrada en ese Código que encierra la tiranía de la ley, esa tiranía santa, única a que yo y todos los argentinos nos rendimos gustosos. Los Pueblos nos la piden con exigencia, porque ven en ella su salvación; y es por otra parte la oportunidad más aparente para dársela; debemos hacerlo sin pérdida

de tiempo; y pretender su aplazamiento, es una acción que no me atrevo a calificar" (ASAMBLEAS CONSTITUYENTES, ob. cit., ps. 479/480).

Las sesiones prosiguen pausadamente, en el análisis de los artículos que componen el proyecto, hasta el 30 de abril que se dio por finalizada la consideración del mismo, aprobándose la moción del diputado Seguí para que al día siguiente el Congreso firmara la Constitución que se había sancionado.

Acto seguido, el presidente del Congreso, don Facundo Zuviría expuso en su discurso los siguientes conceptos: "Acabáis de ejercer el acto más grave, más solemne, más sublime que es dado a un hombre en su vida mortal fallar sobre los destinos prósperos y adversos de su Patria; sellar su eterna ruina o su feliz porvenir. El cielo bendiga el de esta nuestra infortunada Patria. Acabáis también de sellar con vuestra firma vuestra eterna gloria y la bendición de los pueblos, o vuestra ignominia en su eterna maldición. Dios nos salve de ella, siquiera por la pureza de nuestras intenciones..." (p. 537).

Por último, debemos destacar la participación del hasta ese momento un modesto sacerdote franciscano, Fray Mamerto Esquiú quien desde el viejo púlpito de la Iglesia Matriz de Catamarca, el 9 de julio de 1853 pronunció el recordado sermón "extraordinario en la forma y en el contenido". "La vida y conservación del pueblo argentino depende de que su Constitución sea fija; que no ceda al empuje de los hombres; que sea un ancla pesadísima a que está asida esta nave, que ha tropezado en todos los escollos, que se ha estrellado en todas las costas y que todos los vientos y todas las corrientes la han lanzado"; y concluía con estas sabias reflexiones: "Obedeced señores, sin sumisión no hay ley; sin leyes no hay Patria, no hay verdadera libertad..."

Por decreto del gobierno de la Confederación del 2 de mayo de 1854 se calificó a aquel humilde e inspirado franciscano "Orador de la Constitución de Mayo", a quien el maestro Linares Quintana en su esclarecido trabajo "Fray Mamerto Esquiú, el Orador de la Constitución", lo recuerda como el Santo de la Constitución.

8. La unión nacional – Consolidación del Estado Federal

La sanción de la Constitución en 1853 no trajo lamentablemente la paz y la unión tan ansiada; la provincia de Buenos Aires, separada de

la Confederación se erige en Estado independiente sancionando su propia Constitución en 1854. Se imponía, pues, una solución, que no se encontró por las vías pacíficas del entendimiento.

Nuevamente la lucha armada entre hermanos, y los cañones y las cargas de las caballerías en Cepeda en 1859 ponen en peligro la continuidad del proceso constitucional, salvado a duras penas con un principio de entendimiento: las partes acceden a revisar aquel texto constitucional y las enmiendas que consideran pertinentes, según lo entiende Buenos Aires; y a considerar dichas enmiendas por parte de las autoridades nacionales. El Pacto de San José de Flores marca las pautas de tal entendimiento; y así zanjadas las diferencias, el texto histórico recibe las adiciones y correcciones propuestas y aceptadas, para ser incorporadas a la Constitución, consolidándose así el Estado Federal, al fortalecer las autonomías provinciales y dejar para más adelante el espinoso tema de la ubicación de la Capital de la República, entre otras importantes cuestiones.

Por fin, puede asegurarse que el texto constitucional rige en todo el territorio del país, reincorporándose Buenos Aires al conjunto de sus hermanas para integrar el Estado Federal Argentino.

Durante las conversaciones personales que el prestigioso maestro Segundo V. Linares Quintana, tuvo la gentileza de concederme en varias oportunidades, al referirse a las reformas de 1860, opinó que ellas adquieren fundamental importancia, que tal vez no se las ha tenido en cuenta en su exacta dimensión, pues consolidó como hemos expresado el sistema federal. Por ello, hemos relacionado el homenaje a la Constitución de 1853 con la intencionada consolidación de 1860, completándose el proceso: la unión nacional y la vigencia de la Constitución como pacto de unión de todos los argentinos.

9. El valor de la Constitución histórica

Aquel proyecto de país trazado por los protagonistas, cada uno según sus aptitudes, sus luces y sus energías, se vio cristalizado en el texto de la Ley Fundamental que organizó institucionalmente este país todavía desierto, pero que tuvo la iluminada virtud de crear una Nación para los argentinos y para todos los hombres del mundo.

Por eso se impone emprender la gran empresa reparadora y revitalizadora de las instituciones de la República, reafirmando nuestra va-

puleada y maltrecha Constitución, tantas veces subestimada, ignorada y violada; pero que, a pesar de todos los ataques recibidos, de todas las infidelidades, de todas las suspensiones, no pudo ser totalmente destruida, porque ella es nada menos que el pueblo, es la Nación hecha ley como lo afirmara con emoción y elocuencia Juan María Gutierrez.

Sigue siendo para los argentinos el símbolo, porque se encuentra entronizada en el corazón de cada uno de nosotros, porque representa la dignidad de cada hombre, porque es el pacto de unión de los argentinos, y ejerce además la importante función educadora a través de su normativa, para que el hombre y el ciudadano aprendan a valorar sus derechos, comprendan las limitaciones de su ejercicio y permitir así la vida ordenada y pacífica en una sociedad en paz; señala los deberes cívicos y políticos al ciudadano para que sepa vivir en una democracia.

No hemos de señalar aquí, por no resultar oportuno, ningún proyecto prospectivo para intentar las soluciones a tantos desaciertos y desviaciones; no pretendemos extender las recetas infalibles para curar los males de nuestro tiempo, pues esos males que sufre la República no es por culpa de la Constitución, sino de los hombres que deben respetarla, cumplirla y hacerla cumplir.

El hombre instintivamente busca la paz, pues ella se encuentra ínsita en su esencialidad; se aferra a su libertad y la defiende, porque no puede concebirse su vida sino en la condición de sentirse libre; exalta la Justicia porque en ella encuentra el amparo a sus derechos y fundamentalmente a su pacífico ejercicio, como integrante y protagonista de un sistema político organizado sobre los principios que hacen posible su existencia en una república democrática.

Se impone, por fin, la inexcusable necesidad de volver a las fuentes, para recrear el proyecto organizador de la República, evocar a los precursores y fundadores, para buscar la inspiración que se halla aún esperándonos. Volver a las fuentes para encontrarnos con las ideas de Alberdi, junto a los padres fundadores, para rescatar del abandono el legado histórico y hacer realidad el sueño creativo que nos inspiraron nuestros héroes y nuestros mártires, para fraguar un nuevo tiempo en el que resulte posible vivir en nuestra querida tierra en paz, con Dios y con todos los hombres del mundo.

En este homenaje a nuestra Constitución histórica, volvamos a Alberdi, al mencionar la expresión que recuerda a Platón al referirse a la Constitución: “El arte grande del gobierno es el arte de hacer amar de los pueblos la constitución y las leyes. Para que los pueblos la amen, es menester que la vea rodeada de prestigio y de esplendor...” (Alberdi: “Bases...”; 5ª ed., Besanzon, 1856, p. 153).◆

Bibliografía Consultada

ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA: “Historia de la Nación Argentina”; 3ª ed., Buenos Aires, 1962.

—“Nueva Historia de la Nación Argentina”, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2000.

ALBERDI, Juan Bautista: “Organización política y económica de la República Argentina”, que contiene: Bases y puntos de partida...; Elementos de Derecho Público Provincial; Sistema Económico y Rentístico; De la Integración Nacional de la República Argentina; Ed. Besanzon; Imprenta de José Jacquin; Francia, 1856.

—“Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”; Ed. W. M. Jackson, Buenos Aires, 1945.

—“Escritos Póstumos”, Ed. Imprenta Europea, Buenos Aires, 1895.

—“Bases y puntos de partida para la Organización política de la República Argentina”, Edición conmemorativa de su 150 aniversario – Introducción del Dr. Jorge A. Espil, presidente de la academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas; Librería Histórica, Buenos Aires, 2000.

CAMPOBASSI, José S.: “Sarmiento y su época”, Ed. Losada, Buenos Aires, 1975.

CARCANO, Ramón J.: “De Caseros al 11 de septiembre”; Roldan Editores; Buenos Aires, 1933.

—“Del sitio de Buenos Aires al campo de Cepeda”, Ed. Coni, 1922

—“Urquiza y Alberdi”, Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1938.

- CARRETERO, Andrés: "Vida cotidiana en Buenos Aires"; tomo 1; ed. Planeta, Buenos Aires, 2000.
- ECHEVERRIA, Esteban: "Dogma Socialista"; edición crítica y documentada con prólogo de Alberto Palcos; Universidad Nacional de La Plata; La Plata, 1940.
- FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS DE LA EDUCACION: "Reforma Constitucional de 1860", Instituto de Historia Argentina Ricardo Levene; La Plata, 1961.
- FACULTAD DE FILOSOFIA Y LETRAS DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES: "Asambleas Constituyentes Argentinas", Instituto de Investigaciones Históricas, dirigido por Emilio Ravignani; Buenos Aires, 1937.
- LINARES QUINTANA, Segundo V.: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1977.
- MAYER, Jorge M.: "Alberdi y su tiempo", Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- PAEZ DE LA TORRE, Carlos: "El derrumbe de la Confederación"; colección Memorial de la Patria, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1977.
- SAENZ QUESADA, María: "La República dividida"; colección Memorial de la Patria; Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974.
- "La Argentina, Historia del país y de su gente", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2001.
- SALDIAS, Adolfo: "Historia de la confederación Argentina"; tomo III; Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1978.
- SALDIAS, Adolfo: "Un siglo de Instituciones – Buenos Aires en el Centenario de la Revolución de Mayo"; 2 tomos; Talleres de Imprenta Oficial; La Plata, 1910.
- SARMIENTO, Domingo Faustino: "Obras Completas"; Ed. Universidad Nacional de La Matanza; Buenos Aires, 2001.
- "Campaña del Ejército Grande", Ed. W. M. Jackson, Buenos Aires, 1945.

LA CONSTITUCION HISTORICA EN LAS PRIMERAS INTERPRETACIONES DOCTRINARIAS Y LA FORMACION DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

POR ALBERTO RICARDO DALLA VIA

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares sobre la interpretación de la constitución histórica. II. Los primeros doctrinarios: Alberdi, Sarmiento y Gorostiaga. III. Las polémicas doctrinarias. IV. Los debates en las Asambleas Constituyentes de Buenos Aires. V. Las primeras cátedras de Derecho Constitucional. VI. Las primeras tesis doctorales. VII. Publicaciones y otros aportes. VIII. Epílogo sobre el orador de la Constitución.

I. Consideraciones preliminares sobre la interpretación de la constitución histórica

Como es sabido, interpretar significa desentrañar el sentido y alcance de una norma, sobre todo cuando la misma es oscura u ofrece dudas o reparos en cuanto a su significado. Los alemanes suelen distinguir las cosas con proverbial contundencia: si la norma es clara, se la aplica, en cambio si la norma es oscura se la interpreta (1).

Cuando fue sancionada la Constitución Nacional en 1853 fue menester acudir a la interpretación doctrinaria así como a la difusión y conocimiento del nuevo texto, toda vez que aún no contaba con una jurisprudencia constitucional como fuente propia, debiendo recurrirse habitualmente en los primeros tiempos, tanto a la jurisprudencia como así también a la jurisprudencia norteamericana.

(1) HESSE, Konrad, "Escritos de Derecho Constitucional", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

No solamente se había cumplido en aquellos años con el anhelo de la organización jurídica y política del país que naciera con el movimiento emancipador y se frustrara en sucesivos intentos constitucionales, como los de 1813, 1819 y 1826, sino que también la organización nacional superaba largos años de luchas fratricidas, adoptando y adaptando fórmulas constitucionales específicas como lo eran el "presidencialismo" y el "federalismo", cuyo modelo originario en el derecho comparado estaba representado por la Constitución de los Estados Unidos de Norte América.

La interpretación y el análisis doctrinario de la Constitución fue desde el comienzo mismo, una necesidad política, porque lo que para algunos constituía el punto de llegada de un camino tumultuoso, era a la vez el punto de partida de la Nación Argentina, como tuviera oportunidad de expresarlo Juan María Gutiérrez en las primeras sesiones de la Convención Constituyente reunida en Santa Fe, con las siguientes palabras *"La Constitución no es una teoría; como se ha dicho; nada más práctico que ella, es el pueblo es la Nación Argentina hecha ley y encerrada en este código que encierra la tiranía de la ley, esa tiranía santa, única a que yo y todos los argentinos nos rendiremos gustosos. Los pueblos nos la piden con exigencia porque ven en ella su salvación; y es por otra parte la oportunidad más aparente para dársela; debemos hacerlo sin pérdida de tiempo, y pretender su aplazamiento, es una acción que no me atrevo a calificar..."* (2).

Para otros, en cambio, la sanción de la Constitución era un punto de ruptura, de quiebre racionalista con el pasado y las tradiciones asentadas en el orden político que se había consolidado durante la tiranía de Juan Manuel de Rosas durante la vigencia de la Federación. En ese sentido, Martínez Estrada, desde un nacionalismo exacerbado, ha calificado a la Constitución como una "mala copia" que no consideraba las que él mismo denominó "fuerzas mecánicas" y "fuerzas telúricas" (3).

En esta instancia nos parece conveniente, a los efectos de este trabajo, distinguir entre la interpretación en particular de los distintos artículos o contenidos que conforman la Constitución, interpretación

(2) RAVIGNANI, Emilio, "Asambleas Constituyentes Argentinas", vol. IV, p. 48.

(3) MARTÍNEZ ESTRADA, Ezequiel, "Radiografía de la Pampa", Losada.

que en general realizan los jueces y tribunales cuando deben resolver casos donde se ven involucradas cuestiones constitucionales simples o complejas, o bien la doctrina cuando estudia o explica aspectos particulares de la norma constitucional (vgr.: el derecho de propiedad o el debido proceso), de la interpretación de la Constitución como un todo.

Esto último va dicho sin perjuicio del principio de unidad que tiene singular importancia cuando se trata de hermenéutica constitucional. La unidad interpretativa es relevante cuando en la interpretación jurídica en general, pero lo es tanto más cuando se trata de interpretar la norma fundamental del ordenamiento, donde los principios de unidad y de supremacía adquieren singular relevancia.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho en reiterados pronunciamientos que las distintas normas de la Constitución no deben ser puestas en pugna entre sí, sino que deben armonizarse buscando que todas conserven igual valor y efecto (4).

Pero, aún así, puede ocurrir que las distintas interpretaciones se refieran a “puntos regidos por esta Constitución”, donde la interpretación judicial cobrará indisimulado protagonismo, al punto que, se ha dicho que “*La Constitución es lo que los jueces dicen que es*”. En la actualidad se abona esa tendencia con la llamada doctrina de la “constitución viviente” (*living constitution*) (5), pero sería justo señalar que desde los primeros fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos, su *Chief of Justice*, John Marshall enfatizó por parte de los jueces la interpretación de una norma particularmente “abierta”, destinada a sobrevivir varias generaciones (6).

Pero aquí no nos estamos ocupando de la interpretación de cuestiones particulares regidas por uno o más puntos de la Constitución bajo la perspectiva del principio de unidad o de supremacía, sino de la interpretación de la constitución como unidad, en sí misma. Se trata, en definitiva, de determinar su modelo, su ideología, el *telos* de la

(4) Ver fallo C.S.N. “Sofía, Alberto” de 1960, entre tantos otros.

(5) SAGÜES, Néstor Pedro, “La interpretación judicial de la Constitución”, Depalma, Buenos Aires.

(6) Caso “Mac Culloch v. Maryland”, 1813.

Constitución como unidad y no como proyección del principio de unidad. El tema así planteado nos llevará, fatalmente, al problema de la ideología o del contenido de la Constitución.

En el caso "Eduardo Sojo" (1887) la Corte señalaba: "*El palladium de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el 'palladium' de la libertad es la constitución, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales, cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser objeto primordial de las leyes, la condición esencial de la justicia federal*".

De lo dicho hasta aquí, resulta lógico concluir que las primeras interpretaciones doctrinarias de la Constitución Nacional fueron las de los juristas y publicistas contemporáneos a la sanción de la misma y que, en buena medida, tales interpretaciones se dirigieron a arrogarse el derecho de una interpretación "auténtica", no en el sentido técnico que tiene el término, pero sí tratando de marcar el *indirizzo* (dirección) o el *telos* (finalidad) de la constitución.

De esa manera, en una primera línea de tempranos "intérpretes doctrinarios" de la Constitución Nacional podemos ubicar a Juan Bautista Alberdi, Domingo Faustino Sarmiento y José Benjamín Gorostiaga. A partir de ellos iría naciendo la doctrina de la Constitución y el desarrollo y evolución del constitucionalismo argentino.

II. Los primeros doctrinarios: Alberdi, Sarmiento y Gorostiaga

Sabida es la importancia que tuvieron las "Bases" de Alberdi en la sanción de la Constitución de 1853, en especial la segunda y tercera edición de la obra, que también contenían el *Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas*. Ello sin perjuicio de la encendida polémica destinada a determinar qué incidencia real tuvo aquel proyecto frente a las fuentes consideradas originarias, como el *Esbozo* y el *Proyecto* elaborados por Benjamín Gorostiaga, y a otros antecedentes, entre los que se destaca la Constitución de 1826, la Constitución de los Estados Unidos y, en el ámbito doctrinario, los textos de "El federalista", de Hamilton, Madison y Jay, así como la obra del constitucionalista italiano Pellegrino Rossi.

De ese modo, en una serie de artículos publicados en el diario "*La Nación*" de Buenos Aires, Bartolomé Mitre relativizaba la influencia

que habría tenido Alberdi en el texto finalmente aprobado de la constitución, sin perjuicio de dejar a salvo el esfuerzo y la vocación patriótica que el mismo pusiera en la causa.

El sentido periodístico que imperaba en aquellos años llevaba a los diarios a convertirse en foros de debates y difusores de ideas; en tal sentido, el propio Mitre había concebido a "*La Nación*" como una *tribuna de doctrina* y fue dentro de ese marco conceptual en que se difundió esa importante serie de artículos. Fue después de sancionada la Constitución de 1853 cuando Alberdi publicara el "*Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*", y lo hace, precisamente, para interpretar el texto de la constitución cuya inspiración reivindicaba.

Sucede que, a poco de sancionada la constitución, comenzaron las polémicas con respecto a su autoría y a quién o a quiénes fueron los autores que más influyeron en la misma. Particularmente, con respecto al contenido económico de la Constitución, se ha resaltado la influencia que tuviera Mariano Fraguero, quien fue Ministro de Hacienda de la Confederación al tiempo de reunirse la Convención Constituyente.

Así se ha dicho que, las dos obras más conocidas de Fraguero que fueron "*Cuestiones Argentinas*" y "*Organización del Crédito*" eran bien conocidas por los constituyentes e influyeron en la redacción de distintos artículos del texto definitivo, especialmente los de contenido económico, como los referidos a adunas, moneda, creación del banco nacional, derecho de propiedad y otras cuestiones importantes como la referente al trato con los indígenas.

No solamente tuvo influencia la obra de Fraguero en la convención, sino que fue la propia convención reunida en Santa Fe la que siguió sesionando como legislatura ordinaria una vez concluida la labor constituyente, a fin de dar sanción a las primeras leyes constitucionales. Lo cierto es que muchos historiadores reconocen la sanción por la misma Asamblea de ese conjunto de leyes primeras, que partían de la supremacía de la Constitución y que tendían a fundar sobre bases sólidas y dar desarrollo a la nueva República.

Entre tales normas estuvo la primer ley económica de la nación que no fue otra que el denominado *Estatuto para la Hacienda y el Crédito*,

preparado por el propio Ministro de Hacienda, Dr. Mariano **Fragueiro** y destinado, entre otros aspectos, a regularizar la situación de los empréstitos contraídos por la Confederación y que ahora debía asumir la Nación.

El caso es que los historiadores reconocen en Mariano **Fragueiro** un perfil ideológico más proteccionista que el liberalismo de Juan Bautista **Alberdi**. Como cordobés formado en tiempos de la colonia y del derecho patrio, sin mengua de su compromiso con la causa americana, Mariano **Fragueiro** abogaba por la defensa de las economías del interior.

De allí que el *Sistema Económico y Rentístico* de **Alberdi** confronte marcadamente con el modelo colonial hispánico, reivindicando a los "clásicos" que su autor había leído muy bien. En la magnífica introducción de esa obra, **Alberdi** reivindica el ideario demo-liberal de la constitución invocando expresamente el principio del "*laissez faire, laissez passaire*" de los fisiócratas y de Juan Bautista **Say**, para hacer una encendida defensa de la que llama "Escuela Industrial" de Adam **Smith**, a la que califica como "doctrina de la libertad", afirmando que, a esa doctrina y no a otra pertenece la Constitución de la Nación Argentina y que es sólo dentro de esa doctrina que debe ser interpretada, no correspondiendo buscar otras interpretaciones fuera de ella.

El impacto de la interpretación doctrinaria alberdiana de los aspectos económicos de la Constitución fue muy fuerte y su contundencia contribuyó a afirmar el modelo agroexportador de la generación de 1880. En un libro de reciente publicación, Juan José **Sebrelli** sostiene que los hombres del '80 fueron los hombres de acción que desarrollaron las ideas de la generación de 1837 donde se destaca el pensamiento de **Echeverría**, de **Sarmiento** y de **Alberdi**.

El debate sobre el contenido económico de la Constitución es, sin embargo, un debate inconcluso, ya que tanto el modelo liberal como los ensayos populistas, nacionalistas y desarrollistas que se intentaron a lo largo de nuestra historia como Nación, argumentaron encontrar fundamento.

Un acuerdo tácito ha llevado a sostener, como afirmaba Carlos **Nino**, que la amplitud de las cláusulas económicas permitían albergar en su seno distintos planes económicos de distinta dirección ideológica. Sin

embargo, a poco que se analice el énfasis determinante de **Alberdi** y la convicción de **Fragueiro**, podrá advertirse que tal elasticidad interpretativa nunca estuvo en su ánimo y que tal amplitud derivó a la postre en una pérdida de rumbo que dio cobijo a todo tipo de doctrinas justificatorias; entre ellas, la llamada doctrina de la emergencia económica.

La influencia de Domingo Faustino **Sarmiento** en la interpretación doctrinaria de la Constitución es muy importante y notable, aunque su causa política, que lo llevara a la Presidencia de la Nación y su condición de escritor destacado hayan en parte eclipsado su papel como constitucionalista.

Tuvo a su cargo el primer curso sobre la Constitución Nacional sancionada que se dictara en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, curso que fue preparado en base a sus "*Comentarios a la Constitución Nacional*", escrito en 1853 y, por ende, la primera obra docente sobre la Constitución Nacional. Cabe recordar que, como Ministro Plenipotenciario de la Confederación en los Estados Unidos de Norteamérica, tuvo oportunidad de conocer la obra de Joseph Story, y en base a esos "comentarios" es que se inspiró en la realización de una obra similar para la Argentina, aún cuando **Sarmiento** no tenía en materia de interpretación constitucional la experiencia de Joseph Story, quien acompañó en su tiempo, como *justice* la tarea del célebre *Chief of Justice* John Marshall en la Suprema Corte del país del norte, durante alrededor de treinta años.

Las interpretaciones de **Sarmiento** volcadas en aquellos comentarios no estuvieron ausentes de polémicas. En ese sentido, de manera especial merece destacarse aquella muy célebre que entablara con **Alberdi** con motivo de la interpretación que el primero hacía del Preámbulo y del valor que, en su caso, cabía otorgarle al derecho norteamericano.

Sostuvo enfáticamente **Sarmiento** que el preámbulo de nuestra constitución *adoptó* la letra del preámbulo de la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica "...*haciendo a un lado innovaciones novedosas y renunciando a toda pretensión de originalidad...*", concluyendo que la Constitución, en sí misma, era una "adaptación" de aquella constitución.

Concluía, además, que el preámbulo de nuestra Constitución encierra un cuerpo de doctrina que se desarrolla del siguiente modo: “...Por él —el preámbulo— el derecho constitucional norteamericano, la doctrina de sus estadistas, las declaraciones de sus tribunales, la práctica constante, en los puntos análogos o inéditos, hace autoridad en la República Argentina, pueden ser alegadas en juicio, sus autores citados como autoridad reconocida, y adoptada su interpretación genuina de nuestra Constitución...” (7).

Explica el propio autor de los “Comentarios” que “...en los puntos idénticos o análogos de ambas Constituciones federales hay que atenerse estrictamente a las doctrinas, la jurisprudencia y la experiencia del modelo, porque sería ridículo pretender que las mismas ideas, expresadas con las mismas palabras para fines idénticos, hubieren en nuestra Constitución de producir diversos resultados, o tener significado distinto”.

Sarmiento aconseja lisa y llanamente la imitación de la doctrina de la Constitución de los Estados Unidos, al afirmar que “...una redacción del preámbulo revestida de mera fraseología o perifraseda y apartada de su letra actual, habría dejado a la especulación nociva de nuevos estadistas, o a las tentaciones una práctica incipiente, el fundar la legítima interpretación que debe darse a los conceptos y frases, dando así entrada al arbitrario de las opiniones y a los errores de la inexperiencia...”.

Estas afirmaciones que parecen tan contundentes, en buena medida se explican por el método comparado que siguió en sus comentarios y por la adopción del modelo federal norteamericano a modo de síntesis histórica y superadora de las luchas civiles entre “unitarios” y “federales” como propuesta genuina de la generación de 1837, originada en la “Ojeada retrospectiva” de Esteban Echeverría y continuada tanto en la obra intelectual de Juan Bautista Alberdi como del propio Domingo Faustino Sarmiento.

Ese pensamiento, que animó e inspiró a los convencionales constituyentes reunidos en Santa Fe se vio sintetizado en el dictamen de la Comisión de Negocios Constitucionales que redactaran José Benja-

(7) SARMIENTO, Domingo Faustino, “Comentarios a la Constitución Nacional”, Buenos Aires, Ed. América Unida, con prólogo de Clodomiro ZAVALIA, p. 53 y sigtes.

mín **Gorostiaga** y **Juan María Gutiérrez** y, muy especialmente, por la presentación del proyecto por parte del primero de los nombrados, en su calidad de miembro informante, oportunidad aquélla en que pronunciara su famosa frase en cuanto a que la Constitución de la Nación Argentina estaba “vaciada” en el molde de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

De allí también que en los primeros tiempos, la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos cobrará un papel fundamental en la interpretación de nuestro Derecho Constitucional por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo prácticamente irrelevante la mención de jurisprudencia nacional y, tanto menos, las referencias de doctrina.

Así destaca, con razón **Vanossi**, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina tomó inicialmente las palabras de **Sarmiento** con tal fidelidad que, siguiendo su consejo, en una causa vinculada con la interpretación y alcance de los privilegios parlamentarios (8) declaró, con la firma —entre todos— de **José Benjamín Gorostiaga**, que había sido constituyente en 1853: “...*El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra: Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares...*” (9).

Agrega el propio **Vanossi**, que nuestra Corte Suprema ha morigerado tan rotunda afirmación a través de ulteriores pronunciamientos, en los que trasluce una mayor adecuación de su doctrina a las singularidades de la norma constitucional. Así, por ejemplo, con motivo de una fallo acerca del inciso 18 del artículo 75 (anterior artículo 67 inciso 16) que contempla la llamada “cláusula del progreso” —norma que no reconoce un precedente semejante en el modelo de Filadel-

(8) Caso “Lino De la Torre”, Fallos: 19:231 del 21 de agosto de 1877.

(9) **VANOSI**, Jorge Reinaldo A., “La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América en la Constitución de la República Argentina”, separata de la Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, diciembre de 1976.

fia— ha dicho que “...*Si bien es cierto que hemos adoptado un gobierno que encontramos funcionando, cuyos precedentes y cuya jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es que en todo lo que expresamente nos hemos separado de aquél, nuestras instituciones son originales y no tienen más precedentes y jurisprudencia que las que se establezcan en nuestros propios tribunales...*” (10).

De lo dicho en estos párrafos recientes puede concluirse que las citas de jurisprudencia norteamericana eran una referencia de doctrina obligada en los primeros tiempos, tendencia que se fue invirtiendo en la medida en que fue tomando desarrollo una jurisprudencia constitucional propia o vernácula.

En algunos párrafos anteriores, señalábamos también a José Benjamín **Gorostiaga** como uno de los primeros intérpretes de la Constitución Nacional sancionada en 1853. Sabida es su destacada intervención como convencional constituyente y como miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales que redactara el *proyecto* de constitución, que en buena medida se traduciría en la Constitución Nacional finalmente sancionada.

En ese mismo sentido, se ha también destacado la gran importancia que el *esbozo* de **Gorostiaga**, consistente en una serie de apuntes y anotaciones del autor, ha tenido para redactar la constitución. La influencia del diputado constituyente por Santiago del Estero ha sido especialmente marcada en la redacción del preámbulo y de la parte orgánica, como lo ha demostrado **Vanossi** en un profundo estudio sobre el mencionado redactor de la constitución (11).

Pero no es nuestro propósito el destacar la actuación de **Gorostiaga** como redactor, sino como intérprete de la constitución. El propio **Vanossi**, en la obra mencionada, ha concedido a **Gorostiaga** el rol de “intérprete auténtico” de la Constitución, toda vez que habiendo sido redactor de la misma, le tocó después aplicarla como Juez y Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(10) Caso “Ferrocarril Central Argentino c/ Provincia de Santa Fe”, Fallos: 68:234, del 9 de julio de 1897, que suscriben Benjamín Paz, Luis V. Varela, Abel Bazán, Octavio Bunge y Juan E. Torrent.

(11) VANOSSE, Jorge Reinaldo A., “La influencia de José Benjamín Gorostiaga en el Derecho Constitucional Argentino”, Pannedille, Buenos Aires, 1970.

En tal sentido, se ha destacado que pocos casos iguales se han repetido en la historia constitucional, mereciendo mencionarse entre los más significativos, los casos de José Benjamín **Gorostiaga** y de Salvador María **del Carril** en nuestro país, y el Hans **Kelsen** en la Corte Constitucional de Austria, que el jurista vienés proyectar en la Constitución de 1820 (12).

Señala **Vanossi** que "...El largo tránsito de **Gorostiaga** en la Corte Suprema demuestra inequívocamente que era un apasionado protagonista de esta alta función constitucional; nada pudo apartarlo de su vocación madura, ni aún la seductora posibilidad de retornar a la militancia política; ¿Qué mejor prueba de ello que su renuncia al cargo de senador nacional, para el que había sido electo en 1883, en representación de su provincia natal, o más aún, el gesto de resignar la candidatura presidencial que le ofrecen tres años después, en 1886; y todo para continuar en el silencio del quehacer judicial, que sólo se exterioriza por la voz de los fallos; ¿Qué prueba difícil de sortear para otros, cuando median desplantes que no se compadecen con la vida circunscripta del juez! (13).

Aquí cabe hacer una digresión con referencia a la llamada "interpretación auténtica" y al valor que cabe darle a la misma dentro del Derecho Constitucional. Se llama interpretación auténtica a la que realiza el propio autor de la norma y la misma es de mucha importancia para la interpretación de las leyes donde ante la oscuridad o ambigüedad de un texto corresponde aplicar el criterio hermenéutico que manda desentrañar la llamada "intención del legislador"; nadie mejor que el propio autor de una norma para explicar cual fue su intención.

Pero el derecho Constitucional tiene peculiaridades hermenéuticas que le son propias (14) toda vez que la Constitución se interpreta "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" y a la especial relevancia que se otorga en esta materia a la jurisprudencia de la Corte Suprema, así como a la doctrina de los constitucionalistas, siendo así

(12) VANOSI, op. citada.

(13) VANOSI, op. citada.

(14) DALLA VIA, Alberto Ricardo, "Derecho Constitucional Económico", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, Capítulo V.

que, si bien los debates de las convenciones constituyentes están revestidos de un importante valor histórico, pero no son, necesariamente, una fuente principal de interpretación.

En el caso en particular de Benjamín Gorostiaga, se justifica el destacar su consideración como "intérprete auténtico" en razón de la importante labor doctrinaria que le cupo desde su estrado de Juez de la Corte, donde, en una etapa fundacional supo contrastar los precedentes norteamericanos con los antecedentes nacionales, dando luz y sentido a la letra de la Constitución que contribuyó a redactar desde un lugar destacado.

En diferentes materias, Gorostiaga tuvo la oportunidad de ir sentando sus opiniones e ir forjando su pensamiento sobre temas de la Constitución, así por ejemplo en el caso "*Dávila c. Valdez*" (15) consta su voto en disidencia que funda un verdadero orden de fuentes interpretativas:

- 1) La letra y el espíritu de la ley nacional.
- 2) Los precedentes tenidos en cuenta para la sanción de esa ley.
- 3) Las sentencias de nuestra Corte Suprema.
- 4) Las sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos.
- 5) Los comentarios de la constitución y las leyes de aquél país.

III. Las polémicas doctrinarias

Las afirmaciones de Sarmiento en sus inconclusos "*Comentarios*", se enmarcan dentro de una aguda polémica con Alberdi que fue tornándose en agria disputa entre antiguos amigos y aliados de causa. Tal disputa tuvo comienzo por una intemperancia de Sarmiento —propia de su temperamento— en el "prólogo" de la Campaña del Ejército Grande, que Alberdi respondió con tono severo, con fina altura intelectual, aunque no menos punzante que su contrincante, en las llamadas "*cartas quillotanas*" en que respondía a la descalificación sarmientina del texto constitucional de 1853, acusando al sanjuanino

(15) Fallos: 23:276.

de ser “poco versado” y de tener “conocimientos periodísticos”; de donde este último le respondiera escribiendo sus famosos “comentarios”, abundantes en citas constitucionales.

La tenaz oposición de Sarmiento a la Constitución de 1853 se fundaba en su oposición a que Buenos Aires fuese la capital de la República y a que los gobernadores de provincia tuvieran el carácter de “agentes naturales del gobierno federal” que marcaba el anterior artículo 107 de la Constitución Nacional (actual 125). Esa oposición fue variando posteriormente, cuando al aceptar la candidatura a diputado nacional por San Juan recomendara públicamente el acatamiento al texto constitucional.

En sus *“Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”*, Alberdi refuta los argumentos de Sarmiento expresados en los *“Comentarios”* a la vez que realiza la crítica de la Constitución Provincial de Buenos Aires sancionada en 1854, por apartarse la misma de la Confederación Argentina.

Fiel a un estilo literario refinado, Alberdi se contrapone al carácter apasionado de Sarmiento, colocándolo en contradicción con sus propios escritos, sobre todo en cuanto a su prédica de fiel seguimiento del modelo federal norteamericano, destacando que el propio sanjuanino, en *“Argirópolis”* había destacado nuestras distintas características y evoluciones históricas en uno y otro caso.

En cuanto al tema en particular del preámbulo, sostiene que Sarmiento *“...confunde constituciones diferentes porque se parecen los preámbulos...”*, haciendo notar que los fines allí enunciados no son propios del gobierno norteamericano, sino que se trata de los fines esenciales y únicos de todo gobierno racional posible.

Insiste Alberdi en cuanto a la necesidad de que en la interpretación del texto constitucional se hagan gravitar los antecedentes constitucionales argentinos de la Constitución de 1853, dado que *“...tenemos una serie de textos constitucionales proclamados durante la Revolución, que forman nuestra tradición constitucional, y que sin duda alguna han entrado por mucho en la confección de la moderna constitución y deben naturalmente servir a su comento...”*, señalando el siguiente orden de prioridad en las fuentes de interpretación:

- 1º) La historia del país.
- 2º) Sus antecedentes políticos.
- 3º) Los motivos y discusiones del legislador.
- 4º) Los trabajos preparatorios de los publicistas.
- 5º) Las doctrinas aplicadas de la ciencia pública.
- 6º) La legislación comparada o la autoridad de los textos extranjeros y sus comentadores.

Conforme con el criterio expuesto, agrega Alberdi que *"la ley extranjera debe ser interrogada siempre después de la ley propia y nunca sola con exclusión de otras"*; ya que no hay doctrina sino que hay plagio *"cuando no hay generalidad en los textos consultados"*. En una palabra, resulta que el rol de la jurisprudencia extranjera en el proceso de organización constitucional es muy delicado, pues *"...para disolver la unidad o integridad nacional de la República Argentina, bastaría aplicarle al pie de la letra la Constitución de los Estados Unidos, convirtiéndolo en Estados a lo que son y fueron Provincias de un solo Estado"* de donde, según Alberdi, *"para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la república Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los estados Unidos de Norteamérica"* (16).

En los referidos *"Estudios sobre la Constitución Argentina"*, Alberdi defiende la originalidad del texto. De allí que afirme *"...Para restablecer la mente de la Constitución Argentina, alterada por esos Comentarios de desorden y anarquía, ha sido escrito el presente libro, en que el autor ha procurado señalar los antecedentes nacionales y propios que han servido para formar la Constitución y deban ser las bases de su jurisprudencia"*. Así, al comenzar el capítulo II afirma que, *"...En el libro del señor Sarmiento hay dos cosas: hay un comentario y hay un ataque a la Constitución Argentina de 1853..."* (17).

(16) VANOSSI, Jorge Reinaldo A., "La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina", separata de la Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, diciembre de 1876.

(17) ALBERDI, Juan Bautista, "Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853", Colección Grandes Escritores Argentinos, Jackson Editores, 1957.

“...La República Argentina no ha copiado literalmente (...) su constitución a Estados Unidos. Se ha dado un derecho propio asimilando a él una parte del derecho norteamericano. De las discusiones del Congreso contra papel que han hecho los trabajos auxiliares de los publicistas argentinos en la elaboración del texto. Más que por honor del país, es preciso no oscurecerlos, a fin de que la Constitución tenga abundantes comentarios de su mente propia y genuina...”

Y en otra parte añade, refiriéndose a los “Comentarios” de Story a la constitución norteamericana: *“...el señor Sarmiento pone a un lado la vida anterior de la República Argentina, se apodera del texto desnudo y seco de su constitución reciente; lo sacude, digámoslo así, de sus antecedentes argentinos, y emprende su comentario sin más auxilio que el comentario de la Constitución de Estados Unidos, pudiendo definirse su obra: ‘La Constitución Argentina comentada por el señor Sarmiento con los comentarios de la Constitución de Norteamérica, por José Story’”* (18). Lo mordaz del párrafo nos exime de todo otro comentario.

Finalmente, y para resaltar la defensa efectuada por Alberdi en su interpretación de la constitución de 1853, citaremos algunos párrafos del capítulo V de sus *“Estudios sobre la Constitución..”*, donde dice: *“...Todo es diferente en las dos constituciones, argentina y norteamericana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal, que le es común las asemeje al ojo del observador inatento y superficial... Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853, y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte América. No hay más que colocar uno enfrente del otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central que había existido por dos siglos. Mil veces se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era análogo y adaptable a nuestra condición de colonia española y de habitantes de la América del Sur...”* (19).

(18) ALBERDI, op. citada.

(19) ALBERDI, Juan Bautista, “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, Colección Grandes Escritores Argentinos, Jackson Editores, 1957, Buenos Aires, Capítulo V.

No caben dudas que esta célebre polémica entre dos personalidades de la talla de Alberdi y de Sarmiento mucho ha contribuido a la interpretación del texto constitucional, habida cuenta de la entrega de pasión e inteligencia que ambos pusieron, desde posiciones opuestas y enfrentadas, en esa patriótica tarea.

Otra polémica resonante, que alcanzó gran repercusión e incluso fue llevada a libro, es la que sostuvieron en 1866 Marcelino Ugarte y Bernardo de Irigoyen sobre si las provincias podían ser demandadas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (20).

En tal sentido, Ugarte, siguiendo la línea de pensamiento ya iniciada por Delfín Huergo en 1865, sostuvo, con argumentos defensores de la autonomía provincial, que la Corte no tenía competencia en dicho tema. Irigoyen, en 1865, actuando como conjuez de la Corte Suprema en el caso "*Domingo Mendoza y Hermano contra la Provincia de San Luis*", sostuvo la competencia del tribunal en tales litigios.

Ambos polemistas, en posteriores actuaciones desde el Congreso y desde la prensa, defendieron sus puntos de vista con ardor. En 1866 Ugarte publicó el libro "*Las Provincias ante la Corte. Estudio de Derecho Constitucional*" e Irigoyen le responde con otro libro que se publicó en 1867 y que se tituló "*Justicia Nacional. Apuntes sobre la jurisdicción de la Corte Suprema*". En el fondo de esta polémica se encontraba otra vez el tema central de discusión en las primeras interpretaciones constitucionales argentinas, cual es el referido a la originalidad del modelo constitucional que defendía Bernardo de Irigoyen, o el seguimiento del modelo norteamericano, que defendiera Marcelino Ugarte (21).

Hubo muchas otras polémicas célebres que contribuyeron tanto a la construcción institucional como a la interpretación de la doctrina de la Constitución, como la que sostenida en derredor de la llamada "cuestión capital", de la que participaron, entre otros Carlos Tejedor, Leandro N. Alem, Dalmacio Vélez Sarsfield y José Hernández (22).

(20) PEREZ GUILHOU, Dardo, "Historia de la originalidad constitucional argentina", Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos, Mendoza, Depalma, 1994, cap. VII, ps. 77-83.

(21) PEREZ GUILHOU, Dardo, op. citada.

(22) RUIZ MORENO, Isidoro, "Federalización de la Ciudad de Buenos Aires".

IV. Los debates en las Asambleas Constituyentes de Buenos Aires

Y en orden a los debates constituyentes que más arriba referíamos, algunos de ellos han tenido gran importancia en la interpretación doctrinaria de la Constitución, especialmente por la calidad de las personalidades que allí intervinieron y el grado de versación en derecho público de los mismos.

No nos referiremos al debate constituyente de 1853 porque aquí no estamos tratando las fuentes y el origen de la misma sino sus interpretaciones doctrinarias posteriores, por lo demás y como bien se ha señalado, sobre las sesiones históricas de 1853 poco se sabe, más que la premura y rapidez con que fue sancionada en las sesiones de abril y sólo ha quedado registrado el debate sobre el artículo 2º referido a la adopción o no del catolicismo como religión de estado, a la cuestión de la Capital que se planteó en la fórmula del artículo 3º y el debate sobre el artículo 4º (23).

En cambio han sido significativamente importantes en materia de interpretación del texto de la Constitución de 1853, el debate de la reforma de 1860 y el debate de la Convención de Buenos Aires entre 1870-1873, en ambos, distinguidos hombres del derecho público realizaron interpretaciones doctrinarias sobre el texto de la norma fundamental.

Después de la batalla de Cepeda y del Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859, el Estado de Buenos Aires se reservó el derecho de aceptar lisa y llanamente la constitución de 1853 o de proponer reformas a la misma. Entre los 75 convencionales elegidos por el pueblo de la Ciudad unos, y por las distintas secciones de la campaña otros, se encontraban, sin distinción entre unitarios y federales, ni entre porteños o provincianos, los abogados, los médicos, los escritores, los militares y los estancieros de más prestigio y renombre.

La jerarquía de sus componentes dio a la Asamblea bonaerense una importancia superior a la de su poder. De ahí que, cuando la mayoría derrota a los 17 convencionales que reclaman la incorporación inme-

(23) FAYT, Carlos S., "Fuentes de la Constitución Argentina" (obra premiada con Diploma de Honor por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires). Prólogo del Dr. Jorge Eduardo Coll, Buenos Aires, 1943.

diata de Buenos Aires, y decide examinar la constitución para proyectar la reforma, se realiza una tarea constitucional de alto nivel.

Sarmiento ha señalado el sitio que esa convención alcanzó en nuestra historia con las siguientes palabras: "*Es un curso de derecho público que va a abrirse al pueblo, que no conoce, por lo general, lo que importa esa Constitución que se le ha dado*" (24). La prensa difundirá los trabajos de la Comisión examinadora, primero, y después los discursos que toman los taquígrafos durante las sesiones de la Asamblea. Con todo ello la Constitución adquiere una resonancia que no pudo tener cuando se la elabora silenciosamente en Santa Fe, y se la discute, premiosamente, entre el 20 de abril y el 1 de mayo de 1853.

En el seno de la convención provincial, la constitución de 1853 fue revisada por una comisión integrada por los convencionales Bartolomé Mitre, Dalmacio Vélez Sarsfield, José Mármol, Antonio Cruz Obligado, y Domingo Faustino Sarmiento. El informe producido por dicha comisión revisora constituye la fundamentación de las reformas que en definitiva aprobaría la Convención Nacional *ad-hoc*. Dicho informe fue redactado por Mitre, aún cuando sin desconocer la descollante actuación de su redactor, no puede negarse que asimismo expresa las ideas de los demás miembros de la Comisión y en particular de Sarmiento y Vélez Sarsfield, también de desempeño decisivo en las enmiendas que se proponían (25).

Los ex constituyentes Gorostiaga, Seguí y Del Carril, integraron, con Vélez Sarsfield, Mármol, Elizalde y Cáceres la Comisión designada para estudiar las reformas propuestas por Buenos Aires. En su despacho introdujo pocos cambios en los puntos sometidos y quedó aprobado en la sesión del 23 de Septiembre (26).

La comisión explicaba que "*la publicidad de la discusión sobre las reformas propuestas por Buenos Aires y los importantes debates que se han tenido en aquella convención y en la prensa de la República, auto-*

(24) PADILLA, Alberto G., "Lecciones sobre la Constitución" (primera serie), Editorial Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 30.

(25) LINARES QUINTANA, Segundo V., "El espíritu de la Constitución", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 96.

(26) PADILLA, Alberto G., *op. cit.*, p. 30.

rizan a la comisión a excusarse de fundar las razones de su dictamen. Todos sus miembros se complacerán en dar los antecedentes y explicaciones que se pidan sobre las reformas que susciten aquélla discusión” (27).

Los debates de la Convención de Buenos Aires de 1860 son importantes y sustanciales, no solamente por los nuevos artículos incorporados a la Constitución, sino por el debate de fondo sobre la constitución misma y la construcción de la unión nacional, la nueva redacción que se dio al artículo 35 es la mejor prueba de ello, pasando de la denominación “Confederación Argentina” a la de “Nación Argentina”, que bien puede decirse, nace con la Constitución de 1860 (28).

Pero es también otra Convención Constituyente Provincial la que brinda un nuevo marco de debate intelectual que se traslada a la prensa e informa a la ciudadanía sobre los temas de derecho público y el significado de la Constitución Nacional. No referimos a la Convención Constituyente de Buenos Aires que sesionó entre 1870 y 1873.

Cabe recordar al respecto que Buenos Aires se había dado una Constitución en 1854 que marcaba la impronta de su separación de la Confederación Argentina, pero después de Cepeda y del Tratado del 11 de noviembre de 1859, decidida su incorporación a la Nación y reformada la Constitución Nacional en 1860 se impone la sanción de una nueva constitución provincial en orden a lo previsto en el artículo 5º del texto federal.

Pero eran aquellos tiempos de divisiones y profundas disidencias que imposibilitaban un debate abierto en el que participaran los distintos sectores de opinión; así la Convención de Buenos Aires de 1860 aprobó las reformas a la Constitución Nacional sin que participaran de tal debate los representantes autonomistas que fueron lisa y llanamente derrotados en la votación.

Se ha destacado en cambio, que la Convención de Buenos Aires de 1870, convocada por el gobernador Adolfo Alsina encontró en un

(27) LINARES QUINTANA, Segundo V., op. cit., ps. 98/99.

(28) RAVIGNANI, Emilio, “Asambleas Constituyentes Argentinas”, publicada por el Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires.

ámbito de amplia convocatoria a los antiguos grupos federales y autonomistas, como a los sectores conservadores, liberales y mitristas o unionistas. Ese marco permitió un importante debate intelectual sobre los principales contenidos de la Constitución Nacional, animado por los más importantes intelectuales de la época, incluyendo a quienes serían destacados catedráticos de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, como José Manuel Estrada y Aristóbulo del Valle y de la futura Universidad de La Plata, como Dardo Rocha.

En un magnífico libro sobre esa Convención, el profesor Dardo Pérez Guilhou, después de describir el marco en que se desarrolló, cómo se integró y los temas debatidos desde las distintas posiciones ideológicas, señala cuáles fueron las fuentes intelectuales que animaron las discusiones, así como los autores más citados, destacando como curiosidad que en esa oportunidad ni Sarmiento ni Alberdi fueron invocados como autoridades en la materia, destacando asimismo que si bien se respetan los convencionales entre ellos por sus discursos, existen dos que alcanzan autoridad moral sobre los demás y que son Bernardo de Irigoyen Luis V. Varela quienes logran permanente referencia a su saber (29).

Así se ha señalado la referencia a escritores norteamericanos entre los que se destacan los autores de *"El Federalista"*, Madison, Hamilton y Jay, además de Story, Curtis, Pommeroy, Kent, Webster, seguidos por los más modernos Lieber y Carey, extendiéndose la admiración por lo norteamericano a las obras de los franceses Tocqueville y Laboulaye, en especial la obra del primero *"La Democracia en América"*. Los más decididos defensores del seguimiento de la doctrina norteamericana en la convención fueron Mitre y Gutiérrez, en tanto que la posición de réplica desde un criterio más nacional fue sostenida por Alsina quien para ello se apoyaba en una traducción de la obra de Lieber realizada por Juana Manso (30).

Entre los autores ingleses se registran como más citados a Blackstone, Macaulay y Stuart Mill, aunque también aparecen referencias a

(29) PEREZ GUILHOU, Dardo, "Liberales, Radicales y Conservadores. Convención Constituyente de Buenos Aires. 1870-1873", Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Editorial Plus Ultra, 1997, Cap. VIII, p. 123.

(30) PEREZ GUILHOU, Dardo, op. cit., capítulo VII.

Gibbon en materia de historia universal, siendo el convencional Vicente Fidel **López** quien más recurra a esa literatura. En tanto por parte de los autores franceses se registra la influencia de **Dupin** quien inspira la teoría de los derechos naturales defendida por Bartolomé **Mitre** y **Montesquieu**, citado con mucha frecuencia para fundar distintos temas por los convencionales **Guido**, **Varela**, **Mitre** y **Rocha**, apareciendo también las citas a **Thierry**, **Guizot** y **Tocqueville** (31).

Destaca especialmente **Pérez Guilhou** la influencia de **Filangieri**, quien aparece como un influyente de nuestras letras desde la Revolución de Mayo, a quien acude con frecuencia **Alsina**, sobre todo en su famosa obra *“La Ciencia de la Legislación”*, donde el discípulo de **Montesquieu** pone de relieve la singularidad de cada régimen político, dada la importancia que tiene en el dictado de las leyes, el clima, la abundancia o esterilidad del terreno, la situación y extensión del país y la madurez del estado de un pueblo. Finalmente, agrega el autor que venimos siguiendo en esta parte, no obstante las diferentes generaciones intelectuales a que pertenecían los asambleístas —la de 1837, **López**, **Guido**; la de 1853, **Mitre**, **Navarro Viola**, **Quesada**; la de 1866 **Estrada**, **Goyena**, **Cambaceres**— todos ellos, en general, fueron tocados por el romanticismo iniciado en 1837 que se ha ido expresando de muy variada manera a través del tiempo y de los autores (32).

Entre las destacadas personalidades que integraron esa importante convención provincial merecen destacarse entre los federales rosistas a Bernardo de **Irigoyen**, Manuel **Navarro Viola**, Luis **Sáenz Peña**, Lorenzo **Torres** y Federico **Pinedo**; entre los federales urquicistas a Emilio de **Alvear**, José Tomás **Guido**, Vicente G. **Quesada** y **Domínguez**. Entre los emigrados, la figura descollante era Vicente Fidel **López**. Por el lado del autonomismo arribaron a la convención José Manuel **Estrada**, Pedro **Goyena**, **Cambaceres**, **Quintana**, Dardo **Rocha** y **Aristóbulo Del Valle**, además de los dirigentes maduros del partido que eran Adolfo **Alsina**, Mariano **Acosta** y Rufino **Varela**. Además de todos ellos estaban sentados en la Asamblea los liberales mitristas, apodados nacionalistas entre quienes sobresalían el propio Bartolo-

(31) PEREZ GUILHOU, Dardo, “Liberales, Radicales y Conservadores. Convención Constituyente de Buenos Aires 1870-1873”, Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos, Editorial Plus Ultra, 1997, Capítulo VII, ps. 121 y sigtes.

(32) PEREZ GUILHOU, Dardo, op. citada.

mé Mitre, Rufino de Elizalde, Zapiola, Ocantos, Luis Huergo y Carlos Tejedor. La lista habla por sí misma del nivel de debate y de concordia política que tuvo esa convención que abriría el paso de la unificación de las tres presidencias históricas, las de Mitre, Sarmiento y Avellaneda bajo el imperio de la Constitución Nacional.

V. Las primeras cátedras de Derecho Constitucional.

Una línea de interpretación doctrinaria de singular relevancia es la que surge de la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, que por aquél entonces era sólo una o no varias como ocurre en la actualidad debido al gran incremento del estudiantado universitario y de la difusión que adquirió la materia desde la recuperación de la democracia en 1983 (33).

Ya hicimos referencia "ut supra", al curso sobre "*Lecciones de Derecho Constitucional*" que estuviera a cargo de Domingo Faustino Sarmiento y que seguía en su programa el método comparado, principalmente con la Constitución de los Estados Unidos y los comentarios a la misma de Joseph Story; y que resultara el primer curso sobre la materia que se dictara en la Facultad.

Pero la primer conformación formal de la cátedra de Derecho Constitucional se produjo recién en el año 1868, en buena medida por la insistencia de Alberdi ante el rector de la Universidad, como lo prueba la correspondencia de éste con Juan María Gutiérrez. El primer profesor titular fue el abogado colombiano Florentino González, quien se encontraba refugiado por motivos políticos.

De la lectura de sus "*Lecciones de Derecho Constitucional*" resulta que consideraba que la asignatura era una rama de las ciencias sociales y dando preferencia a la exposición general de los principios sobre la libertad y la democracia, destacando sus ventajas con las citas de autores cuyas opiniones transcribe. Posiblemente por su condición de extranjero, no hace referencia a nuestros antecedentes y rara vez se

(33) En la actualidad los profesores titulares de cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires son los Dres. Gregorio Badeni, Néstor Pedro Sagües, Daniel Alberto Sabsay, Juan Vicente Sola, Alberto Ricardo Dalla Via y Susana Graciela Cayuso. Es profesor asociado el Dr. Roberto Gargarella. Es profesor titular Emérito el Dr. Germán J. Bidart Campos y Profesor Titular Consulto el Dr. Miguel Padilla.

refiere a los artículos en particular de la Constitución, y cuando lo hace es para criticarlos o censurarlos (34).

Así, por ejemplo, al ocuparse del artículo 14, considera un error que los derechos de profesar el culto y de publicar sus ideas por la prensa puedan reglamentarse, en tanto los considera "derechos absolutos". También critica a la constitución cuando establece que cada Provincia forma un distrito electoral y, en cambio, se coloca en un terreno de defensa del federalismo cuando censura la libertad del gobierno nacional para intervenir en los casos de violencia doméstica, o cuando critica que el Congreso Nacional tenga facultad para dictar los llamados códigos de fondo (35).

A partir de 1875, la cátedra estuvo a cargo de José Manuel Estrada, quien no era abogado, pero a quien algunos consideran el verdadero fundador de la cátedra (36). Estrada sería destituido de su cargo en razón de sus luchas religiosas.

La publicación de su obra docente tuvo inicios en 1880 para ser interrumpida cuando solamente habían aparecido los capítulos correspondientes a: Definición y Fuentes del Derecho Constitucional; Declaración de Derechos y Garantías en general; la igualdad; las garantías de la libertad civil y de la seguridad personal; el derecho de propiedad y la libertad de asociación.

Una versión de sus "*Lecciones*", tomadas por sus alumnos, apareció más tarde y, junto con artículos, conferencias y discursos sobre temas constitucionales, formaron los tres tomos que con el título de "*Curso de Derecho Constitucional*" integró la publicación de sus "*Obras Completas*" realizada mucho tiempo después de su muerte.

Estrada clasificó al Derecho Constitucional como una rama de las ciencias jurídicas, y no de las ciencias sociales, considerando que su estudio debía comprender el de la organización del gobierno, así como el del modo, condiciones y objeto con que se ejerce la autoridad. La

(34) PADILLA, Alberto G., "Lecciones sobre la Constitución", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1961, capítulo V, p. 42.

(35) PADILLA, Alberto G., op. citada.

(36) PADILLA, Alberto G., op. citada.

historia, la tradición y las costumbres propias del país debían ser fuentes generales para esos estudios, completados con el de los principios del derecho natural y comparado, siendo aplicables, por lo demás, los métodos comunes para las otras ramas del derecho escrito.

Sobre el período de Estrada al frente de la cátedra de Derecho Constitucional, ha escrito con su habitual sentido hipercrítico, Paul Groussac (37) "...Las 'Lecciones de Derecho Constitucional' que a partir de 1875 dictó Estrada en la Facultad, prescindiendo de apéndices inconexos, llenan el tomo VI de las obras y la mitad del siguiente, observan el plan estrictamente didáctico de un texto universitario que gana en utilidad para el examinando, lo que pierde en interés para el lector. Se limita a desarrollar un comentario ordenado de la Constitución Argentina, considerándola como un código sobre cuyos artículos debe el estudiante ser interrogado, y haciendo abstracción completa de su origen y evolución orgánica."

"...El comentario es ilustrativo, metódicamente expuesto, informado en sana y vasta doctrina, a la que el acento convencido del catedrático infunde calor persuasivo. No pasa de ser la gloria viva de un texto muerto, faltando demostrar cómo ha sido éste elaborado por engendramientos sucesivos a través de mil obstáculos y diez ensayos malogrados. Un tratado de 'Derecho Constitucional' que no se refunde en una historia constitucional de la nación, se condena a ser un ácido catecismo *ad usm scholarum*."

"...Tal es, desde luego, la superioridad de concepción y estructura que se nota en el curso dictado por Don Aristóbulo Del Valle, segundo sucesor de Estrada en la Facultad. El curso de Del Valle se consagra a historiar principal, y casi exclusivamente el estudio de las varias gestaciones, abortos y, por último, feliz alumbramiento del organismo constitucional argentino, desde la colonia hasta la batalla de Pavón."

"...Puede sorprender el que de los dos profesores sea el historiador quien, trocados los papeles, vacía su enseñanza en un modelo rigurosamente jurídico. Acaso explique esa actitud de Estrada, el hecho de haber sido en este medio todavía salmantino (donde el tratamiento

(37) GROUSSAC, Paul, "Los que pasaban", Editorial Sudamericana, citado por VANNOSI, Jorge Reinaldo A. en "La Enseñanza del Derecho Constitucional. Escuelas, tendencias y orientaciones", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, 2000.

de 'doctor' sigue siendo de rigurosa observancia), el primer profesor universitario sin borla electoral. ¿Pondría en ello cierta coquetería de catedrático en mostrarse allí más jurídico que los juristas?"

"...Sea como fuere, encuentro mezquino, para no decir erróneo, tal concepto de la materia doctrinal, y, sin duda, a este plan defectuoso se debe el menor interés y la relativa inferioridad de su obra expositiva respecto de otras cuyos autores, seguramente, no superan a Estrada por la amplitud del horizonte filosófico o el rigor del pensamiento..." (38).

A Estrada lo reemplazó en la cátedra el Dr. Lucio V. López, quien unía al prestigio de su estirpe el brillo de sus condiciones. Se ha dicho que creía oírse en su voz el eco del Himno que escribió su abuelo, la resonancia de la elocuencia de su padre que defendió el Acuerdo, mientras sus palabras se vestían con las galas de una cultura que él había formado en la frecuentación de los autores antiguos y modernos, y en su paso por países de Europa que recorrió con emoción de artista y preocupación de gobernante (39).

La asignatura tomó con él una orientación más jurídica. Sin la inclinación de Estrada por las especulaciones filosóficas, más en contacto con la lucha de pasiones e intereses, por su actuación en el foro y la política, López imprimió a la enseñanza de su ilustre antecesor una orientación más profesional y concreta.

Recuerda López que nuestra Sociedad, desde el principio, fue exclusivamente democrática, y lo destaca, no para exacerbar a las masas, sino para prevenirnos contra los vicios que se presentan ante nosotros, desde que el personalismo político prospera porque falta "*...la cultura en los grupos...*" y la opinión política no ejerce "*...su justa y merecida preponderancia...*". Creía en el gobierno asentado sobre la soberanía del pueblo, pero hacía notar que en la representación debe constar no sólo la cifra aritmética sino también los grandes intereses morales y materiales que integran la sociedad.

(38) VANOSSI, Jorge Reinaldo A., "La enseñanza del Derecho Constitucional. Escuelas, tendencias y orientaciones", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, febrero de 2000, ps. 2 y 3.

(39) PADILLA, Alberto G., "Lecciones de Derecho Constitucional", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1961.

Lucio V. López murió de las resultas de un duelo. Carlos Pellegrini dijo, en desgarrante expresión, que esa muerte arrancó al país un *"lamento de amarga pena, grito airado de justa protesta, mezcla confusa de tristeza e indignación"*.

Llegó entonces a la cátedra el Dr. Aristóbulo Del Valle, tribuno y hombre de intensa acción política. Con las notas tomadas por sus discípulos fueron redactadas las *"Nociones de Derecho Constitucional"*, aparecidas en 1897, después de su muerte repentina, ocurrida mientras desarrollaba su primer y único curso, aunque ya en 1896 se habían publicado apuntes de sus clases recopilados por Octavio J. Acevedo (40).

En su clase inaugural hizo una comparación entre las enseñanzas de Estrada y de López y definió a la asignatura como *"la parte del Derecho Público que se ocupa de la organización del gobierno y de las relaciones de éste con los individuos sometidos a su autoridad"*. Explicó la naturaleza del acto constituyente y trazó un cuadro animado de nuestros antecedentes históricos, en algunos pasajes con rasgos notables, como cuando describe las sesiones de junio de 1852 en la Legislatura de Buenos Aires.

Su sucesor en la cátedra, recogió de uno de sus discursos en el Congreso la definición que hiciera de la forma republicana de gobierno, definición penetrante y completa que sigue repitiéndose y mantiene el recuerdo de su nombre entre los estudiantes que no conocieron el fulgor de su elocuencia.

El Doctor Manuel Augusto Montes de Oca fue llamado para ocupar la vacante. Joven, y aún sin el prestigio de sus predecesores, el nuevo profesor completó una muy destacada tarea docente, que se aprecia en los dos tomos de sus *"Lecciones de Derecho Constitucional"*, publicados en 1910. Sin detenerse en una introducción histórica, porque los antecedentes los va mencionando en el curso de la exposición, el Dr. Montes de Oca, después de explicar qué es una Constitución, entra en el análisis de la nuestra, tomando cada uno de los párrafos del Preámbulo para hacer su exégesis y seguir luego con la de cada uno de sus artículos.

(40) ACEVEDO, Octavio, "Apuntes de Derecho Constitucional. Tomados de las conferencias del Dr. Del Valle sobre los artículos 13 hasta el 35 de la Constitución Nacional", Buenos Aires, Argos, Casa Editora, Imprenta y Encuadernación.

La jurisprudencia de la Corte, al haber entonces adquirido más desarrollo, pudo tomar ya en esta obra el sitio que corresponde darle en el estudio de la Constitución. A la referencia de los casos prácticos resueltos por el Tribunal, en los que se ve vivir la Constitución, agregaba el Dr. **Montes de Oca** una imparcial mención de los hechos de nuestra realidad política e institucional. No en vano dijo que "*la ciencia constitucional es experimental, de manera que los datos de la experiencia son preciosos para la apreciación de las doctrinas*" (41).

No puede soslayarse en este trabajo sobre las primeras interpretaciones doctrinarias, el aporte realizado desde las cátedras, en la interpretación y docencia de la Constitución Nacional, aportes y estudios que se incrementarán notablemente con posterioridad, al aparecer las obras de **Joaquín V. González** y de **Juan A. González Calderón**, quienes inician la etapa de la enseñanza metódica del Derecho Constitucional a partir de sus dos importantísimas obras "*Manual de la Constitución Argentina*" y "*Tratado de Derecho Constitucional Argentino*" en tres tomos, respectivamente.

El profesor **Jorge A. Aja Espil** ha realizado la siguiente clasificación de las que denomina "Escuelas de Derecho Constitucional" (42):

1º) *Escuela Liberal*: En la que incluye a **Juan Bautista Alberdi**, **Domingo Faustino Sarmiento**, **Lucio V. López**, **Aristóbulo Del Valle** y, en menor medida, al cordobés **Mariano Fraguero**.

2º) *Escuela Católica*: en la que surge como líder inicial **José Manuel Estrada**, luego **Faustino Legón**, **Juan Casiello** y muchos otros.

3º) *Escuela Platense*: protagonizada por los dos "González", por **Joaquín V. González** —el iniciador— y por **Juan Antonio González Calderón** que ocupó la cátedra hasta 1947 y fue autor, como ya se dijo, del primer monumental Tratado de Derecho Constitucional en tres tomos que es un clásico en la materia.

4º) *Escuela Alberdiana*: en la que **Aja Espil** incluye a **José Nicolás Matienzo**, a **Padilla**, a **Lanfranco** y a **Linares Quintana**.

(41) MONTES DE OCA, Manuel Augusto, "Lecciones de Derecho Constitucional", Tomo II, p. 95.

(42) AJA ESPIL, Jorge A., "Lecciones de Derecho Constitucional" Buenos Aires, 1972.

5º) *Escuela socialista*: que incluye a Alfredo Palacios y Carlos Sánchez Viamonte.

De la clasificación mencionada surge la importancia que tuviera la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de La Plata en las primeras interpretaciones de la Constitución Nacional, cátedra que inaugurara Joaquín V. González pero que no ocupara en forma permanente, sino que también ocuparan otros grandes hombres de su época como Agustín Alvarez, José Nicolás Matienzo y Juan A. González Calderón.

No está demás recordar que la enseñanza completa del derecho Público se demoraría en algunos años. La asignatura "*Derecho Público Provincial y Municipal*" aparece a comienzos del siglo XX en la Universidad Nacional de Córdoba y, después, en Buenos Aires donde se la denominaría "*Derecho Federal*", cátedra en la que se destacó el profesor Clodomiro Zavalía.

Las cátedras de Derecho Constitucional han ido conformando con el transcurso del tiempo, una destacada doctrina que ha alcanzado alto reconocimiento científico e intelectual, tanto en el ámbito iberoamericano, como en los países europeos y de América del Norte. El desarrollo del constitucionalismo argentino y de sus prestigiosos autores, se ha concretado en la conformación de la *Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, institución de reconocido prestigio académico (43).

VI. Las primeras tesis doctorales

También contribuyeron a la interpretación doctrinaria de la Constitución Nacional las primeras tesis doctorales de derecho público que se refirieron a la misma y que fueron marcando una tendencia que anteriormente era exclusiva de tesis elaboradas en el ámbito del De-

(43) Entre los más destacados constitucionalistas que integran o han integrado la Asociación Argentina de Derecho Constitucional cabe citar a los doctores Adolfo ROUZAT, Pedro J. FRIAS, Alberto Antonio SPOTA, Germán J. BIDART CAMPOS, Julio OYHARNARTE, Juan Francisco LINARES, Pablo RAMELLA, Carlos M. BIDEGAIN, Segundo V. LINARES QUINTANA, Genaro CARRIO, Mario Justo LOPEZ, Jorge Reinaldo A. VANOSI, Néstor Pedro SAGÜES y Humberto QUIROGA LAVIE, entre muchos otros destacados maestros del Derecho Constitucional.

recho Privado. Por otra parte, el prestigio de los primeros doctorandos y el nivel de sus investigaciones, unidos a sus méritos científicos y a sus trayectorias en el ámbito institucional, hizo que algunos de ellos alcanzaran la cátedra universitaria, como fueron los casos de Dardo Rocha y de Aristóbulo Del Valle.

En aquellos tiempos iniciales los tribunales de tesis estaban presididos por una figura expectable como el rector de la Universidad o el Decano de la Facultad y, además del vocal, que solía ser el catedrático de la materia, intervenía el padrino de la tesis y había dos contradictores que solían ser graduados o estudiantes avezados en el conocimiento de la materia y eran quienes en realidad debatían o atacaban con agudeza los argumentos que defendía el doctorando.

Para esta parte del trabajo hemos consultado las tesis que se encuentran en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, así como el texto de una tesis editada que se encuentra en nuestra biblioteca personal (44), más un estudio realizado por el Profesor Pérez Guilhou sobre el tema en un valioso libro antes citado (45).

Se destaca así las tesis de Dardo Rocha sobre el tema "*Derecho Federal*", defendida en 1863 donde concluye que a pesar de los antecedentes políticos y de las condiciones políticas que llaman a la República Argentina al sistema unitario, la ley federativa es la única compatible con su paz y libertad actual.

La tesis de Aristóbulo Del Valle sobre el tema "*Intervención del Gobierno Federal en el territorio de los Estados*" fue defendida en 1869 actuado como Presidente del Tribunal Juan María Gutiérrez, como vocal de Derecho Constitucional el profesor Florentino González, padrino de tesis Luis V. Varela y replicantes o contradictores fueron Eugenio Cambaceres y José María Rosa. En ella insiste en que todo poder directa o indirectamente deriva de la gran masa del pueblo. La

(44) PEREYRA MIGUEZ; Américo, "Revista de la Constitución Nacional", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de La Plata, Imprenta El Día, Año 1901.

(45) PEREZ GUILHOU, Dardo, "Liberales, Radicales y Conservadores", Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos, Plus Ultra 1997, p. 25.

República —dice— en su acepción más lata es el gobierno del pueblo, bajo la base de la igualdad (46).

También en 1869 Carlos **Pellegrini** defiende su tesis sobre "*Derecho Electoral*" ante el Tribunal presidido por Juan María **Gutiérrez**, con Florentino **González** como vocal catedrático de Derecho Constitucional, el padrino de tesis fue Luis **Lago García** y los replicantes o contradictores Juan C. **Lagos** y Carlos **Marengo**. En su tesis **Pellegrini** examina las distintas posiciones que sostienen el voto calificado y concluye que en su opinión la lectura y la escritura son conocimientos bastantes para poner al individuo en condiciones de capacidad suficientes, argumento que contraría el sufragio universal, secreto y obligatorio que recién llegaría con la Ley 8871 pero que expresa el pensamiento conservador aristocrático de exclusión de las masas populares de la participación política, fundado en razones de instrucción, aún cuando expresamente haya rechazado en la tesis otros fundamentos de calificación del sufragio como la exigencia de determinada renta o la condición de propietario (47).

En 1870 Adolfo **Rawson** defendió su tesis titulada "*Estudio sobre el Juicio Político*" ante el Tribunal presidido por Juan María **Gutiérrez** e integrado con el vocal de Derecho Constitucional, profesor Florentino **González**, con el padrino de tesis Bernardo de **Irigoyen** y los replicantes Zoilo **Imbaldi** y Juan Antonio **González**. En la misma desarrolla una explicación del funcionamiento del juicio político, describiendo sus orígenes, su finalidad institucional y las normas de la Constitución que lo rigen (48).

A estas primeras tesis fueron sucediéndose muchas otras que fueron poniendo el acento en interpretaciones sobre la Constitución Nacional, tanto en la Universidad de Buenos como en la Universidad de La Plata, como ejemplo de esa tendencia podemos señalar la tesis defendida en 1901 por Américo **Pereyra Miguez**, cuyo padrino de te-

(46) DELVALLE, Aristóbulo, "Intervención del Gobierno federal en el territorio de los Estados" (tesis), Buenos Aires, Imprenta del Plata, 1869.

(47) PELLEGRINI, Carlos, "Estudio sobre el Derecho Electoral" (tesis), Imprenta del Plata, 1869.

(48) RAWSON, Adolfo, "Estudio sobre el Juicio Político" (tesis), Imprenta de la Tribuna, 1870.

sis fuera el Doctor Dardo Rocha y que bajo el título "*Revista de la Constitución Argentina*" realizara un amplio análisis de la Constitución Nacional y del sistema republicano, representativo y federal por ella sostenida, abogando entre otras cuestiones por una generalización del sufragio ante el hecho evidente de la multiplicación de partidos políticos y expresiones de ideas y la exclusión del voto de los habitantes de los entonces numerosos territorios nacionales (49).

VII. Publicaciones y otros aportes

No todos los doctrinarios del Derecho Constitucional han sido los profesores que ocuparon las cátedras, como lo demuestran los ya citados casos de Alberdi, Sarmiento y Gorostiaga. A ellos habría que agregar los aportes de Nicolás Calvo quien tradujera desde el inglés las "*Lecciones de Derecho Constitucional*" compiladas por Orlando Bump, y quien a su vez escribiera una importante *advertencia preliminar* a la obra de Joseph Story.

Particularmente importante fue el aporte de Agustín De Vedia, quien escribiera la primera obra completa comentada sobre la Constitución, siguiendo el método comparativo con la Constitución de los Estados Unidos a partir, también de la obra de Story (50).

El Dr. Jorge Vanossi ha rescatado el aporte doctrinario de Rodolfo Rivarola, a quien ha calificado de "figura egregia" (51). Su "*Diccionario de la Constitución*" queda como un aporte que no envejece en la necesidad recurrente de abreviar en textos que nos permitan dilucidar el significado sencillo y la fuerza recóndita de cada uno de los pilares y cimientos que dan sustento al entramado de las instituciones políticas de la Nación, obra a la que cabe agregar la "*Revista de Ciencia Política*" y su libro "*Del Estado Federal al Estado Unitario*".

(49) PEREYRA MIGUEZ, Américo, "Revista de la Constitución Nacional" (tesis), Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata, La Plata, Imprenta El Día, Año 1901.

(50) DEVEDIA, Agustín, "Constitución de la Nación Argentina", Imprenta y Casa Editora de Coni Hnos., Buenos Aires, 1907.

(51) VANOSSI, Jorge Reinaldo A., "La enseñanza del Derecho Constitucional en la Argentina. Escuelas, tendencias y orientaciones", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, febrero de 2000.

Y en orden a las revistas, cabe mencionar a tres de ellas que alcanzaron temprano éxito, como fueron la *Revista de Buenos Aires* (1863) dirigida por Miguel Navarro Viola y por Vicente Quesada; la *Revista Argentina* (1868) dirigida por José Manuel Estrada y por Pedro Goyena, y la *Revista del Río de la Plata* (1871) dirigida por Andrés Lamas, Vicente Fidel López y Juan María Gutiérrez.

VIII. Epílogo sobre el orador de la Constitución

No podríamos finalizar este repaso histórico de las primeras interpretaciones doctrinarias de nuestra Constitución Nacional, sin hacer referencia a quien la difundiera con encendido ardor su letra y su espíritu y que por tal motivo mereció en la historia el título de “orador de la constitución”, nos referimos a Fray Mamerto Esquiú, quien a través de sus célebres “*Sermones patrióticos*” supo difundir el espíritu de Mayo y de la Constitución Nacional (52).

La Constitución Nacional fue sancionada por el Congreso General Constituyente reunido en Santa Fe, el 1 de Mayo de 1853, el 25 de Mayo del mismo año fue promulgada, estableciéndose la fecha del 9 de julio para su juramento por los pueblos de la república representativa, republicana y federal.

La Constitución sancionada y promulgada institucionalizaba en sabias disposiciones la doctrina constitucional de Mayo, y las circunstancias históricas hicieron que el centro de tan notable acontecimiento no fuera ninguna de las ciudades principales del país sino una humilde, pero gloriosa, capital provinciana.

“La iglesia desbordaba —ha escrito Manuel Gálvez— Catamarca entera congregábase en el viejo templo. No faltaban ni los federales, aunque vencidos; pues no fueron nunca, en su mayoría, sinceros partidarios de Rosas, encontrándose en este caso el propio gobernador. No faltaba tampoco ninguna mujer de linaje.

“Pero el interés de la asistencia no estaba tanto en el tedéum como en el sermón... ¿Cómo se desenvolvería el orador? Por qué aquella Constitución, que establecía la libertad de cultos; era, por esto sólo,

(52) ESQUIU, Fray Mamerto, “Sermones Patrióticos”, Colección Grandes Escritores Argentinos, Jackson Editores, Buenos Aires, 1957.

manifiestamente liberal y creían algunos que un sacerdote no podía elogiarla.

“Por fin se interrumpió la ceremonia religiosa. Calló la música. Hubo algunos susurros y todas las miradas asaltaron el púlpito (53): *“Que el individuo, el ciudadano —proclamaba Esquiú— no sea absorbido por la Sociedad, que ante ella se presente vestido de su dignidad y derechos procesales; que estos queden libres de la sumisión a cualquier autoridad; esto es igualmente equitativo; y el carácter permanente de los pueblos civilizados es esta noble figura que nos ofrece el cuadro de la civilización antigua, y que nos trajo la religión con su doctrina y el ejemplo de los fieles que, inmóviles, resistían el impulso tiránico de los gobiernos, de las leyes, de las preocupaciones del mundo entero.*”

“He aquí señores, en esta doble independencia la única verdadera libertad, la que es el fundamento de las naciones y elemento de que viven; la preciosa libertad que apenas conoce nuestra Patria y cuya existencia está insinuada teóricamente en dos actos: el de su sanción el año de 1816; nuestros padres de pie, con la mano en el corazón y sus ojos en el cielo, juraron y se convocaron para el día siguiente a cumplir su juramento ¡Dios Santol! ¡Treinta y siete años, como treinta y siete siglos han sido este día!”

En otro notable sermón recomienda la sumisión a la ley con estas palabras: *“...Obedeced señores, sin sumisión no hay ley; sin leyes no hay Patria, no hay verdadera libertad, existen sólo pasiones, anarquía, disolución y males de que Dios nos libre eternamente a la república Argentina”* (54).

Se trata de expresiones que han adquirido un sentido profético y llaman a una profunda reflexión sobre los tiempos que sobrevendrían muchos años después a la sanción de la Constitución. Concluye Fray Mamerto Esquiú con una patriótica incitación *“Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos”*. ♦

(53) LINARES QUINTANA, Segundo V., “El espíritu de la Constitución”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 73.

(54) ESQUIU, Fray Mamerto, “Sermones de un Patriota”, Colección Grandes Escritores Argentinos, Jackson Editores, Buenos Aires, 1957.

LA DINAMICA DEL PROGRESO EN LA CONSTITUCION DE 1853

POR MARCELO D. DUFFY

La formulación y sanción de un texto constitucional con miras a organizar la vida política de un estado constituye, como es de toda obviedad, una tarea de titánicas proporciones pues implica no sólo esbozar y definir en un limitado número de normas los caracteres de las instituciones fundamentales que regirán una determinada comunidad sino, y especialmente, aprehender la verdadera esencia de esta última, de modo que aquéllas puedan cobrar efectiva vigencia y subsistir los embates del inevitable paso del tiempo (1). Tan es así que se ha sostenido que para que una constitución perdure resulta indispensable que la estructura social subyacente a la que ella se destina sea capaz de asimilarla y de servirle de soporte pues de lo contrario se reduce, de manera inexorable, a lo que Fernando Lasalle alguna vez llamó una "hoja de papel" (2).

(1) Ello sin olvidar, como lo puso de relieve Alberdi, que "No se ha de aspirar á que las constituciones expresen las necesidades de todos los tiempos. Como los andamios de que se vale el arquitecto para construir los edificios, ellas deben servirnos en la obra interminable de nuestro edificio político, para colocarlas hoy de un modo y mañana de otro, según las necesidades de la construcción. Hay constituciones de transición y creación, y constituciones definitivas y de conservación. Las que hoy pide la América del Sud son de la primera especie, son de tiempos excepcionales". ALBERDI, Juan Bautista, "Organización de la Confederación Argentina", El Ateneo Librería Científica y Literaria, Buenos Aires, 1913, Tomo I; "Bases y Puntos de Partida para la organización política de la República Argentina", Cap. X, p. 44. Aunque también expresó que "el principal medio de afianzar el respeto de la constitución es evitar en todo lo posible sus reformas". *Ibíd.*, Cap. XXXIV, ps. 197/198.

(2) BIDART CAMPOS, Germán J., "Alberdi y la dinámica constitucional del progreso", La Ley, 131-1394 y sigtes. En idéntico sentido señala Fayt que "Las constituciones por sí

En nuestro país y superado ya el despunte del siglo XIX, esta labor fundacional se presentó especialmente compleja y marcadamente imperiosa por las características y vicisitudes propias de su historia reciente. Compleja, porque era necesario encontrar una fórmula que aunara, de una vez por todas y con carácter de permanencia, posiciones que aparecían irreductibles con la finalidad de plasmar definitivamente el verdadero ser nacional. En este sentido, todavía llameaban —y lo harían por un extenso período— los enconos fratricidas suscitados entre unitarios y federales (3). Imperiosa porque dicha tarea resultaba imprescindible para consumir la efectiva organización del país. En este sentido, y como lo pondría de resalto el genial Alberdi en las primeras líneas de sus “Bases” —progenitor indiscutible de nuestra Ley Fundamental— “la victoria de Monte Caseros por sí sola no coloca a la República Argentina en posesión de cuanto necesita. Ella viene a ponerla en el camino de su organización y progreso, bajo cuyo aspecto considerada, esa victoria es un evento tan grande como la revolución de mayo, que destruyó el gobierno colonial español. Sin que pueda decirse que hemos vuelto al punto de partida (pues los Estados no andan sin provecho el camino de los padecimientos), nos hallamos como en 1810 en la necesidad de crear un gobierno general argentino y una constitución que sirva de regla de conducta a ese go-

mismas no alteran ni modifican la vida social, y su éxito, dado por el cumplimiento de sus disposiciones y no por su vigencia o durabilidad, depende de la medida en que interpreten esa realidad, del grado en que reflejen ese estado social. Y la razón es clara y evidente. las constituciones son fórmulas de derecho. Las realidades políticas son hechos. Cuando las primeras no interpretan, condensan o encauzan las segundas, las constituciones al no realizarse fracasan, pues los hechos dominan al derecho. En cambio cuando los reflejan y los orientan, las constituciones triunfan, pues el derecho domina a los hechos. La constitución de cada país debe ser siempre, entonces, un compromiso entre las tradiciones políticas existentes y la racionalización jurídica de la vida”. FAYT, Carlos Santiago, “Fuentes de la Constitución argentina”, Librería Editorial Dovi-
le, Buenos Aires, 1943, ps. 19/20.

(3) Estas reyertas, que se evidencian con posterioridad a la declaración oficial de la independencia de España acaecida en 1816, demostraban, en palabras de Quentin-Mauroy, “cuán débil era el lazo moral que unía a los argentinos y cuán tímida e incierta la conciencia nacional”. Al respecto, señala el autor citado que el gran mérito de Alberdi “es el haber consagrado todas sus fuerzas al examen de este problema primordial: ¿por qué vías llegar a la rápida constitución de una conciencia nacional en un país mantenido largo tiempo en el status de colonia? ¿De dónde partir y cómo hacer para suscitar en ese pueblo un sentimiento de común pertenencia a la entidad nacional?”. Cfr. QUENTIN-MAUROY, Dominique, “Alberdi y la formación de la conciencia argentina”, Boletín del Museo Social Argentino, Año 59, N° 382, p. 73 y sigtes.

bierno. Toda la gravedad de la situación reside en esta exigencia (...). La constitución general es la carta de navegación de la Confederación Argentina. En todas las borrascas, en todos los males tiempos, en todos los trances difíciles, la Confederación tendrá siempre un camino seguro para llegar á puerto de salvación, con sólo volver sus ojos á la constitución y seguir el camino que ella le traza, para formar el gobierno y para reglar su marcha" (4).

En este sentido, no está de más recordar que Hobbes aducía que "La causa final, propósito o designio que hace que los hombres —los cuales aman por naturaleza la libertad y el dominio sobre los demás— se impongan a sí mismos esas restricciones de las que vemos que están rodeados cuando viven en Estados, es el procurar su propia conservación y, consecuentemente, una vida más grata. Es decir, que lo que pretenden es salir de esa insufrible situación de guerra que, como se ha mostrado ..., es el necesario resultado de las pasiones naturales de los hombres cuando no hay un poder visible que los mantenga atemorizados y que, con la amenaza del castigo, los obligue a cumplir sus convenios y a observar las leyes de naturaleza ... como la justicia, la equidad, la modestia, la misericordia y, en suma, el hacer con los demás lo que quisiéramos que se hiciese con nosotros" (5).

(4) ALBERDI, Juan Bautista, "Organización de la Confederación Argentina", El Ateneo Librería Científica y Literaria, Buenos Aires, 1913, Tomo I; "Bases y Puntos de Partida para la organización política de la República Argentina", Cap. I, ps. 15/16, y Cap. XXXIV, p. 203.

(5) HOBBS, Thomas, "Leviathan: Or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil", tít. en castellano: "Leviatán: La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil", Ediciones Altaya S.A., Barcelona 1994, Tomo I, Cap. 17, "De las causas, generación y definición de un Estado", p. 41. En análogo sentido, expresaba Locke "Si en el estado de naturaleza la libertad de un hombre es tan grande como hemos dicho; si él es señor absoluto de su propia persona y de sus posesiones en igual medida que pueda serlo el más poderoso; y si no es súbdito de nadie, ¿por qué decide mermar su libertad? ¿Por qué renuncia a su imperio y se somete al dominio y control de otro poder? La respuesta a estas preguntas es obvia. contesto diciendo que, aunque en el estado de naturaleza tiene el hombre todos esos derechos, está, sin embargo, expuesto constantemente a la incertidumbre y a la amenaza de ser invadido por otros. Pues como en el estado de naturaleza todos son reyes lo mismo que él, cada hombre es igual a los demás; y como la mayor parte de ellos no observa estrictamente la equidad y la justicia, el disfrute de la propiedad que un hombre tiene en un estado así es sumamente inseguro. esto lo lleva a querer abandonar una condición en la que, aunque él es libre, tienen lugar miedos y peligros constantes; por lo tanto, no sin razón está deseoso de unirse en sociedad con otros que ya están unidos o que tienen intención de estarlo

Por ello, y a partir de los factores sociales, económicos y políticos imperantes en la época, los constituyentes del '53 llevaron a cabo ese cometido teniendo en cuenta, fundamentalmente, dos modelos (6) predominantes: por un lado, la obra de Juan Bautista Alberdi, en particular, sus "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivadas de la ley que preside el desarrollo de la civilización en América del Sur" (7) y su proyecto de constitución, que sirvió de cimiento a nuestra carta magna histórica (8); y, por

con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo eso a lo que doy el nombre genérico de 'propiedad'". (Cfr. LOCKE, John, "The Second Treatise of Civil Government. An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government", Tít. en castellano: "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil", Ediciones Altaya, Barcelona, 1994, Cap. 9, "De los fines de la sociedad política y del gobierno", parág. 123, p. 133 y sigtes.). Y Rousseau argüía: "Parto de considerar a los hombre llegados a un punto en el que los obstáculos que dañan a su conservación en el estado de naturaleza logran superar, mediante su resistencia, la fuerza que cada individuo puede emplear para mantenerse en ese estado. desde ese momento tal estado originario no puede subsistir y el género humano perecería si no cambiase de manera de ser". ROUSSEAU, Jean Jacques, "Du Contrat Social (1762)", tít. en castellano: "El contrato social", Ediciones Altaya, Barcelona, 1993, Libro Primero, Cap. VI, "Del Pacto Social", p. 14.

(6) Fayt arguye que "La Constitución de la Nación Argentina dictada por la Asamblea Constituyente de 1852-53, reconoce por fuente el estado social, las inquietudes políticas y las necesidades económicas del pueblo argentino a la época de su sanción y su proyección en el futuro. No es obra de la imaginación de los constituyentes, ni copia de la Constitución norteamericana, ni fruto de las elucubraciones de Alberdi, ni producto de los deseos de Urquiza. La unidad moral que se inicia en 1810, tenía necesidad en 1853 de plasmarse en unidad material". No obstante, añade que "es innegable, por otra parte, la influencia del modelo norteamericano en su texto, como es innegable la influencia de Alberdi y de su proyecto. En lo que los modelos se ajustaron a la realidad política argentina, se cumplieron y se realizaron. Pero en lo que no respondían a esa realidad, como por ejemplo el juicio por jurados, están incumplidos, por realizarse ... En suma, la Constitución Nacional reconoce una sola fuente: los factores sociales argentinos, y dos modelos fundamentales: la Constitución norteamericana y el proyecto de Alberdi, contenido en 'Las Bases'". Cfr. FAYT, Carlos Santiago, "Fuentes de la Constitución argentina", op. cit., ps. 23/24.

(7) Verdadero "Decálogo Argentino", como se lo ha denominado, es un "compendio de la vida hispano-americana, es una síntesis de filosofía y sociología insuperable e insuperada. No es ni imaginativa ni literaria. Es un estudio de observación y crítica de la vida social argentina, sin afeites ni inventos. Es copia acabada de la realidad argentina". FAYT, Carlos Santiago, "Fuentes de la Constitución argentina", op. cit., ps. 68/69.

(8) Cfr. QUENTIN-MAUROY, Dominique, "Alberdi y la formación de la conciencia argentina", op. cit., p. 74.

el otro, la especialísima influencia de la experiencia y del modelo norteamericanos en la materia.

¿Cuál era una de las cuestiones que más preocupaba e interesaba a estos iniciales arquitectos de la Nación? Indudablemente afianzar su auge y su progreso una vez levantada su armazón estructural, objetivo por demás inmanente a la existencia de todo estado.

En este orden de ideas, Fayt subraya que nuestros primeros constituyentes no pudieron desviar sus miradas de "la prosperidad del pueblo americano del Norte, [y de] la felicidad de sus hombres que vivían en libertad y gozaban de un gobierno casi perfecto. Y creyeron que debía tenerse por modelo la constitución de aquel pueblo cada día más próspero y feliz, deduciendo que si el trabajo de ese pueblo resultaba fecundo era porque sabiamente y en forma natural, el orden y la paz, surgían del equilibrio y la armonía entre la libertad de los ciudadanos y la constitución de los poderes, de la carta fundamental que lo regía" (9). No obstante, no cabe perder de vista, en lo que al tema en tratamiento respecta, que la ley fundamental norteamericana no contuvo una disposición de índole similar a la que los convencionales de Santa Fe incluyeron en nuestra carta magna histórica, en el art. 67, inc. 16 (10).

Idéntico objetivo tenía en mente Alberdi, como él mismo se encargó de ponerlo de relieve en distintos párrafos de sus "Bases". En efecto, el ilustre escritor argentino, que poseía un profundo conocimiento de la realidad del país, sabía que ningún estado podía subsistir si no tenía presente e implementaba una adecuada política de progreso a su respecto. Por ello precisaba en esa obra que, a diferencia de lo acontecido en la primera etapa de historia constitucional de nuestra América del Sud (11) —que ubica a partir de 1810 y extiende hasta la gue-

(9) Cfr. FAYT, Carlos Santiago, "Fuentes de la Constitución argentina", op. cit., ps. 48/49.

(10) *Ibidem*, p. 53.

(11) En la que "la democracia y la independencia eran todo el propósito constitucional [y] la riqueza, el progreso material, el comercio, la población, la industria, en fin, todos los intereses económicos, eran cosas accesorias, beneficios secundarios, intereses de segundo orden, mal conocidos y mal estudiados, y peor atendidos por supuesto. No dejaban de figurar escritos en nuestras constituciones, pero sólo era un clase de

rra de independencia de España— “todo ha cambiado en esta época: la repetición del sistema que convino en tiempos y países sin analogía con los nuestros —Francia y Estados Unidos—, sólo serviría para llevarnos al embrutecimiento y á la pobreza. (...) No es que la América de hoy olvide la libertad y la independencia como los grandes fines de su derecho constitucional; sino que, más práctica que teórica, más reflexiva que entusiasta, por resultado de la madurez y de la experiencia, se preocupa de los hechos más que de los nombres, y no tanto se fija en los fines como en los medios prácticos de llegar á la verdad de esos fines. Hoy se busca la realidad práctica de lo que en otro tiempo nos contentábamos con proclamar y escribir. He aquí el fin de las constituciones de hoy en día: ellas deben propender á organizar y constituir los grandes medios prácticos de sacar á la América emancipada del estado obscuro y subalterno en que se encuentra. Esos medios deben figurar hoy á la cabeza de nuestras constituciones. Así como antes colocábamos la independencia, la libertad, el culto, hoy debemos poner la inmigración libre, la libertad de comercio, los caminos de fierro, la industria sin trabas, no en lugar de aquellos grandes principios, sino como medios esenciales de conseguir que dejen ellos de ser palabras y se vuelvan realidades” (12).

Y fue justamente esta concepción la que llevó al prócer tucumano a criticar denodadamente a las constituciones más conocidas ensayadas en la época —argentina de 1826, de Chile, del Perú, de Colombia, de México, del Uruguay y del Paraguay—, por no promover el progreso y el bienestar de sus respectivos estados. Así y a mero título de ejemplo, aducirá, respecto de la ley fundamental chilena, que “es incompleta y atrasada en cuanto á los medios económicos de progreso y a las grandes necesidades materiales de la América española”, y sobre la

pormenores y detalles destinados á hermosear el conjunto”. ALBERDI, Juan Bautista, “Organización de la Confederación Argentina”, El Ateneo Librería Científica y Literaria, Buenos Aires, 1913, Tomo I, “Bases y Puntos de Partida para la organización política de la República Argentina”, Cap. II, p. 18.

(12) *Ibíd.*, “Bases”, Cap. II, p. 21 y Cap. X, p. 43. Así, sostendrá que “Los otros grandes fines de la constitución argentina no serán hoy, como se ha demostrado en este libro, lo que eran en el primer período de la revolución. En aquella época se trataba de afianzar la independencia por las armas; hoy debemos tratar de asegurarla por el engrandecimiento material y moral de nuestros pueblos. Los fines políticos eran los grandes fines de aquel tiempo; hoy deben preocuparnos especialmente los fines económicos”. *Ibíd.*, Cap. XVIII, p. 92.

paraguay, que "nada sería la tiranía presente si al menos diera garantías de libertades y progresos para tiempos venideros. Lo peor es que las puertas del progreso y del país continúan cerradas herméticamente por la constitución" (13).

Si bien no se trata aquí de hacer una biografía del escritor argentino ni de plasmar por entero su pensamiento —empresa para la que se requeriría una mayor documentación y una preparación más amplia—, sí cabe detenerse en determinadas ideas suyas a los efectos de poder aprehender la esencia de su concepción en lo que al tema en tratamiento respecta.

Alberdi era un espíritu eminentemente noble (14), culto y amante de la paz, de naturaleza liberal y religiosa, notablemente conocedor de la realidad de su época y profundamente enamorado de su tierra, al punto de consagrarse en pleno a ella (15). No por nada se dirá de él que fue "el ciudadano ejemplar y el héroe civil que sacrificó todo aquello que la vida puede ofrendar a un hombre —su existencia, bienestar personal, felicidad, familia, posiciones y riqueza material— a la ejecución inexorable de la trascendental misión que con inquebrantable voluntad asumió y cumplió en exclusivo interés de la Patria" (16).

(13) *Ibíd.* "Bases", Capítulos III, IV, V, VI, VII, VIII y IX; en especial, ps. 28 y 40.

(14) Al respecto, hago más las palabras que alguna vez expresó Mario J. López. "No me propongo idealizar a Alberdi. Ni los próceres de verdad deben ser idealizados. Aunque, por supuesto, tampoco calumniados. Hay que colocarlos en su dimensión humana, a la escala del hombre. José Martí, en un hermoso libro dedicado a los niños de América, ha escrito, con el pensamiento puesto en los próceres, estas palabras pletóricas de sensatez: "Se les debe perdonar sus errores, porque el bien que hicieron fue más que sus faltas. Los hombres no pueden ser más perfectos que el Sol. el Sol quema con la misma luz que calienta. El Sol tiene manchas. Los desgraciados no hablan más que de las manchas. Los agradecidos hablan de la luz". LOPEZ, Mario Justo, "Centenario de Alberdi. Las ideas políticas de Alberdi", Ideas en Ciencias Sociales, Año 1, N° 2, abril-junio 1984, U.B.A., Buenos Aires, p. 19 y sigtes.

(15) En este sentido, López recuerda que Alberdi nació con la patria. "Con palabras brotadas bien de adentro lo dejó escrito para siempre: 'Yo he nacido con ella; sus victorias se ligan a los recuerdos de mi niñez; sus dogmas y principios, a los estudios de mi juventud; sus perspectivas a las quimeras doradas de mi vida'. Y vivió con la patria, llevándola a cuestas en su eterno peregrinaje por tierras extrañas, hasta morir un día, anémico, hemipléjico, escupiéndole sangre, lejos de ella, delirando con ella". LOPEZ, Mario Justo, "Centenario de Alberdi. Las ideas políticas de Alberdi", op. cit., p. 20.

(16) Palabras pronunciadas por Linares Quintana al celebrarse el centenario del fallecimiento del prócer, reproducidas en GARCIA BELSUNCE, Horacio A., "Juan Bautis-

Y dicha labor la cumplió, en lo que a la elaboración de nuestros antecedentes constitucionales respecta, no sólo desde su condición de jurista sino ahondando y desentrañando el dilema social inherente. Es por ello que se ha aseverado que "Alberdi tenía horizontes sociológicos: no hace en las Bases una obra de legista y de político, sino que se pone en la corriente central de la historia de su pueblo, que no es sólo la de la Argentina independiente, aislada o concentrada en las luchas y oposiciones de los caudillos, sino que ella se pierde en el pasado de la historia colonial, y á través de ella, en la del mundo hacia la cual, además, debe orientarse la Argentina de su tiempo, como la de hoy, para ser el gran país, la gran fuerza nacional que sugieren su posición y su estructura geográficas. Lo cual obliga á Alberdi, por otra parte, á considerar el problema de la constitución política misma como un problema sociológico; esto es, no como una pura cuestión de forma y de organización de instituciones, sino, además de esto, como asunto de economía política, de formación de cultura, de orientación ideal y de relación universal con el mundo culto" (17).

¿Qué tipo de progreso tenía en mente y propiciaba Alberdi? Para dar respuesta a este interrogante es necesario detenerse, siquiera míni-

ta Alberdi", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales, 2ª época, año 29, Nº 22, Bs. As., ps. 327/337. En términos similares se expresará Mannequin en un artículo del "Journal des Economistes". Así, dirá de Alberdi que "este hombre de bien, que jamás sacrificó un deber á su ambición ó á sus intereses, sólo la ha gozado con el corazón: acaba de morir pobre ó casi pobre. Y habría podido enriquecerse fácil y honradamente: estaba demasiado ocupado con las cosas de su país para eso". Cfr. POSADA, Adolfo, "Estudio Preliminar" en ALBERDI, Juan Bautista, "Organización de la Confederación Argentina", op. cit., Tomo I, p. I.

(17) Cfr. POSADA, Adolfo, "Estudio Preliminar" en ALBERDI, Juan Bautista, "Organización de la Confederación Argentina", op. cit., Tomo I, p. X. Por su parte, sostiene Bidart Campos que "No debemos olvidar que Alberdi fue un hombre de la generación del 1837, y que asistió al espectáculo de las hondas tensiones ideológicas que desde 1810 enfrentaban y dividían a nuestra comunidad. Vivió el impacto de la tiranía rosista, y aspiró a lograr la unidad, la organización constitucional y el orden. De allí su intento y su pasión por hallar la fórmula de la conciliación y llevarla a la práctica. No se entretuvo en abstracciones, porque el tiempo y las circunstancias reclamaban con apremio la solución efectiva. Fue por eso el gran teórico de la constitución, pero de una constitución que no era un esquema racional sino un proyecto de urgente efectividad. Toda su obra está transida del propósito de crear un gobierno viable y un sistema de real funcionamiento, que permitiera a breve plazo hacer asequible el progreso con libertad y con justicia". BIDART CAMPOS, Germán J., "Alberdi y la dinámica constitucional del progreso", op. cit., p. 1395.

mamente, en la esencia de sus ideas políticas, más allá de las contradicciones que en su exposición se le han achacado (18). Según Mario Justo López aquéllas giraron en torno a tres cuestiones fundamentales: la necesidad de instaurar una conciencia nacional, de apreciar la realidad tal cual se presentaba, con el afán de “no perderse en vericuetos ideológicos o utopistas”, y de lograr la concreción de una verdadera unión nacional (19).

Ese realismo, que López califica de “arquitectural” porque apuntó a construir a partir suyo y que le granjeó no pocas críticas (20), surgirá nítido en las “Bases”. Así, dirá Alberdi que: “Dios, en efecto, da á cada pueblo su constitución ó manera de ser normal, como la da á cada hombre. El hombre no elige discrecionalmente su constitución gruesa ó delgada, nerviosa ó sanguínea; así tampoco el pueblo se da por su voluntad una constitución monárquica ó republicana, federal ó unitaria. El recibe estas disposiciones al nacer: las recibe del suelo que le toca por morada, del número y de la condición de los pobladores con que empieza, de las instituciones anteriores y de los hechos que constituyen su historia; en todo lo cual no tiene más acción su voluntad

(18) Cfr. FAYT, Carlos Santiago, “Fuentes de la Constitución argentina”, op. cit., ps. 65/67.

(19) LOPEZ, Mario Justo, “Centenario de Alberdi. Las ideas políticas de Alberdi”, op. cit., ps. 23/28.

(20) Sobre estas reprobaciones apunta López que “hay muchos que no lo han entendido. por eso, basados en frases de ocasión, lo han acusado —y desde luego no entro a considerar los ataques de toda índole de que ha sido objeto— de realista estrecho y, en tal sentido, de materialista que subordinaba todos los valores a la finalidad económica. Groussac, que evidentemente no simpatizaba con el tucumano, tachó al pensamiento alberdiano de ‘evangelio sórdido de la hartura y del engorde a costa del envilecimiento’. Y tras Groussac, muchos otros han dicho lo mismo, con palabras más o menos parecidas. Pero, para poner las cosas en su punto, es decir para desechar la tacha del “antiespiritualismo” de Alberdi ... bastaría hacerlo hablar [a él]. ‘La riqueza no es un fin, lo repetimos —decía en el Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina—, sino el medio más eficaz de cambiar las condiciones del hombre argentino que al presente peca especialmente por la pobreza ... empezar por los intereses materiales no es echar en olvido los de la inteligencia y la moral. muy estrecho es el espíritu de los que entienden así las cosas ... no es el materialismo, es el espiritualismo ilustrado, lo que nos induce a colocar los intereses económicos como fines de primer rango en el derecho constitucional argentino’”. LOPEZ, Mario Justo, “Centenario de Alberdi. Las ideas políticas de Alberdi”, op. cit., ps. 21/22.

que la dirección dada al desarrollo de esas cosas en el sentido más ventajoso á su destino providencial" (21).

¿Y cuál era esa realidad incontrastable que en materia de progreso el prócer y los futuros constituyentes no podían obviar? Sin lugar a dudas, la amplia extensión territorial de nuestro país y, especialmente, sus consecuencias. Como lo recuerda el autor previamente referido, ya en la "Memoria sobre la conveniencia de un congreso general americano" de 1844, Alberdi había escrito "que 'los actuales enemigos de la América están abrigados dentro de ella misma; son sus desiertos sin rutas, sus ríos esclavizados y no explotados; sus costas despobladas por el veneno de las restricciones mezquinas; la anarquía de sus aduanas y tarifas; la ausencia del crédito'" (22). Y en las "Bases" añadirá "¿Qué nombre daréis, qué nombre merece un país compuesto de doscientas mil leguas de territorio y de una población de ochocientos mil habitantes? —un desierto.— ¿Qué nombre daréis á la constitución de ese país?— La constitución de un desierto. Pues bien, ese país es la República Argentina; y cualquiera que sea su constitución, no será otra cosa por muchos años que la constitución de un desierto" (23).

Esta realidad, que Alberdi descubrirá siendo prácticamente un niño al abandonar su provincia natal (24), será el dato sobre el que estruc-

(21) ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XVII, p. 83. Añadiré que "El Congreso Argentino constituyente ... no podrá reducir su territorio, ni cambiar su constitución geológica, ni mudar el curso de los grandes ríos, ni volver minerales los terrenos agrícolas. El vendrá a estudiar y á escribir las leyes naturales en que todo eso propende á combinarse y desarrollarse del modo más ventajoso á los destinos providenciales de la República Argentina". *Ibíd.*, p. 84.

(22) LOPEZ, Mario Justo, "Centenario de Alberdi. Las ideas políticas de Alberdi", op. cit., p. 25.

(23) ALBERDI, Juan B. "Bases", op. cit. Cap. XXXI, p. 181. No obstante, y al preguntarse cuál era la constitución que mejor convenía al desierto responderá "La que sirve para hacerlo desaparecer; la que sirve para hacer que el desierto deje de serlo en el menor tiempo posible, y se convierta en país poblado". *Ibíd.*

(24) "Corre el año 1824, Juan Bautista Alberdi, que aún no ha cumplido sus catorce años y que, hace ya cuatro, ha quedado huérfano, abandona para siempre —quizá sin sospecharlo— su Tucumán natal. Marcha lentamente, con la lentitud de las carretas tiradas por bueyes, hacia la lejana Buenos Aires. Quizá no lo medite todavía, pero aquellos dos meses de incesante trajinar, con los ojos muy abiertos tras huellas ignoradas, le dan la vivencia de la entrañable realidad de su país. Algún día, casi treinta años des-

turará su noción de progreso. Así, el tucumano hablará sobre la necesidad de fomentar la inmigración europea (25); de celebrar tratados con el extranjero, "en que deis garantías de que sus derechos naturales de propiedad, de libertad civil, de seguridad, de adquisición y de tránsito, les serán respetados" (26); de amparar la tolerancia religiosa (27); de extender las vías férreas (28); de promover las empresas destinadas a la construcción de ferrocarriles mediante el otorgamiento de franquicias y privilegios (29); de incentivar el ingreso de capitales

pués, la vivencia del adolescente se transformará en el dato sociogeográfico del hombre maduro y escribirá que 'el enemigo capital de la unidad y del progreso argentinos es el espacio de doscientas mil leguas cuadradas en que se deslíe, como gota de carmín en el Paraná, el puñadito de nuestra población de un millón escaso' (Bases)". LOPEZ, Mario Justo, "Centenario de Alberdi. Las ideas políticas de Alberdi", op. cit., p. 19.

(25) "Cada europeo que viene á nuestras playas, nos trae más civilización en sus hábitos, que luego comunica á nuestros habitantes, que muchos libros de filosofía. Se comprende mal la perfección que no se ve, toca ni palpa. Un hombre laborioso es el catecismo más edificante. ¿Queremos plantar y aclimatar en América la libertad inglesa, la cultura francesa, la laboriosidad del hombre de Europa y de Estados Unidos? Traigamos pedazos vivos de ellas en las costumbres de sus habitantes y radiquémoslas aquí. ¿Queremos que los hábitos de orden, de disciplina y de industria prevalezcan en nuestra América? Llenémosla de gente que posea hondamente esos hábitos. Ellos son comunicativos; al lado del industrial europeo pronto se forma el industrial americano. La planta de la civilización no se propaga de semilla. Es como la viña, prende de gajo. Este es el medio único de que la América, hoy desierta, llegue á ser un mundo opulento en poco tiempo. La reproducción por sí sola es medio lentísimo. Si queremos ver agrandados nuestros Estados en corto tiempo, traigamos de fuera sus elementos ya formados y preparados". ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XV, p. 64.

(26) "Estos tratados serán la más bella parte de la constitución; la parte exterior, que es llave del progreso de estos países, llamados á recibir su acrecentamiento de fuera". ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XVII, p. 65.

(27) "Si queréis familias que formen las costumbres privadas, respetad su altar á cada creencia. La América española, reducida al catolicismo con exclusión de otro culto, representa un solitario y silencioso convento de monjes. El dilema es falta: ó católica exclusivamente y despoblada, ó poblada y próspera, y tolerante en materia de religión". ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XVII, ps. 67/8.

(28) "El ferrocarril es el medio de dar vuelta al derecho lo que la España colonizadora colocó al revés en este continente. ella colocó las cabezas de nuestros Estados donde deben estar los pies. Para sus miras de aislamiento y monopolio, fué sabio ese sistema; para las nuestras de expansión y libertad comercial, es funesto". ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XVII, p. 70.

(29) ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XVII, p. 72.

foráneos, rodeándolos de las protecciones necesarias (30); de permitir la navegación interior sin limitación alguna (31); y de restringir las aduanas establecidas para así hacer prosperar la libertad comercial (32), encaminando la legislación a la consecución de tan vastos fines (33).

No obstante, el desarrollo que propugnaba Alberdi no se circunscribía al ámbito material y económico. Se extendía también al plano cultural y espiritual (34) aunque más no fuera —como alguna vez se sostuvo y no sin fundamento— sino a los efectos de concretar la organización económico-política del estado naciente (35). En este sentido, el ilustre escritor hizo hincapié en la obligación de preservar la paz (36) y la moral (37) y en la de proteger los credos (38) de todos aquéllos

(30) ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XVII, p. 73.

(31) ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XVII, p. 74.

(32) ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XVII, p. 75.

(33) "Las exigencias económicas é industriales de nuestra época y de la América del Sur deben servir de base de criterio para la reforma de nuestra legislación interior, como servirán para la concepción de su derecho constitucional. (...) El derecho civil sudamericano debe dar facilidades á la industria y al comercio" ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XVII, ps. 78/83.

(34) BIDART CAMPOS, Germán J., "Alberdi y la dinámica constitucional del progreso", op. cit., p. 1395.

(35) POSADA, Adolfo, "Estudio Preliminar", en ALBERDI, Juan Bautista, "Organización de la Confederación Argentina", op. cit., Tomo I, ps. XX y XXXVII.

(36) "La paz y el orden interior son otro de los grandes fines que debe tener en vista la sanción de la constitución argentina; porque la paz es de tal modo necesaria al desarrollo de las instituciones, que sin ella serán vanos y estériles todos los esfuerzos hechos en favor de la prosperidad del país. La paz, por sí misma, es tan esencial al progreso de estos países en formación y desarrollo, que la constitución que no djese más beneficio que ella, sería admirable y fecunda en resultados". ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XVIII, p. 99.

(37) "No pretendo que la moral deba ser olvidada. Sé que sin ella la industria es imposible; pero los hechos prueban que se llega á la moral más presto por el camino de los hábitos laboriosos y productivos de esas nociones honestas, que no por la instrucción abstracta". ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XIII, p. 53.

(38) "Si queréis pobladores morales y religiosos, no fomentéis el ateísmo. Si queréis familias que formen las costumbres privadas, respetad su altar á cada creencia". ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XV, p. 67.

que vinieran a poblar estas tierras; en la promoción de planes de inmigración, porque ellos traerían consigo la tan ansiada civilización y cultura europeas (39), a las cuales no dudaba pertenecer (40); y en la educación, que, en una visión distinta a la sostenida por Sarmiento, su implacable enemigo (41), no asimiló a la instrucción (42).

(39) "¿Cómo, en qué forma vendrá en lo futuro el espíritu vivificante de la civilización europea á nuestro suelo? Como vino en todas épocas: la Europa nos traerá su espíritu nuevo, sus hábitos de industria, sus prácticas de civilización, en las inmigraciones que nos envíe". ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XV, p. 63.

(40) "Los Americanos de hoy somos Europeos que hemos cambiado de maestros: á la iniciativa española ha sucedido la inglesa y francesa". ALBERDI, Juan B., "Bases", op. cit., Cap. XIV, p. 59.

(41) "No parece tener Alberdi —se ha dicho— una clara idea de la función renovadora, sugestiva, intensamente cultural de la filosofía, del derecho, de la misma economía, cuando ésta atienda no sólo á las relaciones que entraña el punto de vista de las necesidades materiales, sino también á las resultantes de las exigencias éticas. Quizás no tenía en este respecto Alberdi la genial penetración de Sarmiento, que simboliza como nadie, en la Argentina y en toda la América del Sur, la formación de la patria por la Escuela, por la educación. Realmente se ve bien clara la diferencia de ideales de los dos grandes hombres en sus fórmulas respectivas: para Sarmiento 'Gobernar es educar'; 'En América —dice Alberdi—, gobernar es poblar'. De los dos resortes culturales de que nuestro gran Costa nos habla: la Escuela y la Despensa: Sarmiento prefiere el primero; Alberdi considera el problema nacional resueltamente como un problema de economía. Pero Sarmiento era un maestro de escuela y Alberdi no era un pedagogo, un educador, sino, y sobre todo, un espíritu político". POSADA, Adolfo, "Estudio Preliminar", en ALBERDI, Juan Bautista, "Organización de la Confederación Argentina", op. cit., Tomo I, ps. XVIII y XIX.

(42) "Belgrano, Bolívar, Egaña y Rivadavia comprendieron desde su tiempo que sólo por medio de la educación conseguirían algún día estos pueblos hacerse merecedores de la forma de gobierno que la necesidad les impuso anticipadamente pero ellos confundieron la educación con la instrucción, el género con la especie. (...) Nuestros primeros publicistas dijeron: '¿De qué modo se promueve y fomenta la cultura de los grandes Estados europeos? Por la instrucción principalmente: luego éste debe ser nuestro punto de partida'. Ellos no vieron que nuestros pueblos nacientes estaban en el caso de hacerse, de formarse, antes de instruirse, y que si la instrucción es el medio de cultura de los pueblos ya desenvueltos, la educación por medio de las cosas es el medio de instrucción que más conviene á pueblos que empiezan á crearse. En cuanto á la instrucción que se dió á nuestros pueblos, jamás fué adecuada á sus necesidades. (...) La instrucción primaria dada al pueblo más bien fué perniciosa. ¿De qué sirvió al hombre del pueblo el saber leer? De motivo para verse ingerido como instrumento en la gestión de la vida política que no conocía; para instruirse en el veneno de la prensa electoral, que contamina y destruye en vez de ilustrar; para leer insultos, injurias sofismas y proclamas de incendio, lo único que pica y estimula su curiosidad inculta y grosera. No

Cabe poner de relieve que iguales principios tuvo en cuenta como atribuciones concurrentes de las provincias (43).

En definitiva, fue para Alberdi tan importante la búsqueda y consecución del desarrollo de la Nación que las grabó a fuego en el proyecto de constitución que elaboraría en el exilio (44).

En efecto, además de aparecer la noción misma ya en su Preámbulo —que se refiere al deber de los constituyentes de “reglar las garantías públicas... de progreso material é inteligente (45)— y de surgir genéricamente de diversas normas, el prócer previó, como una obligación expresa del congreso nacional, “Proveer lo conducente á la prosperidad, defensa y seguridad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, estimulando el progreso de la instrucción y de la industria, de la inmigración, de la construcción de ferrocarriles y canales navegables, de la colonización de las tierras desiertas y habitadas por indígenas, de la plantificación de nuevas industrias, de la importación de capitales extranjeros, de la exploración de los ríos navegables, por leyes protectoras de esos fines, y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo” (art. 67, inc. 3º).

Y este anhelo fue sin lugar a dudas compartido por los constituyentes del '53, al punto de incluir en nuestra Ley Fundamental una dispo-

pretendo que deba negarse al pueblo la instrucción primaria, sino que es un medio impotente de mejoramiento comparado con otros, que se han desatendido. (...) Estos países necesitan más de ingenieros, de geólogos y naturalistas, que de abogados y teólogos. Su mejora se hará con caminos, con pozos artesianos, con inmigraciones, y no con periódicos agitadores ó serviles, ni con sermones ó leyendas. (...) Nuestra juventud debe ser educada en la vida industrial, y para ello ser instruída en las artes y ciencias auxiliares de la industria. El tipo de nuestro hombre sud-americano debe ser el hombre formado para vencer al grande y agobiante enemigo de nuestro progreso: el desierto, el atraso material, la naturaleza bruta y primitiva de nuestro continente”. ALBERDI, Juan B., “Bases”, op. cit., Cap. XIII, ps. 51/53.

(43) ROUGES, Jorge Luis, “Cláusula de la prosperidad y del progreso” en la obra colectiva “Homenaje a Juan Bautista Alberdi. Sesquicentenario de las Bases (1852-2002). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. República Argentina, 2002, p. 443 y sigtes.

(44) ALBERDI, Juan B., “Bases”, op. cit., Cap. XXXVI, p. 217.

(45) Cfr. ALBERDI, Juan B., “Bases”, op. cit., Cap. XXXVII, p. 220.

sición de similares términos: "Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, y la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo" (art. 67, inc. 16). Norma ésta cuyo contenido se ha mantenido incólume hasta la fecha (46), a pesar de las sucesivas reformas constitucionales acaecidas en el país.

El año en curso nos depara un evento de singular trascendencia para todos los argentinos como es la celebración del sesquicentenario de nuestra Constitución histórica de 1853. Esta circunstancia, por un lado, y la penosa realidad que actualmente vive la república, por el otro, que la ensombrece de una manera impensada, nos conminan a volver sobre su texto para tratar de encontrar alguna explicación a dicho fenómeno y darle así una respuesta —o para comenzar a pergeñarla—, en consonancia con lo que alguna vez sostuvo su indiscutible progenitor (47).

Señalamos en párrafos anteriores que el progreso de la Nación fue uno de los objetivos primarios que los convencionales de Santa Fe tuvieron en miras al redactar el texto de nuestra ley suprema, y que intentaron plasmar siguiendo la experiencia norteamericana y las enseñanzas de Alberdi sobre la materia.

¿Puede sostenerse, al menos respecto de las últimas décadas del siglo que acabamos de superar, que se ha cumplido con esa finalidad, o cobran vida aquí las palabras de Fayt en cuanto a que por no haberse

(46) Actualmente, art. 75, inc. 18 C.N. Por mero rigor intelectual, cabría hacer referencia al precepto que lo sucede incorporado al texto constitucional tras la reforma del año 1994. Dicha norma, que ha sido denominada 'Cláusula complementaria del progreso general del país' y que precisa diversos aspectos de la especie, ha merecido la crítica de la doctrina como es el caso de Ekmekdjíán, por considerarla un simple conjunto de ilusiones o promesas no realizadas.

(47) Ver nota 4.

adaptado a los factores reales de poder de la Nación la constitución se encuentra en este aspecto incumplida? (48).

La observación de lo acontecido en dicho período pareciera inclinar la balanza en esta última dirección, sin que haga mella a tal conclusión la índole o el tipo de acción política desplegada para el logro de ese fin.

En efecto, sabido es que "prosperidad" y "progreso" fueron nociones que se elaboraron en el siglo XIX a la luz del liberalismo económico por entonces imperante (49). Fue justamente esta circunstancia la que permitió criticar aquella postura que vio en la cláusula del antiguo artículo 67, inc. 16, una contradicción con la naturaleza del sistema en el que se hallaba inserta, por estimarla permisiva de una intervención estatal con total amplitud (50). Alberdi era liberal y así pensó y moldeó al precepto.

No obstante, la experiencia vivida en el extenso lapso transcurrido desde la sanción de nuestra Ley Fundamental hasta la fecha permite inferir, no sin cierto pesar, que no sólo resultaron insuficientes para la deseada consecución de una prosperidad general, es decir, extendida a la ciudadanía toda, las medidas de neto corte liberal con las que soñó Alberdi, sino que también lo fueron las políticas de planificación estatal, de intervención del estado en la economía y en el campo social, que durante largo tiempo se practicaron en el país.

(48) "Cada institución que se tomó de los modelos vivió esa realidad. sufrió las alternativas de nuestra capacidad, de nuestro temperamento, de nuestra cultura, y la constitución realizada, la constitución vivida por la República, es, fué y será, netamente argentina". FAYT, Carlos Santiago, "Fuentes de la Constitución argentina", op. cit., ps. 24 y 55.

(49) En este sentido, se dirá de Alberdi que fue, "en todos los aspectos, un político y publicista de mediados del siglo XIX, en que la concepción del Estado se aparta bastante de la de un Estado social, órgano de la cultura, un Estado educador: todo su ideal político refleja en alto grado las preocupaciones doctrinarias ó del doctrinarismo". Cfr. POSADA, Adolfo, "Estudio Preliminar", en ALBERDI, Juan Bautista, "Organización de la Confederación Argentina", op. cit., Tomo I, Cap. III, p. XIX, y Cap. V, p. XXVIII y sigtes.

(50) GARCIA BELSUNCE, Horacio A., "Juan Bautista Alberdi", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales, 2ª época, año 29, N° 22, Bs. As., p. 335.

En este orden de ideas, basta llevar a cabo un leve racconto de las sucesivas modulaciones producidas en materia de actuación estatal a lo largo de los años —vinculadas a las diferentes nociones de estado (51) y, esencialmente, al alcance del ejercicio de su poder de policía (52)—, para advertir la razonabilidad —sino la certeza— de la mentada conclusión. Así, si bien en un primer momento la actuación del estado quedó reservada para fines específicos (53), corolario lógico de la aceptación de los cánones del liberalismo clásico vigente en la época (54), la crisis de esta corriente ideológica así como la insuficiencia de las respuestas autoritarias surgidas en consecuencia van a dar pie para exigir de aquél el cumplimiento de un nuevo rol, dirigido a materializar el denominado “Estado de Bienestar” (55). Este suceso

(51) Estado liberal, primero; Estado benefactor, luego; y Estado subsidiario, por “último”. Al respecto, ver lo afirmado en la nota 64.

(52) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, quinta edición actualizada con las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, reimpresión, Abeledo Perrot, Bs. As., 1997, Tomo I, Cap. II, p. 61 y sigtes.

(53) Esto es, a las nociones de “seguridad, salubridad o moralidad públicas”, que constituyen el núcleo de la “concepción restringida o europea” del poder de policía del Estado. Cfr. a título de ejemplo Fallos: 7:150 (‘Empresa Plaza de Toros c/ Gobierno de Buenos Aires’, 1869); y BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, Bs. As., 1988, Tomo I, p. 298, entre muchos otros.

(54) Alberdi sostenía que era necesario “Gobernar poco, intervenir lo menos, dejar hacer lo más, no hacer sentir la autoridad es el mejor medio de hacerla sentir estimable. la prosperidad ha de ser obra espontánea de las cosas, más bien que una presión oficial”. Cfr. GARCIA BELSUNCE, Horacio A., “Juan Bautista Alberdi”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales, 2ª época, Año 29, N° 22, Bs. As., p. 334.

(55) En este sentido, aduce Gordillo que “Apartándose de ambos extremos buscando la unión de lo fundamental en el Estado de Derecho (las garantías individuales de la libertad) y esto que ahora aparecía como indispensable (la gradual superación del ahogo económico y social), se afirmó crecientemente en el decurrir del siglo XX la concepción del ‘Estado de Bienestar’ o Estado Social de Derecho, Estado Social, Estado de Desarrollo, etc. Como dijo Treves: ‘Se trata de una forma de Estado que interviene activamente a favor de los ciudadanos y especialmente de los menos pudientes, quienes más necesitan de su ayuda’; se acuñó el concepto de ‘libertad de la necesidad’. Desde entonces ‘la idea central en que el Derecho ... se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existan; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico’. Ello, sin perjuicio de la crisis que parece haber empeza-

permitirá, de manera progresiva, una mayor injerencia suya en el ámbito de la economía y un consiguiente ensanchamiento del sector público (56), características éstas que se acentuarán a lo largo de todo el siglo XX (57).

Lo precedentemente expuesto no implica pasar por alto el retroceso que esta corriente ha sufrido en las postrimerías del siglo recientemente finalizado (58).

Y este proceso se verá reflejado en la evolución que sufrirá la jurisprudencia de nuestra Corte federal (59).

Ni esos cambios de concepción, que no fueron exclusivos de estas tierras, ni las distintas medidas puestas en práctica para llevarlos a cabo han podido afianzar y concretar, como sí ocurrió en otros países, una verdadera noción de prosperidad y progreso. Muestra cabal

do a sufrir la noción en las postrimerías del siglo que recientemente hemos dejado atrás. (Cfr. GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998, Tomo I 'Parte General', Cap. III, ps. 37/52.

(56) Ver las ilustrativas palabras de Risolía sobre el pensamiento alberdiano en la materia. RISOLIA, Marco Aurelio, "La actualidad de Alberdi" (Conferencia pronunciada por el académico en la Institución Alberdi el 22 de junio de 1982), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales, 2ª época, Año 27, N° 20, Bs. As., ps. 319/340.

(57) Esta transformación se manifestó, a nuestro parecer, en dos planos diferenciados aunque estrechamente relacionados entre sí: por un lado, en los intentos dirigidos a crear sistemas de planificación del desarrollo económico y social; por el otro, en los procesos de nacionalizaciones que se suscitaron durante la primera mitad del siglo XX. Para una descripción de estos acontecimientos, puede verse GORDILLO, Agustín, *ibíd.*, Cap. IV. Como resulta de toda obviedad, el estudio de esta compleja metamorfosis es una labor que excede ampliamente los límites de este ensayo. Para un examen crítico de este proceso y, en particular, de sus consecuencias —aleccionadoras por cierto—, pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: MEILAN, José Luis, "El estudio de la Administración Económica", *Revista de Administración Pública (R.A.P.)*, Madrid, N° 50, mayo-agosto 1966, ps. 51 y sigtes.; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Economía y Estado", Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 25 y sigtes.; STIGLER, George J., "La teoría de la regulación económica", en "Privatización, desregulación y ¿competencia?", Civitas, Madrid, 1996, p. 35 y sigtes.; VILLAR ROJAS, "Privatización de servicios públicos", Tecnos, Madrid, 1993, p. 99 y sigtes.

(58) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", op. y p. cit. en la nota 51.

(59) Fallos: 7:150 cit.; 98:20; 136:161; 137:47; 172:21; y 247:121, entre muchos otros.

de ello es lo sucedido en España, que transitó un proceso de características similares al descrito (60) pero cuya situación política-económica actual es radicalmente distinta a la nuestra.

Lo referido, sin contar los conflictos políticos que se desataron en la República, como ser la sucesión indiscriminada de gobiernos de iure por autoridades de facto a lo largo de casi un siglo, o las situaciones de emergencia económica, que se han producido en forma alarmante en los últimos años y se han extinguido prácticamente sin solución de continuidad, circunstancia que ha dado lugar a que algún autor se refiera a ellas como generadoras de un "estado de sitio económico" (61).

En concreto, más allá de los cambios políticos y económicos operados, no se logró materializar, al menos en los términos en que lo pensaron nuestros primeros constituyentes, una idea robusta de progreso y desarrollo para la Nación. Es más, del examen de los datos que aporta la realidad parecería ser que la situación social no sólo no mejoró sino que empeoró. En este orden de ideas, la información que proporcionan los organismos administrativos especializados es alarmante. A simple título ilustrativo baste señalar que mientras en mayo de 1991 la brecha de la pobreza en el Gran Buenos Aires alcanzó el 21,8%, en octubre de 2002 se ubicó en el orden del 42,3%; y que si la tasa de desocupación en el país en mayo de 1974 fue del 5,0%, en ese mismo mes pero del año 2002 ascendió al 21,5% (62).

En función de lo expuesto, vale recordar que Alberdi tenía clara conciencia de la diferencia que existía entre fines y medios. "Los fines tienden hacia la moral. Lo útil —dice— produce el bien, pero no es el bien;

(60) Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Economía y Estado", Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 20 y sigtes.

(61) En este orden de ideas, puede verse BIANCHI, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica". La Ley, 1991-C, 141 y sigtes.

(62) Estos datos surgen de la información que proporciona el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), y que puede consultarse en su página web, cuya dirección es "www.mecon.indec.com.ar".

es medio, no un fin: lo útil produce el bien, el bien el placer, la felicidad de que son correlativas" (63).

Tal vez es eso lo que nos ha ocurrido como república: quizás hayamos perdido el norte en el camino hacia la concreción del progreso útil e imprescindible previstos por nuestros padres fundadores y nos hayamos detenido, como Ulises embelesado por el canto de las sirenas, más en los medios, en el tipo de instrumentos necesarios (64) para llevar a cabo la augusta misión que tenemos asignada y que como Nación y por derecho nos merecemos, que en ella misma.

Quiera Dios, en estos momentos en que el país vive confundido en tribulaciones políticas, que la luminosidad de los conceptos que informaron a nuestros primeros constituyentes "permita a esta Argentina extraviada hallar la senda de recuperación para alcanzar su destino institucional, no dogmático sino concreto, no transitorio sino definitivo, no ilusorio sino realizable, con una patria grande y libre, integrada por ciudadanos grandes en sus realizaciones materiales y espirituales y libres en todas las manifestaciones propias de su quehacer humano" (65).◆

(63) GALLETTI, Alfredo N., "La idea de 'progreso material e inteligente' en el pensamiento de Alberdi", Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, N° 41-42, Bs. As., 1976, ps. 4/12.

(64) Lo afirmado en el texto cobra virtualidad si se tiene en cuenta que, nuevamente, aparece la noción de reestatización, en particular, en lo atinente a las empresas privatizadas durante la década del noventa. Cfr., al respecto, GRONDONA, Mariano, "Conjugando el verbo 'reestatizar'", Diario "La Nación", sección opinión, del día 23 de febrero de 2003.

(65) GARCIA BELSUNCE, Horacio A., "Juan Bautista Alberdi", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales, 2ª época, Año 29, N° 22, Bs. As., ps. 336/337.

LAS RELACIONES DEL ESTADO Y LA IGLESIA CATOLICA EN LA ARGENTINA

POR PEDRO J. FRÍAS

SUMARIO: 1. El patronato indiano. 2. La Constitución de 1853. 3. Armonía y conflicto. 4. Actualización del *modus vivendi*. 5. En la actualidad.

1. El patronato, una antigüedad jurídica más fuerte que la Independencia

El Patronato indiano, fue como injerencia del poder civil en la vida eclesiástica, fue el precio de una cooperación que la Iglesia, se vio forzada a admitir por su propia incomunicación con las Indias (1).

En la vida social no hay vacíos: alguien los llena. Como lo llenó la "teocracia", asunción por la Iglesia de poderes genuinamente políticos, que se desarrolla en los siglos IX a XIV, cuando el Imperio es substituido por otras formas políticas. La Iglesia ocupa un lugar al que física, más que sobrenaturalmente, es llamada, por la debilidad de las nuevas formas sociales.

Cuando se produce el descubrimiento de América, un inmenso vacío se abre al occidente de Europa: un vacío relativo pero real de es-

(1) Para un tratamiento amplio del tema véase la bibliografía y, especialmente, DE LAFUENTE, Ramiro, *Patronato y concordato en la Argentina*. El contexto histórico más amplio está documentado en las historias de Cayetano BRUNO y Juan Carlos ZURETTI. En otra perspectiva, cfr. DUSSEL, Enrique D., *Historia de la Iglesia en América Latina*, 3ª edición, Barcelona, 1974. Para mayor información, cfr. FRÍAS, "El Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina", Universidad Nacional de Córdoba, 1975.

estructuras culturales que España se disponía a llenar. La Iglesia no tenía una posibilidad misional propia, independiente de España. Tampoco hubiera consentido España misma una conquista religiosa paralela a la conquista política. La integración de ambas empresas era ineludible. El Papado tuvo que extender a América los privilegios, sociológicamente forzados, de un Patronato que sólo jurídicamente aparecía como voluntario.

Esa injerencia de la Corona era el precio de la incomunicación de la Santa Sede con una comunidad de cristianos.

Cuando la Independencia ocurre, no se puede improvisar la comunicación con Roma. Aunque los Gobiernos patrios la hubieran forzado, para la Santa Sede era prematuro. Eclesiásticos y civiles recurrieron al Gobierno patrio, como antes al Consejo de Indias. El vacío de la incomunicación con la Santa Sede llamaba al poder civil a llenarlo.

No puede precisarse cuándo, pero es cierto que ahora hace ya mucho tiempo, este vacío se colmó y cesó la incomunicación. Y esto ha promovido un cambio de actitud. Presente la Iglesia con su estructura de gobierno en condiciones de atender las necesidades de su propia organización, el Patronato aparece sociológicamente, ya no a nuestra conciencia, sino a nuestra observación, como un artificio, como un anacronismo.

2. La Constitución de 1853: una liberación inadvertida

El Patronato indiano atribuía a la Corona, junto con los diezmos, el derecho de presentar personas idóneas para las Iglesias y el consentir la erección de diócesis y la aceptación de dignidades por parte de los eclesiásticos. Como contraprestación, asumía la de misionar las Indias y dotar las Iglesias.

Frente a este régimen y a su práctica regalista, la Constitución de 1853 importaba una liberación para la Iglesia. En lo esencial:

1) El gobierno presenta "los obispos para las Iglesias catedrales" o sea, según poder expreso, los obispos residenciales; y según poder implícito, por interpretación integrativa, los funcionarios eclesiásticos que con otra denominación ejerzan de obispos residenciales;

2) El presidente "concede el pase o retiene los decretos de los concilios, las bulas, breves y rescriptos del Sumo Pontífice de Roma, con acuerdo de la Suprema Corte", poder expreso en la Constitución, que supone el poder implícito por interpretación integrativa, no extensiva, de sujetar a *exequatur* un acto de la Santa Sede que, debiendo expedirse regularmente bajo la forma de estos cuatro documentos, lo haya sido bajo otra forma;

3) El Congreso debe admitir las nuevas órdenes religiosas.

Pero esta interpretación de la Constitución llegó recién en 1958 con un siglo de retraso. Entre tanto, la rutina del precedente, después de 1853, fue más fuerte que la libertad de la Constitución.

Los eclesiásticos siguieron presentando al pase documentos que no lo exigían, los gobiernos de provincia intervinieron hasta fines del siglo pasado en la provisión de curatos, el juramento de los obispos les obligaba a no aceptar otra dignidad sin expreso consentimiento del gobierno nacional.

3. Armonía y conflicto

La capacidad de negociación que es justo reconocer al pueblo argentino, la expresaron sus gobiernos con la Santa Sede. Un *modus vivendi*, un "acuerdo" anterior al Acuerdo, suavizó la rigidez de las prerrogativas constitucionales y, de hecho, la Iglesia tuvo casi siempre la libertad requerida. Bastaría recordar que en menos de treinta años, Pío XI, Pío XII y Juan XXIII pudieron hacer creaciones masivas de diócesis, sin restricciones derivadas del Patronato.

Pero algún viejo conflicto señalaba el peligro. Cuando la Santa Sede rehusó la investidura canónica a quien había sido presentado por el Ejecutivo, designó a Monseñor Boneo Administrador Apostólico de la Arquidiócesis de Buenos Aires. El Gobierno insistió en someter a la Corte el documento de su designación y la Corte negó el acuerdo para el pase, con la sentencia más regalista de la jurisprudencia argentina. Los Cursos de Cultura Católica, que expresaron entonces el punto de vista católico, hicieron un denso estudio para demostrar que ni la calidad de Administrador Apostólico ni el documento por el que había sido designado Monseñor Boneo, autorizaban aplicar al caso las prerrogativas del Patronato. No lo creemos así, conforme a la interpreta-

ción que hicimos antes. En efecto, el Administrador Apostólico hacía en este caso las veces de un obispo residencial y la nota de la Nunciatura sustituía una bula. El gobierno podía temer razonablemente que para eludir su intervención, se utilizaran funcionarios y procedimientos no sujetos a su control. Pero si no compartimos —y todo esto es opinable— el juicio práctico de los Cursos de Cultura, menos compartimos los fundamentos de la Corte en aquel fallo, aunque podemos aceptar su parte resolutive. Porque con la jurisprudencia de la Corte Suprema en esta materia ocurre algo curioso: son válidas las decisiones pero objetables los fundamentos.

4. Actualización del *modus vivendi*

Aunque este conflicto remonte a 1924, demostraba que el sistema debía ser superado. Poco a poco lo fue. Se firmó el primer Acuerdo para el Vicario Castrense y a partir de 1958 la buena voluntad que pasivamente respetaba la libertad de la Iglesia, adquirió un dinamismo nuevo y se fueron rectificando muchos detalles mortificantes de naturaleza operativa. Se designó Ordinario para los Orientales sin intervención gubernativa, por no ser un Obispo residencial y se suprimió, en fin, el juramento de los obispos. Y lo mencionamos porque el debate legislativo sobre la supresión del juramento, dio la medida de una nueva conciencia social y política, que no se interesaba por el control del Estado sobre la Iglesia.

Los tiempos habían madurado; el buen sentido de los argentinos vio claro que las prerrogativas del patronato no estaban definitivamente incorporadas al Derecho Público argentino por tratarse de una materia intrínsecamente bilateral y no haber otorgado la Santa Sede su asentimiento. Apoyaba esa persuasión la memoria del empeño que los hombres de la Organización nacional pusieron para que la Iglesia reconociera y legitimara el ejercicio de esos derechos, a través de sucesivas gestiones concordatorias que cesaron cuando la crisis liberal en el Ministerio de Wilde y se reemprendieron en 1958. Estábamos seguros, además, de que de la Constitución misma nace un deber público del Gobierno federal para arreglar sus relaciones con la Santa Sede, superior al de ejercer prerrogativas no consentidas por la otra parte. Y llegó la hora del Acuerdo, como primera respuesta de un Estado al pedido del Concilio para que los Gobiernos renuncien al ejercicio de estos privilegios.

5. En la actualidad

El 10 de octubre de 1966, se firmó el Acuerdo entre la Argentina y la Santa Sede, a partir de la negociación emprendida por el Canciller Zavala Ortíz. Ha sido su ejecución una de las experiencias más felices para la paz y la libertad religiosa.

El Acuerdo es consecuencia de los valores más generales que encarnan Estado e Iglesia. Para el Estado, la libertad ofrecida a todos; para la Iglesia, el Vaticano II, sus reclamos de autonomía y cooperación con todos.

Desaparece pues la injerencia del Estado. La Iglesia provee libremente los obispados, con la sola cautela de la prenotificación oficiosa que da al gobierno la posibilidad de formular objeciones de carácter político general, que no ha ejercido ni una sola vez el Estado argentino, en algún caso por un autocontrol que sólo ha probado ser correcto.

Desde entonces la práctica ha sido inobjetable, sin perjuicio de algunas dudas de menor cuantía. La Iglesia ha desarrollado el principio de libertad religiosa; las constituciones provinciales han logrado libertad e igualdad de cultos, sin guerra de religión ni silencio de Dios.

Juan G. Navarro Floria ha comentado algunas prácticas significativas en cuanto a la libertad religiosa y ha explicado la reforma constitucional de 1994, que al suprimir los artículos decaídos por el Acuerdo completan el ciclo de reformas trascendentes. Se suprimió también el juramento católico del Presidente.

En este clima, el ecumenismo se ha enriquecido, la Secretaría de Culto a cargo de Norberto Padilla editó el "Digesto Eclesiástico", podrá tener estado parlamentario un anteproyecto de ley de libertad religiosa que conjuga lo deseable y lo posible y se ha constituido el Consejo Argentino de Libertad Religiosa (CALIR) como asociación privada. ♦

EDUCACION Y PROGRESO EN LA CONSTITUCION NACIONAL

POR ALBERTO MANUEL GARCÍA LEMA

En homenaje al pensamiento fundador de nuestra Constitución Nacional, me ha parecido que no debía estar ausente en esta obra el tratamiento conjunto de dos ejes centrales de su filosofía política, del proyecto nacional de mediano y largo plazo que la inspirara: las ideas-fuerza (en terminología orteguiana) de la educación y del “progreso” (1). No sólo se encuentran vigentes en su texto, sino que han sido preservadas y actualizadas en la reforma constitucional de 1994.

1. El “progreso” y la educación en el origen del pensamiento de la generación del ‘37

La génesis del concepto multifacético de “progreso” se encuentra vinculada, en nuestro medio, al nacimiento del Salón Literario, a las lecturas allí realizadas por los hombres que conformaron la denominada “generación de 1837”, y desde sus inicios la educación ocupó un papel primordial en su exposición.

Marcos Sastre, en su discurso inaugural (2), ya indicaba la vinculación entre ambas ideas: *“Porque los espíritus todos están preparados a*

(1) Para otra obra reciente, en homenaje al sesquicentenario de la Constitución de 1853, publicada por la Asociación de Profesores de Derecho Constitucional, he realizado un trabajo denominado “Relectura de la idea del ‘Progreso’”, en el que hice mención a la génesis, evolución, crisis y actualidad de ese concepto, y al que sigo en varios puntos de este nuevo trabajo, respecto del desarrollo de esa idea; agregando aquí la problemática de la educación, en su conexión con aquella, y en su evolución en nuestra Constitución.

(2) Titulado *“Ojeada filosófica sobre el estado presente y la suerte futura de la Nación Argentina”* (Ver, WEINBERG, Félix, *“El Salón Literario de 1837”*, Hachette, Bs. As. 1977, ps. 117 y sigtes.).

la adopción del gran principio del progreso pacífico, que debe ser efectuado por el tiempo, y dirigido por las luces" y advertía "...el gran vacío que hay en la instrucción pública de nuestro país, la imperfección de nuestros métodos de estudios, y la necesidad que tiene la juventud estudiosa de recibir otras ideas, adquirir otros conocimientos, ocuparse de otras lecturas, que den pábulo a su talento, elevación a su alma, nobleza a sus sentimientos; encendiendo en sus pechos el amor de la sabiduría y de la humanidad".

Juan María Gutiérrez, en su lectura (3), enunciaba los elementos que constituían la "civilización" de un pueblo, entendiendo que *"...las ciencias, la literatura y el arte existen a la par de la religión, de las formas gubernativas, de la industria, en fin y del comercio, que fortalecen y dan vigor al cuerpo social"*.

Agregaba luego que: *"La historia general filosófica ha demostrado que cada pueblo debe, según sus necesidades, según su suelo y propensiones, cultivar aquellos ramos del saber que le son análogos; que cada pueblo tiene una literatura y un arte, que armoniza con su moral, con sus creencias y tradiciones, con su imaginación y sensibilidad"*. Y concluía en lo que aquí interesa, con palabras magistrales, luego de criticar la importación ciega del pensamiento y la literatura europea, que: *"Debemos fijarnos antes en nuestras necesidades y exigencias, en el estado de nuestra sociedad y su índole, y sobre todo en el destino que nos está reservado en este gran drama del universo, en que los pueblos son actores. Tratemos de darnos una educación análoga y en armonía con nuestros hombres y con nuestras cosas..."*.

En sentido similar se expresaba Esteban Echeverría, en dos lecturas en el Salón Literario (4), entendiendo en la primera que: *"La ley franca de la condición social es el progreso, porque la sociedad para él y por él existe"*. Y, en la segunda, resumía: *"...que la educación del pueblo no se ha empezado; que existen muchas ideas en nuestra sociedad pero no un sistema argentino de doctrinas políticas, filosóficas, artísticas; que,*

(3) Titulada *"Fisonomía del saber español: cuál deba ser entre nosotros"*, en obra citada ps. 145 y sigtes.

(4) GUTIÉRREZ las incluyó en el tomo V de las Obras Completas de Echeverría. Utilizo su edición en el libro *"Reflexiones sobre la organización económica de la Argentina"*, Editorial Raigal, Bs. As. 1953, citas de ps. 23 y 45/6.

en suma, nuestra cultura intelectual permanece en estado embrionario...".

Desde sus comienzos, entonces, la idea del "progreso", en el pensamiento de la generación del '37, incluyó una dialéctica entre la afirmación de ciertos principios de índole universal y su adaptación o reformulación en términos nacionales. Así se reconoce en el Dogma socialista y en otras obras posteriores de Echeverría (5), como lo han entendido también Jorge Mayer (6) y José Luis Romero (7).

También que el tema de la educación se encontraba directamente vinculado con aquella idea y la dialéctica que portaba.

2. Los reformadores sociales y su pensamiento político

Varias corrientes ideológicas convergieron en la gestación del pensamiento de la generación del '37.

Félix Weinberg (8) menciona entre los autores que principalmente influyeron en ella a Cousin, en el campo filosófico y Lermínier en la filosofía del derecho (ambos luego repudiados), Jouffroy que facilitó un dinámico espíritu historicista; pero *"Saint Simon y Leroux son las fuentes donde nuestros jóvenes abrevaron los planteos sociales con sus utópicos sueños de transformación progresista de la humanidad. Por Tocqueville vislumbraron las posibilidades ciertas del desarrollo de los países hispanoamericanos a ejemplo de lo operado en los Estados Unidos. La exaltación revolucionaria debe bastante a Mazzini. Un apasionado cristianismo renovador se concreta en las páginas vibrantes de Lamennais. Por supuesto que el influjo del liberalismo clásico del siglo XVIII se hacía sentir, pero se lo admitía ya con ciertos reparos en orden a sus consabidas limitaciones. Villemain, Saint-Beuve, Schlegel y Fortoul, aportaron sendas aportaciones críticas de la literatura. Y para con-*

(5) Ver, por ejemplo, "Ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37" en "Dogma Socialista y otras páginas políticas" Ediciones Estrada, Bs. As. 1956, ps. 18/19.

(6) "Alberdi y su tiempo", EUDEBA, Bs. As. 1963, ps. 163 y sigtes.

(7) "Las ideas políticas en Argentina", Fondo de Cultura Económica, Bs. As. 2002, p. 140.

(8) Ver su Introducción a la obra "El Salón Literario", ya citada, ps. 53/54.

cluir, la conmoción mayor: el deslumbramiento del romanticismo literario con Chateaubriand, Byron, Vigny, Hugo, Lamartine, Musset, Dumas". La sensibilidad romántica, introducida por Esteban Echevarría, prendió rápidamente porque, además de las rebeldías y libertad que implicaba, significaba "exaltación de lo nacional y fe ilimitada del progreso de los pueblos cuya hermandad se glorificaba".

La influencia francesa, predominante en la génesis de su pensamiento, llevó a José Ingenieros a denominar a los miembros de la generación del '37: "Los sansimonianos argentinos" (9).

En este sentido, Marcel Prelot, analizando las ideas de Saint-Simon, Fourier, Considerant, como principales miembros de una escuela francesa, los describe como creyentes de la primacía de la acción intelectual, deístas, incluso cristianos en un cierto sentido, todos apelando a nociones ideales y subjetivas de Derecho y de Justicia, todos "constructores, arquitectos, promotores de instituciones" (10).

La característica de ser los hombres de aquella generación, al igual que muchos de sus maestros, sustancialmente reformadores sociales se reconoce en la lectura de los conceptos claves del Dogma Socialista. La segunda de las "palabras simbólicas", es la del "progreso", y allí se concibe una humanidad que "progresas constantemente". También se dice que: "*La Europa es el centro de la civilización de los siglos y del progreso humanitario. La América debe, por consiguiente, estudiar el movimiento progresivo de la inteligencia europea; pero sin sujetarse ciegamente a sus influencias*" (11).

Pero la posición de los reformadores sociales respecto de la finalidad de las instituciones políticas no era unívoca, sino más bien ambigua o contradictoria.

Como lo recuerda Jean Touchard (12), Saint-Simón no era un demócrata; consideraba la desigualdad como natural y beneficiosa; y, en

(9) Obras Completas, volumen 16, "*La evolución de las ideas argentinas*", Libro IV, Ediciones L. J. Rosso, Bs. As., 1937, cap. VII, ps. 237 y sigtes.

(10) Ver "*Historia de las Ideas Políticas*", La Ley, Bs. As. 1971, p. 649.

(11) Ver, "*Dogma...*", op. cit., ps. 114/116.

(12) Ver, "*Historia de las ideas políticas*", Tecnos, Madrid, 1996, p. 430.

cambio, creía en la virtud de las *élites*. Según Charles Vereker (13), Saint Simón postulaba una nueva aristocracia del talento, constituida por los *savants*, grupo que incluía a quienes trabajaban intelectualmente, y que representaban el progreso.

En cambio, para Condorcet, su ideal social se resumía en el concepto de igualdad. Pero de su análisis también se desprendía que una constitución democrática no podía ser administrada por un pueblo sin ilustración; la inteligencia de una asamblea legislativa era más importante que su forma o su procedimiento; cuanto más ilustrados fuesen sus miembros, tanto más beneficioso sería para los menos ilustrados (14).

Otro de los autores influyentes, Tocqueville, bajo el influjo de la revolución norteamericana, aceptaba como irreversible la evolución hacia la democracia, aunque trataba de adaptarse a un régimen que tampoco le gustaba; por ello se ha dicho que su obra es una meditación sobre la libertad, es decir, cómo lograr conciliar la libertad con la nivelación igualitaria (15).

3. La democracia y el papel de la educación

Esa ambivalencia o contradicción en las fuentes sobre la finalidad política del “progreso” también se aprecia en nuestro medio.

Existe una marcada relación entre esa idea y otros valores esenciales, revelada desde la primera palabra del Dogma: “*Asociación, progreso, libertad, igualdad, fraternidad, términos correlativos de la gran síntesis social y humanitaria*”. Tales valores conducen a otro, la “democracia”, engendrada por los principios de la igualdad y la libertad,

(13) Ver, VEREKER, Charles, “*El desarrollo de la teoría política*”, EUDEBA, Bs. As. 1961, Cap. V. El progreso, especialmente ps. 240/241. Saint Simón, indica ese autor estaba impresionado por las futuras posibilidades del nuevo industrialismo; veía que cualquier desarrollo de esa fuente potencial de riqueza y abundancia dependía de la organización económica y social de los nuevos banqueros y hombres de negocios de la industria, en cooperación con los trabajadores; los artistas, los hombres de ciencia y los dirigentes industriales eran los llamados a guiar a la masa de seres humanos, en su condición de nueva aristocracia del talento y del conocimiento.

(14) Ver, VEREKER, Charles, op. cit., ps. 238/240.

(15) TOUCHARD, Jean, op. cit., ps. 408/410.

que "...es por consiguiente el régimen que nos conviene y el único realizable entre nosotros". Por ello, cabe "...preparar los elementos de la organización de la nacionalidad argentina sobre el principio democrático", ya que "en su institución definitiva procurará hermanar las dos ideas fundamentales de la época: patria y humanidad" (16).

La reforma social culmina, pues, en la vigencia de la democracia, como ya lo sostenía Alberdi, en diversas páginas del *Fragmento* (17). Sin embargo, comienza a jugar un compromiso entre la democracia y los derechos individuales, anticipado en algunas de las fuentes ideológicas mencionadas, y evidenciado en el *Dogma* como límite impuesto por "la razón". Se dice allí que: "La razón colectiva sólo es soberana, no la voluntad colectiva". Por lo tanto, "la soberanía del pueblo solo puede residir en la razón del pueblo, y que sólo es llamada a ejercerla la parte sensata racional de la comunidad social. La parte ignorante queda bajo la tutela y salvaguardia de la ley dictada por el consentimiento uniforme del pueblo racional. La democracia, pues, no es el despotismo absoluto de las masas, ni de las mayorías; es el régimen de la razón" (18).

Aquí cobrará especial entidad el papel de la educación. Fue un aspecto destacado de la obra de Paul Henri Thierry von Holbach, en su "Sistema de la Naturaleza", entender a la educación como proceso condicionante del futuro, considerando que los ciudadanos educados ayudarían a su vez a construir sociedades mejores (19).

En este sentido, Alberdi (20) reconoce que: "La mejora de la condición intelectual, moral y material de la plebe, es el fin dominante de las instituciones sociales del siglo 19". Y agrega Echeverría: "Para emancipar las masas ignorantes y abrirles el camino de la soberanía, es preciso educarlas". "La instrucción elemental las pondrá en estado de adquirir mayores luces y de llegar un día a penetrarse de los derechos y deberes que les impone la ciudadanía" (21).

(16) Ver "Dogma...", op. cit., ps. 113/114.

(17) Ver "Fragmento preliminar del estudio del derecho", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As. 1942, ps. 21, 22, 30, del Prefacio y otras.

(18) Ver, "Dogma...", op. cit., ps. 154/158.

(19) Ver, VERECKER, Charles, op. cit., p. 233.

(20) "Fragmento...", op. cit., p. 33.

(21) Id., ps. 159/160.

Será Sarmiento, entre los hombres de la generación del '37, quien impulse con mayor energía este aspecto de la idea del "progreso", indicando ya en *"Facundo"* que la primera tarea de un nuevo gobierno será organizar la educación pública, dedicándole a ese tema varias décadas de su vida (22).

Lo ratifica Ezequiel Martínez Estrada, en su obra sobre Sarmiento (23), al expresar que toda su doctrina pedagógica *"se constriñe a la teoría simple de formar ciudadanos honrados y capaces para el ejercicio del gobierno o para el respeto de las instituciones, para la fabricación de herramientas, utensilios e instrumentos de precisión capaces de perfeccionar las industrias, el comercio y las comunicaciones, y de consolidar un orden jurídico y de hábitos de convivencia que diera firmeza al Estado, prosperidad a la nación y bienestar al pueblo. Su teoría y métodos pedagógicos consisten sencillamente en eso, en hacer de la escuela un anexo del país y del país un inmenso laboratorio del progreso"*.

En rigor, este valor de la educación y, en especial, de la instrucción elemental, no había pasado desapercibido para el pensamiento de mayo. Así, Manuel Belgrano, en dos artículos del *Correo de Comercio*, del 17 y 24 de marzo de 1810, ya se preguntaba: *"¿Cómo se quiere que los hombres tengan amor al trabajo, que las costumbres sean arregladas, que haya copia de ciudadanos honrados, que las virtudes ahuyenten los vicios, y que el gobierno reciba el fruto de sus cuidados, si no hay enseñanza, y si la ignorancia va pasando de generación en generación con mayores y más grandes aumentos?"*.

Y más adelante proponía un programa educacional: *"Pónganse escuelas de primeras letras costeadas de los propios y arbitrios de las ciudades y villas, en todas las parroquias de sus respectivas jurisdicciones y muy particularmente en la campaña, donde, a la verdad, residen los principales contribuyentes a aquellos ramos y a quienes en justicia se les debe una retribución tan necesaria. Obliguen los jueces a los padres, a que manden sus hijos a la escuela, por todos los medios que la prudencia es capaz de dictar... Prediquen los párrocos acerca del deber de la enseñanza a los hijos, estimulen a los padres...franqueen sus iglesias para los exámenes públicos, en particular de la doctrina cristiana, y de*

(22) Ver, INGENIEROS, José, op. cit. ps. 377/8.

(23) Ed. Argos, Bs. As. 1956, ps. 24/25.

las obligaciones del ciudadano... Basta que los maestros sean virtuosos y puedan con su ejemplo dar lecciones prácticas a la niñez y juventud y dirigirlos por el camino de la Santa Religión y del honor, y pudiendo enseñar a leer bien poco importa que su letra no sea la mejor... Pero todavía podrían minorarse esos costos para los fondos propios y arbitrios de las ciudades y villas, adoptando el que los padres pudientes satisficiesen una moderada pensión a los maestros a lo cual no parece que habría uno sólo que fuese capaz de repugnar..." (24).

Sin embargo, mediaba una importante disidencia entre el pensamiento de mayo (recién expuesto en las palabras de Belgrano) y el de la generación del '37, que pasaba precisamente por los contenidos de una educación para el "progreso".

4. Los contenidos de la educación

Alberdi, en sus "Bases..." (25) destaca que "Belgrano, Bolívar, Egana y Rivadavia comprendieron desde su tiempo que sólo por medio de la educación conseguirían algún día estos pueblos hacerse merecedores de la forma de gobierno que la necesidad les impuso anticipadamente. Pero ellos confundieron la educación con la instrucción, el género con la especie". Incluso critica, con palabras duras, la instrucción primaria dada al pueblo, pues, "¿De que sirvió al hombre del pueblo el saber leer? De motivo para verse ingerido como instrumento en la gestión de la vida política que no conocía; para instruirse en el veneno de la prensa electoral, que contamina y destruye en vez de ilustrar; para leer insultos, injurias, sofismas y proclamas de incendio, lo único que pica y estimula su curiosidad inculta y grosera".

¿Cuál es la respuesta de Alberdi a semejante crítica? Se encuentra en las mismas páginas que estoy citando: "La instrucción, para ser fecunda, ha de contraerse a ciencias y artes de aplicación, a cosas prácticas, a lenguas vivas, a conocimientos de utilidad material e inmediata...El plan de instrucción debe multiplicar las escuelas de comercio e indus-

(24) Ver, "Ideario de Mayo", Mariano Moreno y otros, Compilación y estudio preliminar de Narciso Binayán; Ed. Kapeluz, Bs. As. 1960, ps. 423 y sigtes.

(25) "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", cap. XIII, en El Pensamiento Político Hispanoamericano, Ed. Depalma, Bs. As. 1964, ps. 31 y sigtes.

tria, fundándolas en pueblos mercantiles. Nuestra juventud debe ser educada en la vida industrial, y para ello debe ser instruida en las artes y ciencias auxiliares de la industria. El tipo de nuestro hombre sudamericano debe ser el hombre formado para vencer al grande y agobiante enemigo de nuestro progreso: el desierto, el atraso material, la naturaleza bruta y primitiva de nuestro continente”.

Luego, aclama a la industria como “*el único medio de encaminar la juventud al orden*”, como el “*gran medio de moralización*”, que “*previene el delito, hijo las más de las veces de la miseria y del ocio*”, e incursiona en la religión, que “*debe ser entre nosotros ramo de educación, no de instrucción. Prácticas y no ideas religiosas es lo que necesitamos*”. Y en cuanto a la educación de la mujer deja aparecer un espíritu más bien retrógrado, cuando expresa que: “*No debe consistir en talentos de ornato y lujo exterior; como la música, el baile, la pintura, según ha sucedido hasta aquí. Necesitamos señoras y no artistas*”.

Martínez Estrada, al que ya he citado en su obra sobre Sarmiento, considera que estos pareceres de Alberdi reflejan las mismas ideas de este último, y las del programa de gobierno y de educación de la Asociación de Mayo expresado por Echeverría. No sólo ello, sino que considera tales cargos aún justos un siglo después, encontrando allí una acusación implícita a toda la obra y vida de Sarmiento. Aunque exime a éste por entender que no fue culpa suya “*por la adopción de los sistemas de educación europeos y norteamericanos que funcionaban como órganos naturales de un status, sino la imposibilidad de contrarrestar con la escuela los efectos destructores de las costumbres y de las prácticas viciosas de vivir y gobernar; por la índole de nuestros pueblos latinoamericanos aleccionados en contrario por el imperio de las cosas*” (26).

Sin embargo, esa actitud positiva hacia los valores que implicaba el proceso de industrialización se encontraba mitigada en uno de los políticos y autores más significativos en nuestro medio, del pensamiento previo a la Constitución de 1853, cual fue, Mariano Fraguero. En efecto, éste aún encontrándose influido también por Leroux, expuso las ventajas, pero también tomó nota de las críticas que ya recibía en esa época el desarrollo de la industria, tales como el aumento de la miseria y del crimen, o el número de proletarios que hace el cáncer de

(26) Ver, op. cit., ps. 28/29.

las grandes sociedades, aunque no culpó por ello a la industria, sino que sostuvo: *"En su lugar probaremos que el modo en que está hoy distribuido el trabajo, y que la distribución poco equitativa de los ramos de la industria producen fatalmente ese resultado. El orden social y la riqueza misma se interesan en que el mayor número de hombres tenga participación en la civilización. Esta participación no puede obtenerse sino por la distribución de la riqueza"* (27).

En otra perspectiva, las crudas palabras de Alberdi, sobre la cuestión de la religión en la educación, preanunciaban la querrela escolar que se abriría, desde la sanción de la Constitución de 1853 en varias provincias y luego en el orden nacional con el debate y sanción de la Ley 1420, respecto de la enseñanza religiosa.

Como lo expresara Carlos A. Floria: *"Alberdi impregnó una polémica en ciernes que Sarmiento llevó hasta la exasperación, con optimismo y fe en el 'poder redentor' de la educación. La escuela popular, la educación pública, encontraron en Sarmiento el paladín necesario. Hubiera sido inexplicable que esa energía no entrase en la polémica con la intransigencia del doctrinario liberal dispuesto a barrer con los rastros de un tradicionalismo que él identificaba con dogmatismo clerical. Con Sarmiento ingresó la pedagogía norteamericana. Con José María Torres la influencia pestalozziana europea. Con Amadeo Jacques la persistente presencia cultural francesa... Cuando Avellaneda y Estrada ingresan en el debate, la cuestión escolar como centro de los problemas políticos e ideológicos era inevitable"* (28). Sin embargo, Floria afirma, al cabo de su estudio sobre ese debate, que *"Atrapados por la cuestión religiosa, 'clericales y anticlericales' daban poco lugar a otros grandes argumentos que harían de la ley 1420 uno de los factores de cambio y nacionalización cultural de la Argentina moderna. Objetivamente, y fuera del contexto ideologizado de los debates del 80, la Argentina de la inmigración necesitaba de una ley de educación común obligatoria y gratuita, con una base moral y cívica que afirmase los valores privilegiados por el país nuevo en cambio progresista"*.

(27) *"Organización del Crédito"*, Solar/Hachette, Bs. As. 1976, ps. 205/206.

(28) Ver, *"El clima ideológico de la querrela escolar"*, en *"La Argentina del ochenta al centenario"*, Gustavo Ferrari y Ezequiel Gallo (compiladores), Ed. Sudamericana, Bs. As. 1980, citas de ps. 860; 867/8.

5. El sistema de la Constitución de 1853 sobre el “progreso” y la educación

Varios son los preceptos de nuestra Constitución, relativos al “progreso” o a la educación que se originan en el pensamiento de la generación del '37, sintetizado en el Proyecto Alberdi (recuérdese aquí que uno de principales hombres de aquella generación, Juan María Gutiérrez trabajó preferentemente en su parte dogmática).

Esas normas (con la aclaración que algunas provienen de nuestros antecedentes patrios) son las siguientes: a) artículo 5 (29) (garantía federal a la educación primaria); b) artículos 9 al 12 (30) (aduana nacional, libertades de circulación interior, de tránsito, y de navegación); c) artículo 14 (31) (libertad de enseñar y aprender); d) artículo 20 (32) (derechos de los extranjeros, superfluo dada la amplitud del artículo 14); e) artículo 24 (33) (reforma de la legislación en todos sus ramos); f) artículo 25 (34) (fomento de la inmigración); g) artículo 26 (35) (completa al 12); h) artículo 27 (36) (afianzamiento de relaciones de paz y comercio con potencias extranjeras); i) artículo 28 (37) (prohibición de alterar garantías por leyes reglamentarias); j) artículo 67, inciso 16 (38) (hoy artículo 75, inciso 18, recordado como “cláusula del progreso o de la prosperidad”), que tiene su correlato en el artículo 107 (hoy 125).

(29) Ver, Proyecto Alberdi, artículo 32, que se refiere a *“la instrucción gratuita que será sostenida con fondos nacionales destinados de un modo irrevocable y especial a ese destino”*.

(30) Ver, Proyecto Alberdi, artículos 9 al 11.

(31) Ver, Proyecto Alberdi, artículo 16.

(32) Ver, Proyecto Alberdi, artículo 21.

(33) Ver, Proyecto Alberdi, artículo 32.

(34) Ver, Proyecto Alberdi, artículo 33.

(35) Ver, Proyecto Alberdi, artículo 34.

(36) Ver, Proyecto Alberdi, artículo 35.

(37) Ver, Proyecto Alberdi, artículo 36.

(38) Ver, Proyecto Alberdi, artículo 67, inciso 3.

De este plexo normativo sólo atenderé, ahora y en conjunto, a los artículos que se refieren a la educación.

Nuevamente, cabe recordar en primer término a Alberdi, de cuyo proyecto de constitución provienen. En su *"Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina"*, pasando revista a las normas de la Constitución de 1853 sobre la educación, expresa: *"Para que la instrucción general y la educación gratuita produzcan el efecto que les atribuye entre otros la Constitución, de servir a la prosperidad y bienestar material del país, será preciso que se contraiga a instruir a las nuevas generaciones en el ejercicio práctico de los medios de producción. La instrucción comercial, la enseñanza de artes y oficios, los métodos prácticos de labrar la tierra y de mejorar las razas de animales útiles, el gusto y la afición por las materias mecánicas, deberá ser el grande objeto de la enseñanza popular de estas sociedades ávidas de la gloria frívola y salvaje de matar a los hombres que tienen opinión contraria, en lugar del honor de vencer la naturaleza inculta y poblar de ciudades el desierto"*. A continuación, Alberdi enlaza esos contenidos de la educación, con la política de inmigración (del artículo 25) (39).

Sarmiento, en su obra *"Comentarios de la Constitución"* (40), aparecida en 1853, exalta la "educación primaria gratuita" contemplada en el texto originario, entendiendo que los *"estadistas norteamericanos, no obstante su respeto por los fundadores de la Constitución federal, se avergüenzan hoy de su silencio sobre punto tan esencial"*. Pero esa crítica ha quedado, para él, superada por el tiempo, porque la mayoría de los Estados de la Unión han modificado, hacia la época en la que escribe, sus constituciones para poner como un principio constitucional la educación universal gratuita. Y a continuación incluye los instrumentos de que se han valido los Estados y el propio Tesoro de los EE.UU. para financiar la educación (v.g., constituir fondos con la venta de tierra pública), poniéndolos como ejemplo de lo que deberían realizar las provincias en nuestro país.

Lo curioso de este punto es que la Convención de Buenos Aires que proyectó la reforma de 1860, en la que Sarmiento tuvo notoria participación, fue la que propuso la supresión de la palabra "gratuita" en el

(39) Ver, Ed. Raigal, Bs. As. 1954, cita de p. 23.

(40) Incluida en el mismo libro citado en nota 24; ver, ps. 525 y sigtes.

artículo 5, correlativa a la de enseñanza, como obligación para las provincias en el dictado de sus constituciones. Se explicaba el sentido de la exclusión, según la Comisión examinadora, en la necesidad de prohibir a las provincias establecer contribuciones especiales para costearla o dictar leyes para imponer a los pudientes la obligación de costear la de sus hijos (41).

Rememorados esos primeros comentarios, Joaquín V. González (42) nos ofrece un adecuado panorama del sistema global de la Constitución, en materia de educación, a partir de la libertad de enseñanza e instrucción, reconocida en el artículo 14 de la Constitución.

Considera que no existe sólo un derecho de enseñar, sino también exigir esa enseñanza de parte de la sociedad y del Estado. *“El primero da origen a las escuelas privadas o particulares, y a la instrucción privada; el segundo a las escuelas y a la instrucción pública. De esta dualidad del problema nacen dos órdenes de ideas correlativas, el que deduce el régimen exclusivo de la enseñanza particular, y el que estableciese un monopolio del Estado... un régimen que concilie los extremos, sería la verdadera expresión: 1. de la libertad individual de enseñar y aprender; 2. del derecho y la necesidad del Estado, de educar e instruir al pueblo para los fines supremos de la Constitución”*.

Encuentra este notable constitucionalista que el sistema educativo de la Constitución, al contrario de su modelo de los Estados Unidos que nada estableció sobre instrucción pública, librando este deber a los Estados, *“la nuestra, con perfecto conocimiento de los caracteres, antecedentes y necesidades de la Nación, estableció la enseñanza en todos sus grados como una condición esencial, y como una función principal del Gobierno”*. Comentando este sentido del artículo 5, ha entendido que tiene tal fuerza imperativa el asegurar la educación primaria, *“que la Constitución ha hecho de ellas una condición para ser protegidas las Provincias en su capacidad política”*.

Por otra parte, del inciso 16 del artículo 67 (hoy inciso 18 del artículo 75), en lo relativo a la atribución del Congreso de proveer lo condu-

(41) Ver, GALLETTI, Alfredo, *“Historia Constitucional Argentina”*, Librería Editora Platense, Bs. As. 1987, Vol. 2, p. 549.

(42) Ver, *“Manual de la Constitución Argentina”*, Estrada Editores, 25 ed., Bs. As. 1959, ps. 174 y sigtes.

cente *"al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria..."*, extrae la conclusión que de esta facultad expresa *"se comprenden todos los derechos que el Gobierno Federal tiene sobre la dirección, vigilancia y estímulo generales de la enseñanza, así privada como pública, siendo siempre atribución privativa del Congreso el dictar los planes de estudios para las escuelas generales y universidades, y fijar los requisitos que deban llenar los que aspiren a títulos profesionales para su ejercicio en la República"*.

Y termina sus comentarios rescatando las finalidades básicas del precepto al decir: *"Tanto en el segundo como en el último grado de la instrucción, el Congreso, al dictar los planes de estudios, debe proponerse la realización de los elevados propósitos de la Constitución, que desea no solamente que se forme una Nación ilustrada, capaz de cumplir con pleno discernimiento de sus destinos, y que cada hombre lo sea en particular para conservar, ejercer y defender la suma de sus derechos civiles y políticos, sino hacer del Estado, o del gobierno mismo, una realización de los fines mismos de la enseñanza: es decir, que por las ciencias y las artes la Constitución se cumpla en su letra y en su espíritu, que la Nación sea por la ciencia sabia y por el arte hermosa"*.

Me parece suficiente concluir aquí estos comentarios sobre la educación en nuestra Constitución histórica, sin incursionar en la extensa y rica doctrina elaborada por nuestros tratadistas más modernos respecto de otros aspectos del tema, en la medida que se alejan del propósito de su comprensión en conjunto con la idea del "progreso", y también porque la reforma constitucional de 1994 realizó una actualización normativa que ha importado superar muchos de los problemas encarados por dicha doctrina, que se comentan más adelante.

6. Crisis y actualización de la idea del "progreso"

La idea-fuerza del "progreso" entró en crisis en los países centrales europeos, en los que abrevara la generación del '37 y la que la sucediera, la generación del '80, antes que en nuestro medio.

Si aquel concepto fue fruto del racionalismo y de la ilustración, su crisis debía provenir de su opuesto, el irracionalismo, ya presente en Europa en la segunda mitad del siglo XIX, pero que se desarrolló con particular vigor en la primera mitad del siglo XX, siendo a la vez causa y efecto de las dos grandes guerras mundiales.

Así, el irracionalismo encuentra principalmente su origen en Alemania, en el culto del Volk, del pueblo o la nación, y del héroe, el genio o el grande hombre, y sus desarrollos conceptuales dieron origen al fascismo, al nacionalismo y al anarquismo (43).

Con el irracionalismo resurgieron con nueva vitalidad algunos “mitos” políticos, la “rebelión” o la tiranía de las masas, se pusieron de moda las reflexiones sobre “la decadencia” de las civilizaciones o países, e incluso, en fechas más cercanas, las teorías acerca de la *desideologización* y *personalización* del poder (44).

Los peligros del proceso de industrialización, sobre los que había alertado tempranamente entre nosotros Mariano Fraguero, según se ha visto, habían alcanzado una fuerte materialización. Además, se fueron haciendo cada vez más evidentes las desigualdades del desarrollo de las naciones y regiones, la extensión de la pobreza, y el riesgo cierto de destrucción del planeta o de la humanidad.

Sin embargo, en oposición a ello, la idea del “progreso” se mantuvo en cierto modo vigente en significativos sectores del pensamiento, que inspiraron los tratados internacionales de derechos humanos, que fueron organizando a los países en términos regionales o universales, luego de la segunda posguerra (45).

A partir de la década de 1960, una renovación de aquella idea dio origen al nuevo valor del “desarrollo”, que supone un proceso de racionalización y programación mayor que la idea del “progreso” (46), y que se lo incluye en las convenciones internacionales suscriptas en dicha década, como por ejemplo, en el Pacto Internacional de Dere-

(43) Ver, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, p. 635 y sigtes.

(44) Ver, TOUCHARD, Jean, op. cit., ps. 618/630; Marcel Prelot, op. cit., ps. 774/776.

(45) Ver, las introducciones en los textos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en los que respectivamente se alude como finalidades a “*progresar espiritual y materialmente*” el hombre, o la mención a “*promover el progreso social*”.

(46) Ver, entre otros muchos, JAGUARIBE, Helio, *Desarrollo económico y desarrollo político*, EUDEBA, Bs. As. 1964, p. 13 y sigtes.

chos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966) (47). También es posible registrar una vinculación de los dos conceptos, en el Pacto de San José de Costa Rica (1969), en donde se procura el “*desarrollo progresivo*” de los Estados partes, mediante la cooperación internacional (artículo 26); como también en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (48).

En este marco, la reforma de 1994, a la vez que ha mantenido subsistente sin modificaciones la “cláusula del progreso o de la prosperidad”, agregó una nueva norma (el inciso 19 del artículo 75), en cuyo inicio enlazó los conceptos de “desarrollo” y “progreso”, al decir que es atribución del Congreso Nacional “*Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social...*”.

Según lo puse de manifiesto en mi obra “*La reforma por dentro*”, esa norma, originada en los trabajos preconstituyentes, tuvo por fin “*orientar la acción de las políticas económicas y la actividad legislativa hacia cuestiones primordiales de la denominada tercera etapa de la revolución industrial, definitiva de nuestro tiempo. En efecto, el elemento más dinámico del progreso económico no lo constituye ya el capital de la tierra, o los medios físicos de producción, sino las mismas fuerzas del pensamiento humano —de la innovación científica y tecnológica— aplicadas a la producción*” (49).

La lectura de la primera parte del precepto demuestra su carácter complementario de la “cláusula del progreso” del inciso 18 del artículo 75, porque ha sido asumida, la moderna problemática del desarrollo de la industria nacional. También se encuentra replicada, en lo esencial, en su artículo 125 (antes 107) *in fine*, utilizando similar metodología a la seguida por la Constitución de 1853/60.

En la primera parte del inciso 19 del artículo 75 se hallan sintéticamente registrados y afrontados los grandes problemas económicos y

(47) Ver, su artículo 1.1. como derecho de los pueblos a establecer libremente su condición política y proveer a su “*desarrollo económico, social y cultural*”.

(48) Ver sus considerandos, donde expresan los Estados parte que: “*promoverán el progreso y el desarrollo sociales y en consecuencia contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer*”.

(49) Ver, “*La reforma por dentro*”, Ed. Planeta, Bs. As. 1994, p. 246. El autor de este trabajo propuso el proyecto de norma al redactar el tercer documento de la Comisión de Juristas del Justicialismo (2 de junio de 1992), ver su texto en ps. 379/80.

sociales de una nueva etapa del industrialismo globalizado, y los propios que ha sufrido el país durante varias décadas del siglo XX. Su segunda parte toma nota e intenta aportar soluciones a la crisis de nuestro federalismo clásico, que se complementan con lo dispuesto en el nuevo artículo 124, relativo a las facultades de las provincias.

Se expresan pues principios que rigen la economía de fines del siglo XX y de comienzos de este siglo XXI, que tienen especial significación para nuestro país dada su historia, como alentar *“la productividad de la economía nacional y la defensa del valor de la moneda”*; la importancia concedida a la promoción de la tercera etapa de la revolución industrial, mediante la formación del capital humano por *“la investigación y al desarrollo científico y tecnológico”*; sin descuidar el promover *“la formación profesional de los trabajadores”*; y sin desatender el que ya se advertía como principal problema de nuestra época, *“la generación de empleo”*.

Sentado ello, ingresaré a la actualización del sistema educativo, en la reforma de 1994, que, al igual que en el texto clásico de la Constitución, han sido expuestos en la cláusula del “nuevo progreso”.

7. Normas incorporadas por la reforma de 1994 en materia de educación

La reforma de 1994 amplió la regulación constitucional en materia educativa general y de la educación universitaria en particular. Lo hizo mediante dos vías: por la inclusión de contenidos específicos dentro del mismo texto constitucional, y por la incorporación, con jerarquía constitucional (nuevo inciso 22 del artículo 75), de ciertas convenciones y tratados de derechos humanos que contemplan disposiciones referidas a esa cuestión (50).

Así, fuera de la mencionada primera parte del inciso 19, del artículo 75, pero relacionada con ella, cabe tener presente los derechos reconocidos en los artículos 41 y 42 de la Constitución.

(50) Ver, NAGATA, Javier, “El principio constitucional de gratuidad y equidad de la educación pública estatal”, en “La Educación Superior en la Argentina”, publicación del Ministerio de Cultura y Educación; Eduardo Sánchez Martínez Editor, Bs. As. 1999, ps. 169 y sigtes.

El derecho a un ambiente sano, establecido en el artículo 41, incluye *“la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales”*. Otro tanto sucede respecto de los derechos de los consumidores y usuarios, previsto en el artículo 42, en donde se enuncia *“a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”*.

En ambos preceptos se aprecian ciertos contenidos constitucionales nuevos, de la educación a impartir en el país.

Otro de ellos es la necesidad de educar o *“capacitar”* a las dirigencias políticas, prevista como obligación en el artículo 38, tercera parte, de la Constitución, que se dirige a concretar la regla de la *“idoneidad”*, del artículo 16, como condición de los empleos públicos.

En cuanto a la incorporación de nuevas cláusulas en materia educativa por la reforma de 1994, enumero a continuación algunas de las más significativas que se encuentran en las convenciones y pactos internacionales de rango constitucional (51).

El derecho a la educación de todas las personas (52).

El derecho del niño a la educación en condiciones de igualdad de oportunidades; y más genéricamente la igualdad de oportunidades en la educación en base a las dotes naturales y a los méritos de las personas (53) (que puede ser correlacionado con el nuevo inciso 23 del artículo 75 de la Constitución).

El derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos (54); el derecho de los padres a que sus hijos reciban la

(51) Ver, NAGATA, Javier, op. cit. ps. 173/175.

(52) Ver, art. XII, primer párrafo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 26.1. de la declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 13.1. del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

(53) Ver, art. 28.1. de la Convención sobre los derechos del niño; y art. XII, primer párrafo, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

(54) Ver, art. 26.1. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (55).

El derecho de los padres de escoger escuelas distintas que las creadas por autoridades públicas siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba (56).

La gratuidad y obligatoriedad de la educación primaria (57).

La generalización y accesibilidad de la enseñanza secundaria para todos, por los medios apropiados y por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita (58).

En materia de educación superior, el acceso igual para todos *“en función de los méritos respectivos”* o *“sobre la base de la capacidad, por cuantos medios se consideren apropiados”* (59), mientras que uno de los métodos apropiados consiste en la *“implantación progresiva de la enseñanza gratuita”* (60).

Corresponde advertir, que se desprende del contenido de estos preceptos que han quedado ahora normativamente resueltas ciertas cuestiones que debieron ser abordadas en el plano doctrinario o legislativo, durante la vigencia de nuestra Constitución histórica, y que en ocasiones generaron encendidos debates según ya se ha visto.

(55) Ver, art. 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 13.3. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 18.4. del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.

(56) Ver, artículo 13.3. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(57) Ver, art. 26.1. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 13.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. XII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, art. 28.1. de la Convención sobre los derechos del Niño

(58) Ver, art. 13.2., inc. b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 28.1. de la Convención sobre los derechos del Niño.

(59) Ver, art. 26.1. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 28.1., inc. c, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(60) Ver, art. 13.2., inc. c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales.

Tampoco debe perderse de vista, como regla de interpretación, que al incorporar la reforma de 1994 las convenciones y tratados de derechos humanos, con jerarquía constitucional, el artículo 75, inciso 22, aclaró que ellos "*deben entenderse complementarios de los derechos y garantías*" reconocidos por la Constitución. Se sentó un principio que conduce a compatibilizar e integrar las normas de esas convenciones y tratados con los otros preceptos constitucionales. Así lo ha admitido la Corte Suprema de la Nación, al decir: "*debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados internacionales tienen la misma jerarquía constitucional, son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente*" (61).

8. La tercera parte del artículo 75, inciso 19

Resta formular algunos comentarios adicionales sobre la tercera parte del artículo 75, inciso 19, que contiene nuevas regulaciones constitucionales sobre la educación.

Si la originaria cláusula del progreso, mantenida sin cambios en el inciso 18 del artículo 75, disponía que los planes de instrucción general y universitaria, debían proveer "*lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración*", la tercera parte del mismo artículo —siguiendo aquellos lineamientos generales— formula ciertas precisiones.

En primer término, los términos "*leyes de organización y de base de la educación*" parecen ser más amplios que los planes mentados en el inciso 18, y alcanzar incluso a la enseñanza primaria, como responsabilidad federal (62). Las leyes de organización, como lo indica Quiroga Lavié, son las que definen con precisión las competencias de los órganos encargados de ocuparse de la educación: Nación, provincias, municipios o particulares; ello puede hacerlo directamente el Congreso o delegar su implementación al Consejo Federal de Educación. Mientras que la legislación de base puede versar sobre los contenidos

(61) Causa "Monges, Analía c. UBA - resol. 2314/95" (sent. del 26/12/96).

(62) Ver, GELLI, María A., "*Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*", La Ley, p. 507, en sentido concordante, pero con la aclaración que los lineamientos que fije el Congreso deberán ser muy generales, para no diluir el federalismo y la autonomía educacional de las provincias.

de la educación (63). Esta opinión parece acorde con los objetivos de “progreso” y de “desarrollo humano” que le atribuye la Constitución al Congreso Nacional, y con la extensión que poseen los derechos individuales en materia de educación, reconocidos en los pactos internacionales citados.

En segundo término, media la finalidad que tales leyes deben estar dirigidas a consolidar *“la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales”*. Algún autor destacado, como Bidart Campos, ha manifestado sus aprensiones respecto a que la uniformidad igualitarista pueda menoscabar el derecho a la propia identidad local a ser diferente (de paso, recuerda con razón la ligazón con el inciso 17 del artículo 75 que garantiza a los pueblos indígenas el respeto a su identidad y a una educación bilingüe e intercultural) (64).

Para aventar tales temores, conviene recordar que el debate constituyente, que dio origen a ese precepto, se planteó en la Comisión de Competencia Federal, que intervenía en la consideración de las propuestas que hacían a la apuntada relación Nación/provincias (65). Como resultado de las coincidencias existentes en el seno de esa Comisión de avanzar con el dictado de normas en materia de educación, se arribó a un proyecto consensuado entre los convencionales de los partidos justicialista y radical (66).

Cabe reconocer allí el enlace entre la actualización de la cláusula del nuevo “progreso” y la articulación de los principios que rigen el sistema educativo. Ello fue ratificado por otros convencionales (67).

(63) Ver, *“Constitución de la Nación Argentina comentada”*, 2ª ed. actualizada, Zavalla, p. 431.

(64) Ver, *“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”*, Ediar, Bs. As. 1995, Tomo VI, ps. 389/390.

(65) Ver, sesión de esa Comisión, del 7 de julio de 1994, en la *“Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994”*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, Bs. As. 1995, Tomo IV, ps. 3362/3364.

(66) Sesión del 12 de julio de 1994, ver Obra citada, Tomo IV, ps. 3404/5.

(67) El convencional Jesús Rodríguez, concluía que: *“con un despacho como éste, firmado por los convencionales constituyentes que estoy seguro van a conformar mayoría...los integrantes de la Comisión de Competencia Federal, están contribuyendo a aquello por lo que empecé, la cláusula del progreso social, entendida como lo entendió el profesor Olivera”*. Idem, Tomo IV, ps. 3405/6.

El amplio debate realizado en la Comisión alcanzó a un análisis de la crisis del sistema educativo en sus tres niveles, y de los problemas para la investigación y enseñanza de la ciencia y tecnología (68).

El consenso alcanzado sobre el texto sentó las bases constitucionales en materia educativa, en términos generales, no teniendo suficiente apoyo las posiciones que pretendieron lograr una norma más detallada, que incluyeran porcentajes del producto bruto que debían ser destinados al financiamiento de la educación y de la investigación científica y tecnológica, como también que se excluyera la mención a la equidad (y con ello la posibilidad de arancelar servicios educativos para complementarlos con planes de becas para quienes requerían asistencia económica durante sus estudios) (69).

De lo expuesto quedan claras las atribuciones del Congreso Nacional para legislar en materia educativa en salvaguardia de la unidad nacional, y en particular de las demás finalidades expresadas en los incisos 18 y 19 del artículo 75, aunque deberá equilibrar el ejercicio de tales facultades con el respeto de las particularidades provinciales o locales, cuando fuese del caso.

Luego, vienen un conjunto de reglas que habrán de observar aquellas leyes de organización y de base de la educación, cuales son: *“que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”*.

Estos principios fueron explicados en el plenario de la Convención Constituyente (70), por el miembro informante Jesús Rodríguez (71), quien los sintetizó del siguiente modo:

(68) Ver especialmente, en la obra citada, Tomo IV, las alocuciones de los convencionales Verani (ps. 3421/22), Díaz Araujo (3423/26).

(69) Los dictámenes por mayoría, y por minoría del Frente Grande, constan en la obra citada, Tomo IV, ps. 3428/3429.

(70) Ver el tratamiento en las 24^a, 26^a, 27^a y 28^a Reunión, y las votaciones en la Reunión 34^a, en obra citada, Tomo VI.

(71) Informe en obra citada, Tomo VI, ps. 5372/76. Además, existe una inserción, para el mayor desarrollo de la exposición en el recinto, en la obra citada, Tomo VII, ps. 6977/6981.

“El primero es garantizar el acceso y la igualdad de oportunidades mediante la gratuidad.

“El segundo, garantizar la igualdad de posibilidades educativas a través del aseguramiento de los recursos necesarios para la prestación de un servicio educativo de igual calidad a todos los concurrentes al sistema educativo oficial.

“El tercero, garantizar el principio de equidad, estableciendo políticas socioeducativas que eviten la discriminación económica y social en el acceso y permanencia en los distintos niveles del sistema educativo.

“El cuarto, brindar los recursos financieros suficientes para que la prestación del servicio educativo oficial sea el de mejor calidad.

“El quinto, asegurar los derechos establecidos en los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional a la población escolar de todos los niveles, prescindiendo de contenidos y acciones que afecten la libertad de conciencia en el plano religioso, ideológico o el relativo a las convicciones o creencias relacionadas con los rasgos personalísimos de las personas, su familia, grupo cultural, raza, etcétera.

“El sexto, no realizar discriminación alguna entre la población escolar mediante actividades que impliquen la separación de los alumnos en grupos o categorías que signifiquen segregaciones —cualquiera que ellas sean— con motivo de realizar acciones educativas, dentro o fuera del horario de clase, como actividades curriculares o extracurriculares”.

Refiriéndose a la relación entre gratuidad y equidad, aclaró que “...no son conceptos que puedan combinarse parcialmente. Para su aplicación en la práctica deben sumarse el uno al otro; son conceptos que no admiten contradicción entre ellos por su naturaleza de principios... en aquellos casos en que la gratuidad no alcance por sí sola a garantizar la igualdad de oportunidades, se impone al Estado la carga de proveer a los habitantes de los medios suficientes para acceder a la educación gratuita”. Todo ello generó un enérgico intercambio de opiniones con el convencional Bravo, que se mantuvo absolutamente contrario a la inclusión del concepto de equidad. En cuanto al concepto de la autonomía universitaria la definió en términos de autogobierno universitario y de “libertad suficiente” para el cumplimiento de su finalidad específica: la investigación y la distribución democrática del conoci-

miento (72). La posición del aludido miembro informante fue apoyada otro de los miembros de la Comisión, el convencional Herrera (73).

En cuanto a la autonomía universitaria, parece importante recordar lo expresado por el convencional Humberto Quiroga Lavié: *"...en esa palabra estarán incluidas las autonomías institucional, académica, económica y financiera, en términos de autarquía, eso sí, de la propia administración de los recursos que obtenga por sí sola, y de la autonomía administrativa. No puede ser de otra forma. La autonomía institucional también, pero no le voy a negar al Congreso la posibilidad de que dicte una ley organizacional y de base. Eso sería como negar la historia de las atribuciones federativas de la República. Y la delimitación de lo básico y estructural en los términos de la planificación universitaria de la Constitución histórica, para no desnaturalizar la autonomía institucional, será la lucha política del Congreso de la Nación; claro que sí"*.

Aún cuando podría proseguirse la relación de las discusiones (74), que originó la tercera parte del inciso 19 del artículo 75 en la Convención Constituyente, estimo que los antecedentes transcritos y la mayor compulsas que puede realizarse de las intervenciones de otros miembros de esa Asamblea ratificará lo esencial de la síntesis efectuada.

En cuanto a la responsabilidad indelegable del Estado, Colautti ha dicho que ese principio, en cuanto a su prestación educativa, invierte en esta materia el principio de subsidiaridad del Estado respecto de la actividad privada (75).

Con respecto al papel que se asigna a la participación de la familia y de la sociedad, Bidart Campos ha indicado que no se reduce a las que puede caberle en la educación que presta el Estado, sino que se ex-

(72) Obra citada, Tomo VI, p. 5374.

(73) Obra citada, Tomo VI, p. 5439.

(74) También es particularmente interesante la intervención del Convencional La Rosa, en cuanto a su síntesis de las etapas acaecidas en cien años de evolución del sistema educativo argentino, que han venido a ser sintetizadas en la nueva norma constitucional, en obra citada, Tomo VI, p. 5428.

(75) "Derechos Humanos", Editorial Universidad, Bs. As. 1995, p. 138.

tiende a la que mediante la iniciativa privada se exterioriza en la enseñanza a cargo de establecimientos privados. Bien entendido que también rige para éstos la pauta de igualdad de oportunidades y posibilidades y no discriminación (76).

En lo que hace al equilibrio entre los principios de gratuidad y equidad, algunos autores han entendido que la norma prohíbe el arancelamiento, inclusive en la Universidad. Argumentan que no se puede percibir una tasa por la utilización de un servicio universitario, aunque se trate de un plus del impuesto a las ganancias. Sin embargo, quienes adscriben a esta posición admiten la devolución del graduado de lo recibido de la Universidad, con relación a sus ingresos como profesional, o la aplicación de un mayor impuesto a las ganancias a quienes lo tributan por utilizar el servicio universitario (77). Para otros, la gratuidad es un principio orientador que no aparece enunciado en términos absolutos sino de una manera flexible e implica la aplicación pragmática de los principios de solidaridad y justicia social, pudiéndose establecer prestaciones en forma directa o indirecta, según la situación particular, en tanto el concepto de equidad se refiere al caso concreto (78).

Adscribo a esta última tesis. Aquí recuerdo que el artículo 16 de la Constitución dispone que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas, pero que el artículo 4 complementa y corrige este concepto al decir que el Gobierno federal provee a los gastos de la Nación, entre otros instrumentos, con *“las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso...”*.

9. La educación como garantía del “progreso” y del desarrollo humano

A modo de conclusión, cabe decir que la idea del “progreso”, más allá del carácter multifacético del término, y de la crisis que ha debido

(76) “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, Bs. As. 1995, Tomo VI, p. 391.

(77) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, Zavallá Editor, Bs. As. 1997, p. 434.

(78) DALLA VÍA, Alberto R., “Derecho Constitucional Económico”, Abeledo Perrot, Bs. As. 1999, p. 335. En sentido similar DROMI, Roberto - MENEM, Eduardo, “La Constitución Reformada”, Ediciones Ciudad Argentina, p. 187.

afrontar durante una parte considerable del siglo XX, tanto en los países centrales cuanto en nuestro medio, se mantiene vigente como valor a defender. Aún más, se ha revitalizado, se ha *aggiornado*, en otros valores que perfeccionan algunos de sus contenidos.

El desarrollo humano, la versión actual y más compleja de aquella idea, ha sido incluida expresamente en nuestra constitución, e inspira las formulaciones de un extenso número de nuevos derechos (de segunda y tercera generación), muchos de ellos contenidos en su texto o en las convenciones y pactos internacionales que ahora gozan de jerarquía constitucional.

Las directrices de la originaria cláusula del progreso poseían un claro contenido económico y social, aunque también político y cultural, destinadas a conformar un proyecto de nación, a obtener en el mediano y largo plazo, que fue ejecutado en buena medida, con los beneficios consiguientes para nuestro país durante muchas décadas.

En definitiva, la educación —especialmente la primaria— cumplió con el papel previsto por los hombres de la generación del '37, de permitir arribar a una sociedad democrática, más allá de los graves traumas sociales que ello ocasionara; y contribuyó a “constituir la unión nacional” (en palabras del preámbulo) en un país asolado por guerras civiles y que debió asimilar una inmigración masiva.

El proyecto de largo plazo contenido en la “cláusula del progreso” y en otras partes de la Constitución de 1853 fue parcialmente exitoso, pues si bien consiguió estructurar una sólida economía agropecuaria fracasó en los objetivos de alcanzar un proceso integrado de industrialización similar al de los países centrales, como fue el caso de los EE.UU. (que al comienzo del siglo XIX era también un país periférico). Probablemente resulte cierta la crítica respecto de los contenidos de la educación —especialmente la enseñanza media y superior— en el sentido que no han sido suficientemente eficaces para promover el desarrollo científico y tecnológico del país, una de las bases de la industrialización.

Esa problemática ha sido asumida en la actualización de las originarias directrices del “progreso”, en el inciso 19 del artículo 75 y en otros preceptos incorporados por la reforma de 1994, para adecuarlas a una nueva etapa de la revolución industrial, con las ventajas que ella importa, pero también con los riesgos, males y desafíos que obli-

ga a afrontar. Los principios allí propuestos tienden a responder a estos últimos, aprovechando los beneficios que presenta esta época.

Desde los inicios del pensamiento fundacional de la Constitución de 1853 ha podido percibirse una dialéctica, una tensión, entre principios y valores universales que debían adoptarse para el engrandecimiento de la nación y el bienestar de nuestro pueblo, y la necesaria adaptación que habrían de recibir para adecuarlos a las circunstancias propias del país. Se han dedicado varias páginas de este trabajo (y del que le ha servido de fuente) para recordar como nuestros principales pensadores encararon esa difícil tarea.

La globalización es el nuevo nombre, las renovadas formas, de un continuado derrame de acontecimientos políticos, científico-tecnológicos, económicos, sociales y culturales originados en los países centrales respecto del resto del mundo. En nuestros días, un auténtico homenaje que cabe hacer al pensamiento fundador de la Constitución de 1853 es su percepción que existe una permanente dialéctica, que hay que aceptar como inevitable, entre los movimientos universales y la inserción crítica que le cabe a nuestra nación en ellos.

Ante el cuestionamiento de muchos científicos sociales contemporáneos, respecto de la posibilidad y validez de proyectar cambios hacia el futuro, resulta alentador el debate que abre contra ellos un pensador de la talla de Mario Bunge (79), cuando expresa: *"Sea como fuere, todas las ideologías tradicionales están en quiebra. Empero, necesitamos alguna para diseñar políticas y planes sociales, debemos intentar construir una nueva ideología satisfactoria. Esta deberá basarse en una sociotecnología y una moral sólidas y ser capaz de ayudarnos a abordar los males sociales y trabajar para un mejor orden social: justo, progresista y sustentable"*. Y con parentesco notable (desde perspectivas muy modernas) con el pensamiento de la generación del '37 agrega más adelante: *"Entre el utópico tradicional y el Realpolitiker se yergue el reformador social realista y progresista. También se lo puede calificar de neoutópico: un realista sin ilusiones, que empieza por identificar los problemas y utiliza las ciencias sociales y la sociotecnología para descubrir sus raíces y tratarlos: primero estudia, luego actúa"*.

(79) Ver, *"Las ciencias sociales en discusión"*, Ed. Sudamericana, Bs. As. 1950. El título de su último capítulo es sugestivo: "Planear el futuro", cita de ps. 473 y 475.

En esta línea de ideas, resulta valioso mantener el ideal del “progreso”, y haberlo actualizado con los valores del “desarrollo humano” y “del crecimiento con justicia social”, con contenidos acordes a los desafíos de nuestra época.

La educación parece funcional, como lo anticipara el pensamiento fundador de nuestra Constitución, a la tarea de la reforma social. Y aquella cuenta con instrumentos institucionales para llevarla a cabo: las responsabilidades indelegables (y ampliadas) asignadas al Estado Nacional —con el respeto de las particularidades provinciales y locales—, la participación necesaria de la familia y de la sociedad; para la promoción de los valores constitucionales, compendiados en la democracia, con la garantía de los principios de gratuidad y equidad, y sin olvidar las concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo ya previstas en la originaria cláusula del “progreso”.◆

EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCION DE 1853/60

EN CONMEMORACION DEL 150° ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCION DE 1853

POR RICARDO HARO

I. Aproximación al tema

1. El objetivo que nos hemos propuesto para este estudio no es abarcativo de toda la normatividad constitucional referida al Poder Judicial. Por el contrario, hemos preferido analizar tres temas trascendentales como son: 1) El perfil constitucional del Poder Judicial, a partir del original art. 91; 2) Consideraciones sobre la competencia federal a partir de los originales arts. 97 y 98; y 3) Algunas reflexiones en torno al rol institucional del Poder Judicial.

En la búsqueda de los objetivos expresados y para lograr una visión integral de los mismos, consideramos indispensable en el análisis de los dos primeros puntos, realizar un estudio lo más exhaustivo que nos sea posible, de las normas pertinentes referidas al Poder Judicial, que se sancionaron en la Constitución de 1853 y en la Reforma de 1860, tan inescindibles por ser frutos del poder constituyente abierto que necesariamente debió ejercerse, hasta que se logró la unidad nacional con la reincorporación de la provincia de Buenos Aires y se constituyó definitivamente el Estado Nacional bajo la denominación de República Argentina.

2. Para ello, los originarios arts. 91, 97 y 98 serán examinados comparativamente con sus directos antecedentes y los respectivos proyectos de la Comisión de Negocios Constitucionales, de Juan Bautista Alberdi y de Benjamín Gorostiaga, miembro de la citada Comisión,

como asimismo, presentaremos las ideas rectoras que fueron configurando los actuales textos constitucionales, a la luz de los Informes de las respectivas Comisiones y los debates en plenario, tanto del Congreso Constituyente de 1853, como de la Convención Provincial de Buenos Aires y de la Convención Nacional de 1860.

Entremos ahora al análisis primeramente del art. 91 y, más adelante, de los arts. 97 y 98 del texto de 1853, consignando entre paréntesis la numeración actual posterior a la Reforma de 1994.

II. El Poder Judicial: Su perfil constitucional

1. El texto de 1853 y sus antecedentes

3. El texto sancionado en el Congreso General Constituyente de 1853 que define a la llamada "administración de justicia" como un Poder del Estado, fue el siguiente:

Art. 91 (108) — *El Poder Judicial de la Confederación, será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirá en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación.*

Investigando en sus antecedentes, advertimos que el texto de 1853, no resulta ajeno en alguna medida al art. XCII de la *Constitución de 1819*, que si bien no se refería a los tribunales inferiores, establecía que una "*Alta Corte de Justicia compuesta por siete Jueces y dos Fiscales ejercerá el Supremo Poder Judicial del Estado*", mientras que por su parte, la *Constitución de 1826*, se aproxima más a su texto al disponer en sus arts. 110 y 111, respectivamente que: "*El poder judicial de la República, será ejercido por la Alta Corte de Justicia, tribunales superiores y demás juzgados establecidos por la ley*" y que: "*Una Corte de Justicia compuesta de nueve jueces y dos fiscales, ejercerá el supremo poder judicial*".

La redacción del art. 91, pertenece al *proyecto de la Comisión Redactora* e igualmente se consigna en el *proyecto de Gorostiaga* miembro de aquella (art. 55), aunque fija en siete el número de jueces. En cambio, el *proyecto de Alberdi* (93) coincide sustancialmente, si bien no establecía ni su integración ni su residencia en la Capital y, en cambio, consignaba la prohibición de ejercer funciones judiciales por el

Presidente de la República, prohibición que en la Constitución de 1853 se prescribió en el art. 92 (art. 109 en la actualidad).

2. El Congreso General Constituyente de 1853

a) Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales

4. Este Informe fue presentado ante el Congreso Constituyente de 1853 el día 18 de abril de 1853, por la Comisión de Negocios Constitucionales que fuera designada para elaborar el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina. Lleva la firma de sus integrantes, los diputados Pedro Díaz Colodrero, Martín Zapata, Juan del Campillo, Manuel Leiva, Pedro Ferré, Juan María Gutiérrez y José Benjamín Gorostiaga.

Luego de referirse al sistema federal y a los poderes Legislativo en cabeza del Congreso y del Ejecutivo ejercido por el Presidente, entra a la consideración del Poder Judicial, declarando:

“El proyecto señala con minuciosidad los casos y la manera de acción del Poder Judicial que lleva por título el de la *Suprema Corte de Justicia*. Ella es la que ha de formar, por decirlo así, la *jurisprudencia del código constitucional*.”

El Presidente de la Confederación y el Senado nombra sus miembros; pero tanto en el número de los jueces, como en las calidades que han de acompañarles para ser dignos del cargo, hallará V.H. otras tantas garantías de rectitud y acierto en el desempeño de tan augustas funciones. A la penetración del Congreso no se ocultará, entrando en el mecanismo de este poder nacional, cuáles hayan de ser para lo futuro los preciosos frutos que él ha de dar, cuando fuerte en la opinión que conquistó en el país, desenvuelva toda la esfera de su acción en servicio de los principios de justicia y de orden que necesitamos establecer tras tantos años de turbulencia y de irregularidad administrativa” (1).

(1) “*Documentos de la Conformación Institucional Argentina 1782-1972*”, Poder Ejecutivo Nacional, Ministerio del Interior, Buenos Aires, 1974. Asimismo puede consultarse en “*Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*”, recopilación de Arturo Enrique Sampay, editado por Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1975; “*Documentos Constitucionales Argentinos*”, de SAN MARTINO DE DROMI, Ma. Laura, Ediciones Ciu-

b) Aportes del debate en el Congreso de 1853

5. En la sesión del 30 de abril, la temática del Poder Judicial se debatió escasamente, proponiéndose alguna pequeña modificación en cuanto a la competencia de los tribunales federales.

Se advierte que ante un pedido de explicación del diputado Zenteno sobre "las atribuciones de los Tribunales inferiores de justicia que el Congreso, podía, por este artículo, establecer en el territorio de la Confederación", el diputado Zapata respondió "que esas atribuciones estaban detalladas en el art. 97 del Proyecto; atribuciones muy distintas a las de los Tribunales provinciales. Que con el establecimiento de Tribunales inferiores federales en las Provincias, se quería evitar el perjuicio que tendrían que sufrir los interesados, si tuviesen que recurrir a la Capital para hacerse oír en juicio en los asuntos de competencia exclusiva de los Tribunales Nacionales" (2).

3. La Convención Revisora de la provincia de Buenos Aires

a) Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal

6. Integrada por Mitre, Vélez Sarsfield, Mármol, Cruz Obligado y Sarmiento, la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, luego de otras consideraciones, señalaba en su Informe que "La justicia federal debe ... subordinarse a las necesidades sociales en su manera de proceder, en vez de subordinar esas necesidades a sus formas y el número de jueces debe ser arreglado a la población, según lo indique la experiencia". Y más adelante expresa, que la mencionada reforma al art. 91, "tiene por objeto quitar la condición impuesta por la Constitución de la residencia de la Corte en la Capital, a fin de que la justicia busque las causas en el lugar de su origen; como se practica en los Estados Unidos, donde existe el único modelo de esta máquina política, y por este medio poner la justicia al alcance del pueblo, convirtiéndolo en realidad, lo que sólo era una ficción" (3).

dad Argentina, 1994; "Nueva Constitución Nacional - Desde la historiografía institucional argentina", AVILA RICCI, Miguel, editado por la Comisión Bicameral Examinadora de Obras de Autores Salteños, 1997.

(2) RAVIGNANI, Emilio, "Asambleas Constituyentes Argentinas", Casa Jacobo Peuser Ltda., Buenos Aires, 1937, Tomo Cuarto, p. 535.

(3) RAVIGNANI, ob. cit., p. 775.

b) Debate y propuesta en el pleno de la Convención Provincial

7. Sarmiento al informar esta reforma, coincidentemente expresó entre otras reflexiones, que “el embarazo que ha creado la Constitución federal fijando la residencia de la Suprema Corte en la Capital, ha destruido el objeto de su creación, haciendo una Corte sin causas que juzgar ... Cuatro jueces serán pues demasiado personal para los pocos que hayan de requerir sus decisiones judiciales ... La reforma propuesta, pues, tiende sólo a hacer posible la acción de la Corte Suprema, quitándole el reato de una residencia inútil en la Capital y disminuyendo el excesivo número de jueces; que en los Estados Unidos sólo fueron seis, mientras el país tenía 16.000.000 de habitantes, siendo de reciente data el aumento de tres más, requerido por la creación de nuevos Estados” (4).

En definitiva, el art. 91 sancionado por la Convención Provincial decía así: “*El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, compuesta de cuatro jueces y un fiscal, que tendrá una sesión anual en la Capital, y por los demás tribunales inferiores, que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación*”.

4. La Convención Nacional de 1860

a) Informe de la Comisión Examinadora de las reformas propuestas

8. La Convención Nacional de 1860, designó a los diputados Del Carril, Vélez Sarsfield, Mármol, Elizalde, Seguí, Cáceres y Gorostiaga, para integrar la Comisión Examinadora de las reformas propuestas por la Convención de la Provincia de Buenos Aires, y en su Informe entre otras cosas manifestaba, que “las ha tomado en consideración y aconseja a la Convención su adopción, con las modificaciones que pasa a indicar”. En el punto que analizamos expresaba: “*Modificar la reforma propuesta al art. 91 del modo siguiente: El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación*” (5).

(4) RAVIGNANI, ps. 870/1.

(5) RAVIGNANI, ob. cit., p. 1048.

b) Sanción en la Convención Nacional de 1860

9. Este Informe sobre las propuestas de reforma fue presentado al plenario en la sesión del 23 de Septiembre de 1860 y salvo una modificación, el informe no se debatió y fue aprobado por aclamación, con lo cual quedó definitivamente.

Art. 94 (108) — *El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales inferiores, que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación (6).*

5. Nuestra opinión sobre la reforma

10. Se advierte que la Reforma de 1860 fue positiva en este art. 97 (108) en tanto no era pertinente ni convenía en el texto constitucional, dejar rígido el número de jueces y fiscales de la Corte Suprema, el cual debe tener la flexibilidad que exija responder a las necesidades que presente la evolución de judicial del Alto Tribunal y, que por lo tanto, debe delegarse en el Congreso de la Nación para que por vía legislativa, establezca el número adecuado de miembros que demanden un efectiva administración de justicia (7).

Asimismo se suprimió la residencia en la Capital, para seguir más fielmente el modelo norteamericano y de la Judiciary Act de 1789, que permitía ejercer sus funciones a la Corte Suprema en todo el territorio del país, ya que sus jueces viajaban y se instalaban en distintas ciudades del territorio nacional, para agilizar la resolución de las causas de su competencia, y sólo se reunían en pleno en Washington una o dos sesiones al año. Si bien es cierto que la residencia de la Corte se excluyó de la Constitución, también lo es que no obstante las argumentaciones dadas, la finalidad pretendida de los “jueces viajeros”, nunca se puso en práctica en el funcionamiento del Alto Tribunal.

(6) RAVIGNANI, ob. cit., ps. 1050/52.

(7) En tal sentido, cabe recordar que tanto la Ley 27 de 1862, como las leyes 13.998 de 1950 y el decreto-ley 1285/58, fijaron en cinco los jueces de la CS. Posteriormente la ley 15.271 elevó a siete los jueces, que fueron reducidos a cinco por la Ley 16.985. En la actualidad, y a partir de la ley 23.774 de 1990, el número de jueces fue elevado a nueve. En cuanto a los “fiscales”, desde sus comienzos en 1862 hasta nuestro días y no obstante la reforma de 1994 en cuanto a la constitucionalización del Ministerio Público, siempre ha existido un Procurador General de la Nación que en la actualidad es cabeza del Ministerio Fiscal que forma parte del Ministerio Público.

III. Competencia del Poder Judicial de la Nación

1. El texto constitucional y sus antecedentes

11. **Art. 97 (116)** — *Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Confederación, y por los tratados con las naciones extranjeras; de los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los recursos de fuerza; de los asuntos en que la Confederación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más Provincias; entre una Provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes Provincias; entre una Provincia y sus propios vecinos; y entre una Provincia y un Estado o ciudadano extranjero.*

Este texto que proviene del *Proyecto de la Comisión Redactora* con la integración mencionada *supra* y que también figura tal cual en el de *Gorostiaga* (art. 60), en el de *Alberdi*, figura con redacción parecida (arts. 97 y 98). En cambio, no encuentra antecedentes de entidad en los textos de las *Constituciones de 1819 y 1826*, por la falta de necesidad y sentido institucional de fijar una competencia a tribunales federales, dado su reconocida vocación centralista y unitaria de las mismas, y el consiguiente rechazo de una organización federal del Estado.

2. Aportes del debate en el Congreso de 1853

12. En el debate del 30 de Abril, vuelve a tomar la palabra el diputado Zenteno para realizar una propuesta, apoyada por el diputado Llerena, solicitando que “se adicionase este artículo incluyendo entre las causas que debían juzgarse por los Tribunales federales, las que se suscitasen entre el Gobernador de una Provincia y un Ciudadano de ella, dando como razón la influencia que podían ejercer los Gobernadores sobre los Tribunales, lo que no sucedería en un Tribunal federal enteramente independiente e imparcial”.

Respondiendo a dicha inquietud, el diputado Gorostiaga afirmó que “las observaciones aducidas procedían de que no se había dado la verdadera inteligencia al artículo que se discutía. Que el sistema federal era la base obligatoria de la Constitución; que debía respetarse la

soberanía e independencia de las Provincias, y cuidarse mucho de que el poder ya legislativo, ejecutivo o judicial del Gobierno federal, no invadiese, aplicándolo a casos inoportunos, los respectivos poderes de las Provincias. Que en el caso propuesto de una causa suscitada entre el gobernador de una provincia y un Ciudadano, el poder judicial federal nada tenía que hacer, porque el Gobernador y el Ciudadano eran iguales ante la Ley, iguales ante el magistrado de esa misma Provincia encargado de aplicarla, y sujetos por consiguiente a su jurisdicción...". Puesto a votación, se aprobó el art. 97 como venía redactado de la Comisión, negándose en consecuencia la propuesta señalada. Hasta aquí, todo lo que hay sobre el tema en el debate de 1853 (8).

3. La Reforma de 1860

a) Informe de la Comisión Examinadora de la Convención de Buenos Aires

13. Con la integración mencionada *supra*, el Informe de la Comisión sólo se refirió a los *conflictos entre poderes provinciales* y a los *recursos de fuerza*, pero curiosamente mantenía la competencia federal para las causas entre una *Provincia y sus propios vecinos*, causal sobre la que no se pronunció, como tampoco lo hizo con posterioridad el pleno de la Convención Provincial al aprobar el art. 97 (9).

El Informe al pronunciarse por la supresión de la causal de "*los conflictos entre poderes provinciales*" expresaba, que esta competencia "desnaturaliza completamente el poder judicial de la Nación. La misión de ésta es conocer de lo que es privativo de la Nación en lo contencioso, y de lo que define las dos soberanías, la provincial y la nacional, en lo político. Lo contrario establecería la dependencia inmediata de los poderes públicos de las Provincias, sometidos continuamente a las decisiones de la Suprema Corte, pues unas veces la Legislatura llevaría al Gobernador a la barra de ese tribunal; otras veces el ejecutivo al poder judicial y hasta el conflicto de un Juez de Paz y el Gobierno provincial, sería sometido a su fallo. Esto, que es atenta-

(8) RAVIGNANI, ob. cit., p. 535.

(9) RAVIGNANI, ob. cit., p. 874.

torio a la soberanía provincial, importaría una subversión completa del orden constitucional” (10).

14. Y en cuanto a la supresión de los “*recursos de fuerza*”, decía el mencionado Informe, “que sólo por un error han podido ser incluidos entre las atribuciones de la Corte Suprema. Se comprende fácilmente que un tribunal eclesiástico, fallando una causa de su jurisdicción en el territorio de una Provincia, no puede hacer fuerza sino a las leyes civiles de esa Provincia, pues no es posible imaginar un caso en que sus procederes o sentencias se encuentren en conflicto con las leyes nacionales” (11).

15. En otro tópico que tiene directa atinencia a la competencia federal, cabe señalar que la Comisión propuso en el *art. 64 inc. 11* (hoy 75 inc. 12), agregar a la facultad del Congreso de dictar los códigos de fondo, lo siguiente: “*sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones*”, pues la Comisión ya se hacía cargo de que el art. 97 se refería a la competencia de la justicia federal en las causas que versen sobre puntos regidos por las leyes de la Confederación, y ante ello, sostenía que “...pudiendo los Códigos considerarse como leyes de la Confederación, podría deducirse de esto, que los tribunales de provincia no tienen jurisdicción civil, ni criminal, una vez dictados tales Códigos por el Congreso” (12).

A pesar de esta explícita consideración en su extenso Informe presentado en la sesión del 25 de Abril, fue recién en la sesión plenaria del 11 de Mayo cuando la Comisión asumiendo todas las observaciones que se le habían formulado, presentó el cuadro de las reformas que se sancionarían, y en lo que al art. 97 se refiere, señala que “la Comisión ha creído que este artículo venía a ser afectado por el inc. 11 del art. 64”, y entonces, presenta la redacción definitiva de aquél, tal cual como existe en la actualidad, pues luego en la Convención Nacional, será aceptada dicha reforma (13).

(10) RAVIGNANI, ob. cit., p. 781.

(11) RAVIGNANI, ob. cit., p. 781.

(12) RAVIGNANI, ob. cit., p. 782.

(13) RAVIGNANI, ob. cit., p. 933.

b) *El debate en la Convención Provincial*

16. Ya en el plenario de la Convención Provincial, al tratarse estos temas, Vélez Sarsfield fundamentó la reforma que se debía a “una adición singular que se ha hecho a la Constitución de los Estados Unidos, dando facultad a la Suprema Corte de Justicia para decidir los conflictos entre los poderes públicos de una provincia. Esto destruye completamente el sistema federal, porque un poder extraño, el poder nacional judicial, viene a entrometerse en las cuestiones interiores de los poderes públicos de una provincia... Pongamos un ejemplo: El Gobierno da un decreto, que el Cuerpo Legislativo lo estima como ley e impropio de las facultades del Gobernador: he aquí un conflicto de poderes públicos. ¿Iría en tal caso el Poder Legislativo a demandar al Poder Ejecutivo ante la Corte Suprema? ... En caso de conflicto entre los poderes provinciales, debe únicamente estarse a la Constitución particular de cada Estado... Destruiríamos señores, de otra manera las Constituciones de los estados particulares y la independencia interior de cada provincia, si el Poder Nacional Judicial va a resolver las cuestiones políticas que puedan nacer entre los poderes públicos de una provincia” (14).

17. Refiriéndose luego a la supresión de los *recursos de fuerza*, afirmó que “un recurso de fuerza, regularmente nace en un pleito de divorcio, de capellanías, o del ejercicio de la jurisdicción espiritual; es decir, por el quebrantamiento de las leyes civiles o canónicas. ¿Y que tiene que ver con tales pleitos la Suprema Corte Federal? ¿El recurso de fuerza tiene acaso su origen en el quebrantamiento de las leyes federales? ... Nada tiene que ver la Nación con que un pleito de divorcio o de capellanía se resuelva del modo que se resolviere” (15).

18. No obstante su rechazo por el plenario, estimamos oportuno señalar las agudas y premonitorias razones que expresó Vélez Sarsfield en el sentido de excluir de competencia federal las causas originadas tanto en los fueros de vecindad como el de extranjería (por este último adhirió Elizalde), y en consecuencia, del art. 97 las causales entre “vecinos de diferentes provincias” y “entre vecinos y ciudadanos extranjeros” (16). Tuvo que pasar casi un siglo, para que en la reforma

(14) RAVIGNANI, ob. cit., p. 871.

(15) RAVIGNANI, ob. cit., p. 872.

(16) RAVIGNANI, ob. cit., p. 873.

de 1949, se suprimiesen estas causales que, con el restablecimiento de la Constitución de 1853 en abril de 1957, están lamentablemente vigentes hasta la fecha.

Como lo hemos señalado en anterior oportunidad, pensamos que esa creencia categóricamente equivocada sobre los recelos en el sometimiento de vecinos o extranjeros a tribunales locales, significa asimismo, una lamentable sospecha y una manifiesta falta de confianza en la imparcialidad de los tribunales de justicia provinciales, lo cual resulta agravante y descalificante para quienes superando los graves conflictos fratricidas, no podían dejar de ser dignos administradores de la justicia, como la propia historia lo ha ratificado conforme a los acertados juicios y afirmaciones de Vélez Sarsfield.

c) La Comisión Examinadora de la Convención Nacional de 1860

19. Ya en la Convención Nacional de 1860, la *Comisión Examinadora de las reformas propuestas por la Convención de Buenos Aires*, en la parte de su dictamen referida a la competencia judicial federal, manifiesta que “ha creído también deber proponer la aclaración de la parte final del art. 97 en estos términos: *‘y entre una provincia o sus vecinos contra un estado o un ciudadano extranjeros’*”, con lo cual se viene a suplir la incomprensible omisión en que había incurrido la Convención de Buenos Aires, respecto de la originaria causal relativa a los conflictos entre “una Provincia y sus propios vecinos” que destacáramos más arriba (17).

d) La Convención Nacional de 1860

20. Finalmente la Convención Nacional de 1860, modificó el texto originario del art. 97, en dos sentidos:

a) Por “sustracción”, al suprimirse las causales referidas a los recursos de fuerza, a los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia, y las causas entre una provincia y sus propios vecinos;

b) Por “adición”, al incorporar la reserva hecha en el inc. 11 del art. 67 que expresaba que el dictado de los códigos de fondo por el Con-

(17) RAVIGNANI, ob. cit., ps. 1048/49.

greso, no alterarán “las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”. Esta reforma respondió congruentemente al carácter *excepcional* de la competencia federal.

21. Las modificaciones propuestas por la Comisión Examinadora, fueron aprobadas sin debate alguno y por aclamación por el pleno en la sesión del 23 de Septiembre de 1860, quedando el art. 97 (que pasó a ser en esta reforma el art. 100) con la siguiente redacción definitiva y actualmente vigente:

Art. 100 (1860) (hoy art. 116) — *Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 11 del art. 67 (hoy inc. 12 del art. 75); y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.*

4. Nuestras consideraciones sobre el texto de 1860

22. Evidentemente que tanto las tres modificaciones por “sustracción” como la que se efectuó por “adición”, constituyeron una reforma más acorde con un auténtico federalismo, ya que lo dispuesto en el texto de 1853, en cuanto que los conflictos entre los poderes públicos de una provincia y los de ésta con sus propios vecinos, fuesen resueltos por la Justicia Federal, no sólo allanaba ilegítimamente la *autonomía provincial*, como capacidad de cada provincia de darse su propia Constitución dentro de los límites que le fija el art. 5 C.N., sino que además, desvirtuaba seriamente el sentido de la *garantía federal* de que en “bajo esas condiciones, el Gobierno Federal, garante a cada provincia el *goce y ejercicio de sus instituciones*”.

En tales casos estaríamos lisa y llanamente frente a una “*intervención federal judicial*”, con grave deterioro del funcionamiento del sistema federal de la Constitución Nacional. Ello es así, pues si los con-

flictos entre los poderes públicos de una provincia fueren de una gravedad tal que superaran las posibilidades de solución por el libre juego institucional provincial, entonces sí que habría que hacer funcionar la intervención federal prevista en el art. 6 C.N., invocándose la causal de la alteración de la forma republicana de gobierno.

23. Esta reflexión es válida, más allá de las intenciones autonomistas de Buenos Aires, la cual, al advertir la tendencia federalista de la Constitución de 1853 que hacía sucumbir definitivamente sus históricas pretensiones centralizantes, evidentemente que se aferró a la mayor acentuación posible de aquella tendencia. No nos confundamos. La actitud de Buenos Aires —lo dijimos hace tiempo— no es del todo transparente y auténticamente federalista. Al no poder tener el control político e institucional del país, mudó su mentalidad centralizante por una descentralizadora que le permitiese resguardar sus instituciones y el poder político y económico que entrañaban. Cuando no pudo ser cabeza de la Nación en el orden político, quiso afianzar al máximo su calidad de estado autónomo (18).

No en vano Alberdi afirmaba en este sentido que “*No pudiendo imponer (Buenos Aires) su despotismo a toda la Nación y no queriendo admitir la autoridad de la Nación, ha formulado y fundado el provincialismo nacional, como medio de quedar en la nación sin sujeción a la autoridad de la nación... Y sus hombres se dicen unitarios! Unitarios para cuando ellos tengan el poder central; y federales cuando el poder central salga de sus manos... Si se trata de gobernar a las provincias, son unitarios; si se trata de obedecerlas, son federales...*” (19).

24. Ratificamos aquí, para redondear el tópico, las razones brevemente desarrolladas en el parágrafo 18, y la propuesta para que en la próxima reforma constitucional, entre otras modificaciones, se supriman las causales de competencia federal tanto respecto de los asuntos “entre los vecinos de diferentes provincias”, como de los originados entre “un vecino y un ciudadano extranjero”.

(18) HARO, Ricardo, “*La Competencia Federal*”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 227.

(19) ALBERDI, Juan Bautista, “*Escritos Póstumos de J. B. Alberdi – Ensayos sobre sociedad, los hombres y las cosas de Sudamérica*”, Imprenta Cruz Hermanos, Buenos Aires, 1899, t. IX, ps. 34/38, 57 y 76.

IV. Competencia originaria y exclusiva de la Corte

1. *El texto, sus antecedentes y el Congreso de 1853*

25. Art. 98 (117) — *En estos casos, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, en los que alguna Provincia fuese parte, y en la decisión de los conflictos entre los poderes públicos de una misma Provincia, la ejercerá originaria y exclusivamente.*

Cabe destacar que este texto es el del *proyecto de la Comisión Redactora* y que idénticamente figura en el proyecto de *Gorostiaga* (art. 61), mientras que por el contrario, en el de *Alberdi* (arts. 97 y 98), no consigna la competencia originaria y exclusiva de la CS.

La *Constitución de 1819* en sus arts. XCVII y XCVIII, se refiere de modo exclusivo a la competencia de la Alta Corte de Justicia, congruentemente con lo que hemos señalado *supra* en el sentido que no establecía los tribunales federales inferiores. Es un antecedente menor de la norma de 1853, como lo es asimismo la *Constitución de 1826*, al establecer la competencia de la Alta Corte de Justicia en sus arts. 118 a 121 y 123, 124 y 126.

No debemos olvidar, como lo hemos señalado más arriba, que para ambas Constituciones, centralista la primera y, la segunda, decididamente implantando un régimen unitario para el Estado, no les resultaba necesario ni coherente establecer los tribunales que integrarían un Poder Judicial Federal, distinto del de las provincias, bastándole solamente la creación de la Alta Corte de Justicia y fijarle su competencia.

En el Congreso Constituyente de 1853, se aprobó sin debate el art. 98 tal cual venía redactado en el Proyecto de la Comisión (20).

2. *La Reforma de 1860*

26. No habiendo formulado ninguna observación a este artículo la Convención Provincial de Buenos Aires, la reforma sancionada por la

(20) RAVIGNANI, ob. cit., p.535.

Convención Nacional el 23 de Septiembre de 1860 en su art. 101 (hoy 117), excluyó también de este artículo, como lo había hecho en el originario art. 97 y por las mismas razones, la mención *de los conflictos entre los poderes públicos de una misma Provincia*, quedando el resto del artículo con su texto original.

3. Sugerencias hacia el futuro

27. Como lo desarrollamos en anterior oportunidad, deseamos señalar ciertas incongruencias del régimen competencial federal a partir del artículo analizado (hoy 117) y su anterior 97 (hoy 116). Veamos:

a) Si un Estado extranjero litiga con una Provincia, debe hacerlo ante la Corte; pero si ha sido demandado por un vecino, debe someterse a un juzgado federal.

b) Una causa entre un Estado extranjero y el Estado argentino, debe radicarse en un juzgado federal.

c) La controversia de un vecino con un embajador, debe radicarse ante la Corte, cuando éste es sólo el representante de un Estado extranjero, y este Estado ante similar contrincante vecino, debería ocurrir ante un juzgado federal.

Por ello estimamos que en una próxima reforma judicial habrá que establecer la competencia originaria y exclusiva de la Corte sólo para las causas entre provincias; entre éstas y el Estado federal; y entre cualquiera de ellos y un Estado extranjero; manteniendo lógicamente las causas concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros (21).

V. Algunas reflexiones en torno al rol institucional del Poder Judicial

28. La normativa y los diversos antecedentes que hemos analizado trasunta todo un amplio contenido que desde 1853 hasta la fecha, ha tenido un enriquecedor desarrollo que podemos reseñar en algunas reflexiones a esta altura de nuestra exposición.

(21) HARO, Ricardo, ob. cit., p. 234.

29. Siendo la República Argentina un Estado Federal, corresponde al *Poder Judicial de la Nación*, como uno de los fines que le otorgan razón de ser tal, ejercer la función jurisdiccional perteneciente al Gobierno Federal, a poco que se repare que en modo alguno éste podría existir en forma mutilada, si no contase con los tribunales de justicia que efectivizasen función tan esencial a todo poder político y a todo orden gubernamental.

Por otra parte, es importante poner de resalto que esta concepción del órgano jurisdiccional como un Poder Judicial, es de vieja data en los antecedentes históricos, pues ya desde el Estatuto Provisional de 1815, pasando por el Reglamento de 1817 y las Constituciones de 1819 y 1826 fue concebido con esta entidad estatal.

Los padres fundadores de 1853, siguiendo esa tradición institucional y el modelo de la Constitución de los EE.UU., dispusieron que la función jurisdiccional estaría investida en uno de los tres Poderes del Estado, con un perfil, diseño y competencia constitucionales propios, acorde a su entidad de *Poder independiente* de los otros dos y con *igual jerarquía y entidad institucional que los otros Poderes*, dentro del sistema político que organiza las funciones del Gobierno.

Parafraseando a Germán Bidart Campos podemos decir que el poder que inviste la Corte y los demás tribunales es político, porque es un poder que se engloba dentro del poder estatal que es poder por esencia político. Toda función de administrar justicia es política, esencialmente política, porque es función del poder estatal que es poder político. No se debe temer la afirmación que rescata la politicidad esencial de la función judicial, que no debe confundirse con la política partidaria, porque la imparcialidad del Poder Judicial no es compatible con ella (21 bis).

Y presidiendo este Poder Judicial, ya desde sus primeros antecedentes, se colocó como cabeza de poder, a una *Alta Corte* de Justicia, para consolidarse luego la expresión de una *Corte Suprema* de Justicia. Este calificativo de Alta o Suprema, indica la importancia institucional superlativa del Alto Tribunal que se lo considera *cabeza de poder* y el que ejerce la última instancia judicial en todo el Estado, de

(21 bis) BIDART CAMPOS, Germán, "*La Corte Suprema - El Tribunal de las Garantías Constitucionales*", Editorial Ediar, Buenos Aires, 1984, ps. 16/17.

modo especial, en el ejercicio del control de constitucionalidad, razón por la cual se ha denominado a la Corte como *guardián último de la Constitución*. “Ella es la que ha de formar, por decirlo así, *la jurisprudencia del código constitucional*”, como lo decía el Informe de la Comisión Redactora en 1853.

El eximio Facundo Zuviría sostenía que “al hablarse del poder judicial se olvida su calidad de federal, lo que le constituye en uno de los tres altos y soberanos poderes que había de sostener la Constitución nacional. Que así como el Poder Ejecutivo “tenía voto en la sanción de las leyes, puesto que podía vetarlas; así también para que el poder Judicial fuese soberano y federal era necesario que tuviese una jurisdicción independiente de los otros poderes y pudiera dejar de aplicar las leyes que a su juicio fuesen inconstitucionales” (22).

30. Por otra parte, como otro de sus primordiales objetivos en el régimen constitucional argentino, es preciso señalar que el Poder Judicial de la Nación ejerce su función jurisdiccional en todas aquellas causas en que esté en juego directamente *un interés federal*, legítimo, concreto, real, objetivo y con suficiente entidad.

Al ser un Poder del Estado Federal, todo lo que pueda afectar a éste en un proceso judicial, ya sea por la materia jurídica en discusión, por las personas que integran la relación procesal o por el lugar en que se origina la controversia, pertenece básicamente a la competencia de la Justicia Federal que fue precisamente instituida para la protección jurisdiccional de los derechos y atribuciones del Gobierno Federal.

No en vano Juan Bautista Alberdi en la nota a pie de página del art. 97 de su proyecto de C.N., expresaba: “Se ve por el tenor de estas atribuciones, que la administración de justicia federal o nacional, sólo comprende ciertos objetos de interés para todo el Estado, y de ningún modo los asuntos ordinarios de carácter civil, comercial o penal regidos por la legislación de cada provincia y sometidos a sus respectivos tribunales y juzgados provinciales. En todos los países federales, y sobre todo en Estados Unidos, existe esta separación de la justicia local y de la justicia nacional” (23).

(22) “*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*”, 1858, p. 518.

(23) ALBERDI, Juan Bautista, “*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*”, Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, p. 228.

31. La manifestación más suprema del poder político en el Estado federal argentino, ha sido investida por la C.N. en el Gobierno Federal el cual para el cumplimiento de las funciones esenciales de todo gobierno, ejerce básicamente las funciones legislativas y administrativas que son fuente de emanación de un orden jurídico federal presidido por la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos (arts. 31 y 75 inc. 22 C.N.).

Y entonces surge otro de los roles fundamentales que cumplen el Poder Judicial de la Nación a través de los tribunales que integran, toda vez que fijando su sentido y ordenando su aplicación, se constituyen en los *intérpretes y custodios de este orden jurídico federal*.

El talentoso Martín Zapata, diputado constituyente en 1853 por Mendoza, al debatirse en el Congreso Nacional en 1858 la ley 182 orgánica de la Justicia Federal, expresó: "Dejar la interpretación y aplicación de las leyes fundamentales y generales de la Confederación libradas a trece tribunales o justicias distintas e independientes unas de otras, sería entregar al país a un caos en la materia más grave y de más interés. Y he aquí la necesidad de un poder único encargado de hacer la interpretación y aplicación definitiva de las leyes. Ese poder de la justicia federal que con la repetición de sus fallos, es la que ha de venir a formar la jurisprudencia nacional" (24).

32. Congruente con la ubicación institucional que referíamos en el punto 1, la Constitución le ha otorgado al Poder Judicial, un trascendental *rol moderador* de superlativa función política, al constituirlo en *árbitro institucional*, ejerciendo el control que asegure en la vida del Estado, no sólo un ejercicio razonablemente constitucional de los Poderes Legislativo y Ejecutivo del Gobierno Federal, como garantía de genuinidad del *sistema republicano*, sino también en la actuación armónica y correcta de las atribuciones que corresponden tanto al Gobierno Federal como a los Gobiernos de Provincias, para afirmar la vigencia del *federalismo constitucional*.

Por otra parte, no debemos olvidar que corresponde al Poder Judicial en cabeza de la Corte Suprema, la eminente función de resolver los conflictos de poderes que se produzcan en la *fisiología* del régimen constitucional, propios de las relaciones dialécticas existentes

(24) "Diario de Sesiones del Senado de la Nación", 1857, p. 221.

entre los distintos órganos que asumen competencias supremas del Estado.

Al crear un gobierno simultáneo de coexistencia de poderes locales y poderes centrales, afirma Jorge Reinaldo Vanossi, tenían que darle una ubicación al Poder Judicial, y esa ubicación se la dieron no tanto como un tribunal de justicia más, no tanto como una tercera instancia, sino —he aquí la novedad— como un poder del Estado encargado principalmente para velar por el mantenimiento de la doblemente consagrada separación de los poderes: la separación horizontal o funcional de los poderes, que se creaba en ese momento mediante el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial, situados al mismo nivel; y la separación vertical o territorial del poder que se instrumentaba en la coexistencia de ese doble orden de competencias provinciales y centrales... es importante crear una conciencia cívica y profesional sobre la función del Poder Judicial y el papel de nuestra Corte Suprema de Justicia, que lleve a nuestro pueblo —como ha ocurrido con el norteamericano— a considerar *a la Corte Suprema como algo diferente a todos los demás tribunales*, desde el momento que es más que un tribunal: es en realidad *un tercio del gobierno*" (25).

Congruente con esta posición, la Constitución le ha otorgado al Poder Judicial, un trascendental *rol moderador de alta dimensión política* al confiarle nada menos que el control de constitucionalidad de todos los actos de gobierno y constituir finalmente, a la Corte Suprema de Justicia como *Tribunal de las Garantías Constitucionales y Árbitro Institucional*.

33. Concluyendo ya éstas, que han sido algunas de las muchas reflexiones que podríamos realizar sobre el rol institucional del Poder Judicial de la Nación, sólo deseamos expresar a manera de ferviente anhelo y voto venturoso para los nuevos tiempos, que los Jueces de la República, cualquiera sean sus jerarquías, recuerden siempre las sabias palabras de Joaquín V. González cuando afirmaba: "*Ningún pueblo de la tierra ha gozado de la libertad, mientras no ha tenido asegurada su justicia*" (26), porque recurriendo a San Agustín, podremos

(25) VANOSSI, Jorge Reinaldo, "*Teoría Constitucional*", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, T. II, ps. 80 y 210/11, respectivamente.

(26) GONZÁLEZ, Joaquín V., "*Manual de la Constitución Argentina*", Estrada Editores, Buenos Aires, 1951, p. 569.

decir que *“Los Imperios sin la Justicia, serían sólo grandes sociedades de bandidos, magna latrocinia”*.

De nada vale tener una organización constitucional y legal del Poder Judicial de la Nación; de poco sirve invocar su sagrado ministerio e investidura, si los jueces no procuran cada vez más, con hondo fervor y férrea voluntad, no tener otro compromiso que con la Constitución y el Estado social de Derecho; ni otra consagración que a su diaria y recatada tarea; ni otro objetivo que el de servir a su pueblo en el cumplimiento del inexcusable mandato preambular de *“afianzar la justicia”*.

En los momentos que vivimos y ante la profunda decepción y disgregación de nuestra sociedad, estamos persuadidos que a partir de la confianza en el Poder Judicial de la Nación y en sus jueces, se podrá recrear la credibilidad y la fe de los argentinos en las instituciones de la República. ♦

LOS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS PROVINCIALES ACTUANDO COMO AGENTES DEL GOBIERNO FEDERAL, SEGUN LA CONSTITUCION DE 1853

POR TOMÁS HUTCHINSON

I. La estructura federal

La Constitución de 1853 en relación a la estructura orgánica de la forma de gobierno adoptó el sistema federal. En tal sentido, el federalismo es el género que califica todo el funcionamiento institucional del Estado. Dentro de la división territorial del poder, el Estado federal es uno de los grados de descentralización del mismo, que se corresponde con el reparto de competencias que se efectuó entre un Estado central (Estado federal) y varios Estados miembros (Estados locales o provinciales). Las notas características que perfilaron a nuestro Estado federal son las siguientes:

a) Fundamento jurídico: En el Estado federal el fundamento jurídico es una Constitución federal (no es, pacto entre los Estados miembros que lo puedan haber formado) que sirve de razón de validez a los respectivos ordenamientos jurídicos de las provincias;

b) Distribución del poder: en el Estado Federal coexisten tres jurisdicciones: el Estado central (también llamado federal), los Estados miembros (o provincias) y la federación;

c) La supremacía federal no sólo establece la subordinación del derecho provincial al derecho federal, sino también la del Estado Fede-

ral a la Constitución Nacional: de este modo se evita que el Estado federal se extralimite en sus facultades, ejerciendo las propias de las provincias;

d) No son supremas las leyes federales sobre las provinciales cuando son dictadas en materias no delegadas; ello significa que una provincia puede dictar una ley sobre policía de moralidad que contraría una ley nacional en la materia (doctrina de Fallos 239:343);

e) En cambio, si las facultades son concurrentes, prevalece la supremacía constitucional federal cuando el derecho provincial es incompatible con el federal;

f) No es válida la delegación de facultades del gobierno provincial al federal o viceversa, si se realiza en el ámbito de los poderes exclusivos de cada Estado. Sólo cabe la delegación en materia de facultades concurrentes, excepto el supuesto del art. 107 (1) de la Constitución originaria.

Cabe señalar que el federalismo no fue concebido como una técnica para la atomización del poder, sino para su ejercicio eficiente, racional y justo; siendo en realidad un problema de distribución de competencias (2) que, en la Constitución tuvo como punto de referencia al art. 101 (3) de la Constitución de 1853.

II. Poderes de la Nación y de las Provincias

Las provincias existían antes de 1853, razón por la cual la Constitución Nacional debió respetar la autonomía de esas entidades políticas preexistentes sin claudicar, por ello, del propósito común de organizar un Estado federal, como era entonces la voluntad expresa de las mismas provincias.

(1) Transformado en el art. 110 en la reforma de 1860 y en el actual 128, luego de la reforma de 1994.

(2) HUTCHINSON, Tomás; "Problemas de competencia y jurisdicción en materia de residuos peligrosos", en Revista Régimen de Administración Pública, Nº 200, 1995, p. 19.

(3) Art. 104 de la Constitución 1853/60; 121 a partir de la reforma de 1994.

En tal sentido, el espíritu de los constituyentes está expresado en el artículo 5º de la Constitución Nacional aprobada en 1853, que establece que el gobierno federal garantizará a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones bajo el cumplimiento de ciertas condiciones o requisitos.

Una vez alcanzado acuerdo acerca de esas premisas fundamentales, fue necesario lograr otro acuerdo en una cuestión no menos delicada, relacionada con el hecho de que en un mismo ámbito territorial (el correspondiente a una provincia) debían coexistir dos poderes: el de la propia provincia y el nacional.

Esta cuestión se denomina poder concurrente, pues al gobierno del mismo territorio concurren, al mismo tiempo, tanto el gobierno nacional como el provincial.

Esto es así porque, si bien el poder, en sentido amplio corresponde o pertenece al Estado, nuestro régimen político es federal es decir, respeta la autonomía de las provincias preexistentes y de las que puedan incorporarse posteriormente a la unión nacional.

La Constitución Nacional ha resuelto esta espinosa cuestión en su art. 101, que establece que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”, a lo que se agrega que conservan asimismo “el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

Queda claro, entonces que el Gobierno federal ejerce el poder que le han delegado las provincias preexistentes, delegación que comporta una renuncia definitiva (artículo 105 (4) de la Constitución Nacional), dado que las provincias pierden todo el poder que delegan (5).

(4) 108 de acuerdo a la reforma de 1860 y 126 en la redacción actual.

(5) Cabe señalar que, en un primer momento la Corte entendió que las provincias habían otorgado parte de sus atribuciones, reservándose otras (“Fallos” 1:170), doctrina que luego fue modificada, entendiéndose que del art. 104 (hoy, 121, 101 de la original) no cabe inferir que las provincias se hayan reservado poderes, sino que es la Constitución, como expresión de la voluntad del pueblo de la Nación Argentina, la que distribuye las atribuciones, delegándolas en forma definida al Gobierno nacional, mientras que los poderes no delegados los conservan las provincias (“Fallos” 308:1298). Conf. GONZÁLEZ ARZAC, Rafael, “Coordinación de competencias nacional y provinciales en materia ambiental” en la Revista Jurisprudencia Provincial, año 5, junio 1995, N° 6, p. 419.

Del hecho de que los poderes de las provincias sean originarios y definidos y los delegados a la Nación definidos y expresos, se efectúan las sistematizaciones, distinguiéndose entre poderes *delegados*, *conservados*, *reservados*, etc. Pero toda tentativa de sistematización que es estimable desde el punto de vista teórico, no conduce siempre a buenos resultados en la práctica (6).

III. La competencia del Gobierno Federal

A los efectos de ordenar un conjunto de asuntos de muy diversa especie, conviene efectuar una doble clasificación y distinguir, por un lado: a) las facultades exclusivas; b) concurrentes; c) compartidas, y d) excepcionales y, por otro, diferenciar las facultades: a) específicas, y b) incidentales (7).

A) *Las facultades exclusivas*: La mayoría de las facultades del gobierno federal le pertenecen en exclusividad. Ello surge implícitamente *a contrario sensu* del artículo 101 y está dicho claramente en el artículo 105 "Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación", a lo que sigue una detallada prohibición de competencia provincial en asuntos confiados específicamente al gobierno central;

B) *Las facultades concurrentes*: Son éstas las que, aunque atribuidas al gobierno federal, no se encuentran prohibidas a las provincias en el artículo 105 ni su ejercicio por ellas en sus respectivos territorios y con fines provinciales, resulta incompatible, con el ejercicio de la autoridad análoga del gobierno federal.

El caso más destacado de este tipo de facultades se encuentra en los textos parecidos del artículo 64, inc. 16 (8) y del artículo 104 (9), el primero referido a las atribuciones del Congreso y el último a las de las provincias referidas a la cláusula de la prosperidad que permite al

(6) CSJN, "Fallos" 305:1847.

(7) GRAS, Mariana - HUTCHINSON, Tomás, "El sistema constitucional, el Derecho Administrativo y los problemas de su aplicación por los organismos provinciales", en Revista Tribunales N° 9, ps. 23 y sigtes.

(8) Art. 67 inc. 16 al reformarse en 1860 y art. 75 inc. 19 con la redacción actual.

(9) Art. 107 a partir de la reforma de 1860; 125 a partir de la reforma de 1994.

Congreso proveer lo conducente a la prosperidad del país y al adelanto y bienestar de todas las provincias. Por su parte, las provincias pueden promover dentro de sus fronteras actos semejantes, también por leyes protectoras de estos fines y con sus recursos propios.

Hay otras facultades concurrentes que aunque no resultan de textos constitucionales tan específicos como esos, se deducen sin esfuerzo de las cláusulas generales de los arts. 101 y 102 (10) en razón de no estarles prohibidas a las provincias ni resultar incompatibles su ejercicio, en principio, con el de análoga facultad del gobierno federal. Pueden mencionarse, entre las principales, las siguientes:

Estas facultades concurrentes pueden ser ejercidas por las provincias en tanto no perjudiquen el ejercicio de una autoridad ejercida por la nación. Pero cuando su ejercicio resulte incompatible con ella, el principio de supremacía de la autoridad federal (art. 31) decide el conflicto a favor de ésta.

C) *Las facultades compartidas*: En este grupo incluimos los actos que, para su perfeccionamiento y eficacia, reclaman que la Nación y la Provincia procedan de consuno. Tales los previstos en los artículos 3 y 13 (declaración por el congreso de la Capital Federal y cesión por las provincias del territorio de otras ya existentes) que también requieren ley del Congreso y consentimiento de las provincias interesadas.

D) *Las facultades excepcionales*: Excepcionalmente la Constitución autoriza al gobierno federal a ejercer algunas facultades que, en principio, son propias de las provincias. Se encuentran en este grupo las siguientes:

a) Imponer contribuciones directas por tiempo determinado, en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del estado lo exijan (art. 64, inc. 2) (11).

b) Ejercer el gobierno de la provincia total o parcialmente, cuando se considera necesaria la intervención (arts. 5 y 6).

(10) Art. 105 al reformarse en 1860 y 122 con la redacción actual.

(11) Art. 67 inc. 2° en la redacción de 1860; 75 inc. 2° (con algunas modificaciones) en la redacción de 1994.

IV. La ejecución de las leyes federales por los gobiernos locales

Según la forma de ejecución de las leyes de la federación, los sistemas federales suelen clasificarse en tres categorías: a) las leyes federales son ejecutadas por las administraciones locales, salvo expresa disposición en contrario (tal lo que ocurre en EE.UU. de Norte América); b) son aplicadas por el gobierno federal, siempre que la Constitución o aquél, no dispongan su aplicación por los gobiernos locales (sistema suizo) (12), y c) las leyes federales son ejecutadas por las Administraciones locales salvo expresa disposición en contrario (sistema alemán) (13).

Nuestro país debe incluirse en el segundo grupo; pues los arts. 83 (14) y 97 (15) de la Constitución atribuyen a los órganos federales la competencia para la aplicación de leyes nacionales (16), excepto:

a) La aplicación judicial de los códigos de fondo, que el art. 64, inc. 11 (17), de la Constitución confía a las administraciones de justicia provinciales; la convocatoria a elecciones nacionales que los arts. 37 (18) y 50 (19) encomiendan a los gobiernos de provincia; el nom-

(12) El ordenamiento suizo atribuye a los Cantones el equipamiento de los militares, el control de los sistemas de pesos y medidas, la aplicación de las leyes sobre policías de extranjeros, etc.

(13) Las leyes del Bund son ejecutadas directamente por el Gobierno federal sólo en los casos enumerados en la Constitución (art. 87); en otros casos, también enumerados, se ejecutan por los Laender, bajo el control de aquél (art. 85). En los casos restantes, la ejecución corresponde a los Laender libremente (art. 84).

(14) Art. 86 en la redacción de 1860; art. 99 con la reforma de 1994.

(15) Art. 100 a partir de 1860; 116 en la redacción de 1994.

(16) GONZALEZ ARZAC, Felipe, "La ejecución de las leyes locales por los gobiernos provinciales", Adla, XXXI-A, 105.

(17) Art. 67 inc. 11 en la redacción de 1860; 75 inc. 12 a partir de 1994.

(18) Art. 41 con la reforma de 1860; art. 49 con la última reforma.

(19) Art. 54 a partir de la reforma de 1860; art. 62 a partir de la reforma de 1994.

bramiento de los jefes de milicia y la aplicación de la ley federal, en los casos del art. 64, inc. 24 (20);

b) Las leyes nacionales cuya aplicación se encomienda a los gobiernos provinciales (art. 107 de la C.N.), ya sea mediante una ley o por decreto del gobierno nacional (arts. 64, inc. 28 (21), y 83, inc. 2 (22), C.N.).

Este último aspecto es el que nos interesa abordar ahora.

V. El artículo 107 de la Constitución de 1853

1. Origen

El artículo 107 de la Constitución originaria tuvo su origen en el art. 107 del proyecto de Alberdi (23), quien fundamentó su necesidad en las "Bases", al considerar a los gobiernos de provincia *agentes inevitables*, en un primer momento, para la *creación* de un orden nacional y luego para su *observación* (24).

Dicha norma no tenía precedente en la Constitución de EE.UU. de N.A., lo cual hizo difícil su comprensión por muchos constitucionales (25), aferrados a la doctrina y jurisprudencia constitucional de aquel país (26). Sarmiento fue un crítico acérrimo de la inclusión de dicha norma en la Constitución de 1853, utilizando entre sus argu-

(20) Art. 67 inc. 24 a partir de la reforma de 1860; facultad que no corresponde a las provincias a partir de 1994.

(21) Art. 67 inc. 28 al reformarse en 1860; art. 75 inc. 32 con la reforma de 1994.

(22) Art. 86 inc. 2º con la reforma de 1860; 99 inc. 2º a partir de 1994.

(23) Conf. GONZALEZ ARZAC, Felipe, "La ejecución de ...", cit, p. 105.

(24) ALBERDI, Juan B., "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", Ed de Besanzón, Buenos Aires, 1856, p. 123.

(25) Ello no ocurrió con los cultores de la disciplina administrativa, más acostumbrados a abreviar, a partir de las normas legales vigentes, en la doctrina continental europea.

(26) Conf. GONZÁLEZ ARZAC, F., "La ejecución...", cit., p. 105.

mentos la falta de responsabilidad de los agentes ante la autoridad nacional (27) a la que *representarían* en los actos que cumplieran (28).

2. El proyecto y la redacción final

El art. 107 de la Constitución de 1853 establecía: “*Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Confederación*”. La propuesta de la Comisión de Negocios Constitucionales de la Convención Constituyente había propuesto el siguiente texto: “*Los gobernadores de provincia y los funcionarios que dependen de ellos, son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Confederación*” (la cursiva y la negrita me pertenecen).

El acta de sesión del 30 de abril de 1853 (29) trae esta referencia: “Puesto a discusión el art. 107, el señor Zapata propuso que se suprimiesen las palabras ‘y los funcionarios que dependen de ellos’ porque el Gobierno general debía entenderse únicamente con los gobernadores y no con los empleados subalternos para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Confederación. Después de un ligero debate en que tomaron parte los señores Zavala, Gutiérrez Huergo y Leiva fue aprobado el artículo con la supresión propuesta por el señor Zapata”.

En realidad, si bien la supresión de tales palabras no ha alterado el carácter que presenta la utilización de los organismos administrativos locales en la ejecución de leyes federales, lo cierto es que era correcta la propuesta primitiva, pues son los funcionarios provinciales los que llevan a la práctica tal ejecución.

3. El juicio político a los gobernadores

El art. 41 de la Constitución de 1853 designaba a los gobernadores de las provincias entre las personas que podían ser acusadas por la

(27) A lo que contribuyó la supresión que los convencionales de 1853 hicieron del proyecto de la Comisión como luego analizaré. La reforma de 1860 en todo caso agravó el problema al suprimir el juicio político a los Gobernadores ante el Senado de la Nación, que el art. 41 de la Constitución originaria había establecido, luego de una discusión entre Gorostiaga y Zavala.

(28) SARMIENTO, Domingo Faustino, “Comentarios”, Santiago de Chile, p. 216.

(29) Asambleas Constituyentes Argentinas, t. VI, 2ª Parte, p. 536.

Cámara de Diputados ante el Senado por los delitos que el propio artículo designa. Se discutió en el seno de la Convención la utilidad de incluir a los mandatarios provinciales en la norma, ya que la Comisión no los había incluido, propuesta que efectuó el convencional Martínez (30). Gorostiaga defendió la exclusión entendiendo que dicha inclusión "...era un ataque a la soberanía e independencia del sistema federal que la misma Constitución establece", añadiendo "que se sujetaba de ese modo una autoridad soberana, independiente... al juicio de un tribunal que *no le era superior sino en aquellos negocios que pueden llamarse nacionales...*" (la cursiva me pertenece). Finalmente, la tesis de Gorostiaga resultó, en esa oportunidad, perdidosa (31).

Si bien las causales del juicio político a los gobernadores se basaba en delitos que no eran exclusivos de su actuación como *agente del Gobierno federal*, lo cierto es que Gorostiaga, que entendía la supremacía del Gobierno federal en los negocios nacionales, basado en la *cláusula comercial* del inciso 12 del artículo 64 (32), no pretendió nunca que la autoridad provincial fuera subordinada al Gobierno federal, pues de lo contrario hubiera aceptado el juicio político en esos casos.

VI. Leyes cuya ejecución ha sido encomendada a los gobiernos provinciales

Quizás debido a que no tenía precedente en la Constitución y, por ende en la doctrina y jurisprudencia, de EE.UU. de N.A., lo cierto es que no han sido numerosas las leyes nacionales que han encomendado a los gobiernos de provincia su ejecución. Merecen citarse: la ley Sáenz Peña, que delegaba a los gobernadores la convocatoria a elecciones nacionales; leyes de policía, como la 12.830 y 12.893; ley 16.984, sobre sistema nacional de planeamiento y acción para el desarrollo; ley 18.425, de promoción comercial, que encomienda a los gobiernos provinciales determinados aspectos de su ejecución (art. 27); la ley

(30) Asambleas Constituyentes Argentinas, t. IV, ps. 519/522.

(31) Aunque la reforma de 1860 excluyó a los gobernadores del juicio político ante el Senado de la Nación.

(32) Art. 67 inc. 12 (reforma de 1860); art. 75 inc. 13 (1994).

18.597, que otorgó facultades a los gobernadores "en el entendimiento que ellos actuarán como 'agentes naturales' del gobierno nacional" (33); ley 18.947 sobre abastecimiento, modificando la ley 17.724, etc.

La ley 19.203 estableció que los gobernadores de provincia podían ejercer las facultades conferidas al Poder Ejecutivo, en cuyo caso las normas que dicten regirían, exclusivamente, en el orden local. Las infracciones a tales disposiciones serían juzgadas por los organismos que establezcan las autoridades locales. Continuaba diciendo la ley que los gobiernos locales designarían, en cada caso, la autoridad de aplicación correspondiente para la ejecución de las funciones encomendadas por el Poder Ejecutivo Nacional.

Es probable que, debido a la reforma de 1994 y a la inclusión en el art. 41 de la materia ambiental como materia compartida entre la Nación y las provincias, lo que surge de la *competencia federal* en la regulación de los presupuestos mínimos de protección ambiental y la *competencia provincial* en las normas complementarias (34), comience a aplicarse con mayor asiduidad la utilización de las administraciones provinciales en la ejecución de leyes de carácter federal.

VII. Carácter local del derecho administrativo

Cabe señalar que el Derecho Administrativo en nuestro país es de carácter local; es decir habrá un Derecho Administrativo Federal y un

(33) GONZÁLEZ ARZAC, F., "La ejecución...", cit., ps. 106/7.

(34) Tal situación dio lugar a que alguna doctrina opinara que la reforma constitucional había significado un cambio sustancial en materia de atribución de competencias (GAMBIER, Beltrán - LAGO, Daniel H., "El medio ambiente y su reciente recepción constitucional" en Temas de reforma constitucional, separata del El Derecho, p. 28; CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre la protección ambiental", La Ley, 1995-A, 977 y La Ley, 1995-E, 1217) si bien ello no es compartido en las intervenciones de los Convencionales Hernández, A. M. y Cullen, J. M. en la versión taquigráfica de la 14ª reunión del 21-07-94; ps. 1725 y 1793 ni por toda la doctrina (Ver GONZÁLEZ ARZAC, R., "Coordinación...", cit, p. 419; HUTCHINSON, Tomás, "Responsabilidad pública ambiental" en MOSSET ITURRASPE, Jorge - HUTCHINSON, Tomás - DONNA, Edgardo, "Daño ambiental", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, ps. 275/6).

Derecho Administrativo provincial (35) y aún podría hablarse de uno municipal.

Por ello las provincias pueden dictarse una serie de leyes de carácter administrativo (v.gr. de obras públicas, de expropiación, de procedimientos administrativos, etc.) y se rigen por ellas. Es de observar, sin embargo, que en mérito de las facultades delegadas y en cumplimiento de los fines puestos a su cargo por la Constitución Nacional, la Nación puede dictar leyes cuyo ámbito de aplicación corresponde a todo el ámbito nacional (v.gr. ley de Correos, de Pesas y Medidas, etc.).

En la aplicación de algunas de estas leyes, como estoy analizando, la Nación puede utilizar a los organismos provinciales, en virtud de la aplicación del art. 107, esto es actuando como "...agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación" (36). En tales casos se plantean algunos problemas administrativos que aquí analizaremos.

VIII. Problemas administrativos que pueden suscitarse

1. Las autoridades administrativas de aplicación

Los gobiernos locales, cuando actúan aplicando administrativamente las leyes federales, designan en cada caso la autoridad administrativa de aplicación (37) correspondiente para el ejercicio de aquellas funciones encomendadas por el gobierno federal. Generalmente ello ocurre mediante la previa asignación de competencia de las respectivas leyes de Ministerios y de las leyes de Procedimientos Administrativos.

La utilización de los órganos administrativos provinciales para ejecutar las leyes federales suscitan algunos problemas desde el punto de vista administrativo, que sucintamente desarrollaré a continuación:

(35) DIEZ, Manuel María, con la colaboración de HUTCHINSON, Tomás; "Manual de Derecho Administrativo", Ed. Plus Ultra, 4ª ed., Buenos Aires, 1985, t. I, p. 70.

(36) HUTCHINSON, Tomás; "Organismos administrativos provinciales en la ejecución de leyes federales", en Revista Jurisprudencia y Legislación, año V, N° 105, febrero de 1985, ps. 317 y ss.

(37) Excepto que la propia norma federal establezca la autoridad local encargada de la aplicación.

2. *Carácter en que actúan los organismos administrativos provinciales*

¿Cómo ejercen esa agencia los órganos provinciales? La doctrina no ha sido muy explícita al respecto. Diez dijo que, por un lado no podía existir una subordinación administrativa entre el Poder Ejecutivo nacional y los provinciales (38); Villegas Basalvibaso entendió que, en el caso que me ocupa, "...además de las atribuciones del órgano gobernación prescriptas por las Constituciones de Provincia, la Constitución Nacional... impone a los gobernadores la investidura de agentes naturales del gobierno federal, si bien limitada a un solo objeto: hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación. En virtud de esta disposición, la institución gobernación se convierte, a los efectos indicados, en órgano del órgano presidencial" (39).

Esas dos posiciones, dan ciertas pautas que permiten justificar la posición que he sustentado anteriormente respecto de la figura administrativa (40) que se origina cuando la Administración provincial ejecuta una ley nacional en su calidad de agente del Gobierno federal y que parte de las siguientes consideraciones:

a) La primera, referente a los órganos de aplicación. Estos son órganos administrativos dependientes jerárquicamente de la administración provincial respectiva, aunque obren como agentes del gobierno federal, por más que se haya considerado que al obrar los gobernadores en ese carácter deban equipararse sus actos —y también entiendo debe extenderse a sus agentes— *a la de los funcionarios ordinarios de la Nación* (41);

b) La segunda, en referencia a esos mismos órganos no hay estrictamente, como bien acotara Diez una subordinación administrativa del órgano administrativo provincial respecto de la Administración na-

(38) DIEZ, Manuel M. "Derecho administrativo", Ed. Omeba, Buenos Aires, 1965, t. II, p. 171.

(39) VILLEGAS BASALVIBASO, Benjamín, "Derecho administrativo", Buenos Aires, 1954, t. II, p. 658.

(40) HUTCHINSON, T., "Organismos...", cit., ps. 317 y sigtes.; GRAS, Mariana - HUTCHINSON, T.; "El sistema constitucional...", cit., p. 90.

(41) CSJN, "Fallos" 115:266; DIEZ, Manuel M., "Derecho ...", cit., t. II, p. 171.

cional, porque no hay relación de dependencia, de jerarquía entre ambos órganos:

c) Si bien podría comúnmente admitirse el empleo del vocablo *delegación* cabe hacer algunas precisiones respecto al punto.

i) No cabe duda que el Estado nacional es el competente para aplicar administrativamente la norma, transfiere dicha competencia en la jurisdicción administrativa provincial;

ii) Como bien se puede apreciar, los órganos administrativos provinciales no se incardinan orgánicamente dentro de la Administración nacional y si bien pueden recibir instrucciones para la aplicación de la norma por parte de las autoridades nacionales, no cabe hablar aquí de una delegación interorgánica (42), sino, a lo sumo, intersubjetiva (43), pues se transfiere a otra estructura administrativa la función de aplicar la ley en el caso concreto.

Es fundamental no confundir la delegación interorgánica con la delegación intersubjetiva (44). Una prueba de lo que digo es que el acto o disposición dictado por la autoridad administrativa provincial en ejecución de la norma no puede ser revocado por la autoridad nacional; sólo puede reaccionar contra esos actos mediante la correspondiente acción judicial.

Por eso decíamos en su momento que se trataba (45) de un caso de descentralización impropia (46) o delegación intersubjetiva (47), pues

(42) Es el caso típico de la delegación, en el que un órgano transfiere el ejercicio de la competencia que tenga atribuida a otro órgano de la misma Administración aún cuando no sean jerárquicamente dependientes.

(43) Que es aquella que tiene lugar entre personas (preferentemente jurídico-públicas) diversas; es decir a sujetos no sometidos a jerarquía.

(44) VVAA.: "Memento práctico administrativo", Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2001, p. 108.

(45) GRAS, Mariana - HUTCHINSON, T., "El sistema constitucional...", cit., p. 90.

(46) GONZALEZ ARZAC, Felipe, "La ejecución...", cit., p. 107, habla de ejecución descentralizada.

(47) VALLINA VELARDE, J. L., "Transferencia de funciones administrativas", IEAL, Madrid, 1964.

habría traspaso puro y simple de competencias de ejecución de la norma realizado directamente por las leyes que reservan a la administración federal los necesarios poderes de tutela (48), lo que en caso de la Constitución de 1853 se veía reflejado en el supuesto de juicio político por el Senado al gobernador provincial.

Cabe consignar que hablo de descentralización impropia o delegación intersubjetiva (49), por oposición a delegación jerárquica (50), porque en ciertos casos, y éste es uno de ellos, nos encontramos ante una conjunción de descentralización y de delegación (51). Es descentralización porque la transferencia de funciones se produce a través de una norma, pero es, a la vez, delegación, porque el ejercicio de la competencia transferida es revocable *ad nutum* por la administración federal.

La delegación intersubjetiva es una técnica de transferencia de competencia administrativa que aparece prevista en nuestra legislación (52) y aceptada por la doctrina (53). Se trata de una técnica tran-

(48) Así, la administración federal podrá "emanar instrucciones, requerir informes, etc." (ej., ley 18.947, art. 2º nos referimos al orden de los artículos que el art. 1 de la citada ley incluye en la ley 17.724).

(49) No desconocemos las diferencias que la doctrina encuentra entre ambos institutos. Por todos ver GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo, Parte General", tomo I, ps. 9, 17, 21 y sigtes.

(50) En la delegación orgánica hay subordinación administrativa porque hay jerarquía. No hay subordinación en este caso, como dice BIELSA, Rafael, "Derecho administrativo", Buenos Aires, 1947, t. III, p. 176. y no puede existir una "subordinación administrativa", entre el Ejecutivo nacional y los provinciales. En la delegación intersubjetiva no hay subordinación, hay un cierto grado de tutela administrativa.

(51) Que no es delegación lo corrobora el hecho de que en el artículo que comento expresamente se suprimió las palabras que incluían a los funcionarios inferiores de la Administración provincial, entendiéndose que el Gobierno nacional debía entenderse sólo con los gobernadores. Es éste el que utiliza su propia Administración para cumplir el cometido.

(52) En el orden nacional: ley 19.549; en el provincial: leyes 4044 de La Rioja (arts. 7, 8, 10 y concs.); 3559 de Catamarca (arts. 7, 8, 10 concs.); dec ley 7647/71 de Buenos Aires (arts. 3), entre otras.

(53) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Ed. Cooperadora, tomo I, p. 202.

sitoria de distribución de atribuciones, en este caso para una ley determinada, pues la previsión de esta descentralización impropia o delegación intersubjetiva se hace en la propia ley o en otra posterior.

No cabe duda que es distinta a otras descentralizaciones impropias a las que nos hemos referido oportunamente (54), no sólo porque en este caso la autoridad provincial no puede declinar la delegación competencial, porque hay un interés externo y superior reflejado, precisamente, en el art. 107 de la C.N.

3. El procedimiento administrativo aplicable

El segundo problema que suscita el tema que abordo es el relacionado con el procedimiento administrativo aplicable cuando ejecuta administrativamente la norma nacional.

Tal como sostuve precedentemente, los órganos administrativos provinciales son los encargados de la ejecución. Estos se rigen por el procedimiento administrativo provincial respectivo (55), ya que si bien son "agentes del gobierno federal", siguen siendo órganos administrativos locales, con su régimen propio.

Las actuaciones administrativas deben practicarse tal como está previsto en la ley de procedimiento administrativo provincial y los recursos que pueden intentar los particulares contra los actos administrativos emanados de esas autoridades de aplicación son los previstos en las normas locales, excepto que la norma federal contenga su propio procedimiento administrativo.

Entiendo que se aplica la norma de procedimiento administrativo provincial y no el nacional, por cuanto las normas que rigen el procedimiento y el accionar de los órganos administrativos provinciales son

(54) Respecto a los Colegios profesionales (ver HUTCHINSON, Tomás, "Las Corporaciones profesionales", Ed. FDA, Buenos Aires, 1982, ps. 78 y sigtes.); en relación a las concesiones de obra pública (ver HUTCHINSON, Tomás, "Responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito" en Accidentes de tránsito-III, Revista Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 319 y sigtes.).

(55) No obstante, tendrán que tener en cuenta estos órganos "las instrucciones para la aplicación de la ley federal".

las del derecho público local (56), por más que en su actuación estén ejecutando una ley federal. El procedimiento de ejecución, los actos administrativos que se dicten por el órgano provincial, las notificaciones que produzca, etc. se rigen por sus normas propias (arts. 101 y 102, Constitución Nacional).

Además, también, los efectos prácticos están por la aplicación de las normas locales de procedimiento.

Por otra parte, esa es la solución que trae la Constitución en el caso de la aplicación de los códigos de fondo por los jueces provinciales "...sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales" (art. 64 inc. 11) (57) y si bien ellas se refieren a la función judicial, actualmente el art. 41 trae una solución similar ("...sin que aquellas [las normas nacionales que contengan los presupuestos mínimos en materia ambiental] alteren las jurisdicciones locales") sin que haga distingo alguno respecto a las autoridades de aplicación.

IX. Conclusión

Hemos intentado, partiendo de conceptos liminares de nuestra organización constitucional, esbozar algunos problemas que presenta el Derecho Administrativo, debido a su origen local y la utilización por la Nación, en aquellas leyes de su competencia exclusiva, de los organismos administrativos provinciales "como agentes del Gobierno Federal", todo ello a la luz de los preceptos que traía la Constitución originaria de 1853.

Al finalizar, quiero agradecer a las autoridades del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho por la invitación a participar en esta conmemoración. ♦

(56) La ley nacional de procedimientos administrativos sólo se aplica a la "Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada" (art. 1º, ley 19.549, modif. ley 21.686).

(57) Art. 67 inc. 11 (1860); 75 inc. 12 (1994).

LA NACION ARGENTINA
HECHA LEY: LA CONSTITUCION
NACIONAL DE 1853-60
ACTA FUNDACIONAL DE LA
REPUBLICA ARGENTINA

POR SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

A la memoria del profesor Karl Loewenstein, Maestro ilustre y querido y admirado amigo, con profundo reconocimiento por su generosidad intelectual y sus magistrales lecciones que iluminaron mi alma y mi camino.

“La Constitución no es una teoría, como se ha dicho; nada más práctico que ella; es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley; y encerrada en ese código en que encierra la tiranía de la ley, esa tiranía santa, única a que yo y todos los argentinos nos rendiremos gustosos” (Juan María Gutiérrez, *Diario de Sesiones del Congreso General Constituyente 1852-54*, p. 118).

“La vida y conservación del pueblo argentino depende de que su Constitución sea fija; que no ceda al empuje de los hombres; que sea un ancla pesadísima a que esté asida esta nave que ha tropezado en todos los escollos, que se ha estrellado en todas las costas y que todas las tempestades la han lanzado (Fray Mamerto Esquiú, el Orador de la Constitución de Mayo; sermón pronunciado desde el púlpito de la Iglesia Matriz de Catamarca, con motivo de la jura de la Constitución de 1853).

“Como las constituciones no son producto de las versátiles tendencias del momento y que, por el contrario, compendian los más caros ideales políticos de varias generaciones, la nuestra es hija le-

gítima de la historia patria" (Ambrosio Romero Carranza, Alberto Rodríguez Varela, Eduardo Ventura, *Historia política y constitucional de la Argentina*, t. 2, p. 388).

"La Constitución argentina es, sin duda, la obra de mayor sabiduría que se ha producido en la República Argentina. Contiene la expresión de todos los principios liberales y republicanos que teóricamente han profesado los hombres eminentes y los partidos políticos desde la Revolución de la Independencia y, al mismo tiempo, se ajusta a los hechos consumados y a la experiencia adquirida en los tiempos agitados que mediaron desde 1810 hasta 1852" (José Nicolás Matienzo, *El gobierno representativo federal*, p. 88).

"Esta Constitución satisface vuestra legítimas esperanzas hacia la libertad y hacia el bien, ella es la expresión de vuestra soberana voluntad, porque es la obra de vuestros representantes libremente elegidos, es el resultado de las fatigas de vuestros guerreros y de las meditaciones de vuestros altos pensadores, verbo encarnado en vosotros, es la palabra viva de vuestros profetas y de vuestros mártires políticos" (Bartolomé Mitre, *Arengas*, p. 218).

"La Constitución Nacional es un admirable instrumento de gobierno, ideado por varones ejemplares", que "quisieron que su obra fuera un instrumento de gobierno eficiente y duradero, utilizable por las generaciones ulteriores para la consecución de esos grandes y nobles fines" (Juan A. González Calderón, "La Prensa", 30 de abril de 1943, p. 6).

"En su espíritu y substancia es —como destacó Alberdi— la Constitución natural del país; constituye el Credo de la Revolución de Mayo hecho ley y el Evangelio político de los argentinos" (Salvador M. Dana Montaña, *La Constitución federal argentina*, "Boletín de la Biblioteca del Congreso Nacional", setiembre-diciembre 1941, p. 5).

"Nuestra Constitución no es el resultado milagroso de una elucubración genial de sus autores. Es el fruto laboriosamente gestado en largos años de lucha y sacrificio. A través de las breves y pequeñas páginas de nuestro Código Político, flota el recuerdo imperecedero de la sangre, sudor y lágrimas de varias generaciones de argentinos. Cada uno de sus artículos, cada una de sus cláusulas, cada una de sus palabras, tiene profundas raíces en el pasado histórico de la Nación. Es por eso que, como un roble añoso, vivificado por extendidas y ramificadas raíces, la Constitución ha perdurado tantos años sin agrietarse ni envejecer e ilumina al pueblo argentino el

único sendero por el cual ha de seguir su marcha ascendente en el concierto de las naciones civilizadas y libres de la tierra. A su amparo, ningún ideal superior es irrealizable; a su hospitalaria sombra, ninguna idea noble deja de tener cabida, ningún propósito de bien queda sin amparo. Ya Estanislao Zeballos advirtió que nuestra Ley Suprema creó un tipo nuevo de Estado: el Estado humanista frente al Estado nacionalista, hasta entonces desconocidos en los anales políticos. Y en las postrimerías de la primera guerra mundial, Adolfo Posada preconizaba al Preámbulo de la Constitución Argentina como modelo para la Carta de la Sociedad de las Naciones. Puede afirmarse que toda institución que se oriente al bienestar del individuo y de la sociedad, respetando la libertad y la dignidad del hombre, tiene cabida en nuestra Constitución, aun cuando la letra de su articulado no la contemple expresamente" (Segundo V. Linares Quintana, *Leyes, decretos y Resoluciones del Trabajo*, t. 2, p. 1).

"Cada una de las grandes cuestiones resueltas entre nosotros por el Derecho Constitucional ha sido un drama prolongado y palpitante, una pasión o un martirio a que estas soluciones responden y se ligan" (Bartolomé Mitre, *Arengas*, p. 301).

"Cada Constitución tiene su propia historia más o menos peculiar, y a menos que sea interpretada a la luz de la misma, queda expuesta que se le atribuyan propósitos que nunca estuvieron en la mente del pueblo que la aprobó" (43 *Michigan* 48, *American Jurisprudence*, t. 11, § 63, p. 677).

"La Nación Argentina es una sociedad cuya historia ha sido escrita toda entera sobre las dolorosas líneas del esfuerzo desplegado durante medio siglo para establecer la Constitución; y de las resistencias opuestas en ese mismo medio siglo, para impedir su establecimiento. Medio siglo de persecuciones, de martirio, de tinieblas y de sangre" (Juan Carlos Rébora, *El estado de sitio y la ley histórica del desborde institucional*, p. 21).

"Lección penosa y terrible de nuestra historia, que nos presenta a los argentinos arrastrados como por un vértigo sangriento hacia las querellas fratricidas, despedazando y desangrando en largas intermitencias al cuerpo inmenso en que debía residir el alma de la Patria común hasta que el azar de las fuerzas o el determinismo de las leyes históricas decidiese al fin la efectividad del dominio o la verdadera magnitud del patrimonio colectivo. Lección profunda y amarga que debiera repetirse sin cesar y con su hondo sentido patriótico, a todas las generaciones escolares de hoy de mañana, como la única forma de extirpar las raíces del primitivo mal, para que la semilla del odio que hubiera podido persistir aún en los círculos

antiguos se transformase por lenta evolución en el germen del amor y la tolerancia, como ley social del porvenir y como exponente real de la nueva cultura" (Joaquín V. González, *El juicio del siglo o cien años de historia argentina. Obras completas*, t. 21, p. 178).

"No debe olvidarse que es la Constitución un legado de sacrificios y de glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir; que ella dio cuerpo y espíritu a nuestra Patria hasta entonces informe, y que como se ama la tierra nativa y el hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la Garta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y al despotismo" (Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina, Obras Completas*, t. 3, p. 14).

"La Constitución como instrumento escrito de la unión nacional y su gobierno, en cuanto ha sido establecida para nosotros y nuestra posteridad, ha sido declarada perpetua, indestructible, y para mantenerla inviolable se ha creado en ella los poderes de que se forma el gobierno. Ella no permite que la Nación Argentina pueda desmembrarse jamás" (Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina, Obras Completas*, t. 3, ps. 13/14).

"El mayor valor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, conocimiento, redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de ordenación política y moral de la Nación" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Carlos H. Bressani v. Provincia de Mendoza, Fallos*, t. 178, p. 128).

"La Constitución Nacional es un acto originario, fundacional, que por su propia consecuencia, limita los alcances de los antecedentes institucionales, valiosos sí pero sólo como pautas interpretativas" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Provincia de Mendoza v. Nación Argentina, Fallos*, t. 311, p. 1293).

"La garantía dada a la libertad política y civil, por medio de la limitación de la autoridad, está establecida por el art. 29 de la Constitución, reproducido en términos más o menos semejantes en mu-

chas Constituciones de Provincia. Mirémoslo con respeto: está escrito con la sangre de nuestros hermanos" (José Manuel Estrada, *Curso de derecho constitucional*, t. 2, p. 321).

"Una Constitución no es un juego de niños, no es cosa que se pueda andar cambiando todos los días, sin dar tiempo a las instituciones a que echen raíces profundas en la sociedad. Por el contrario, debe dejarse que el tiempo las consagre, las radique y que les dé toda la solidez y responsabilidad que desde el primer día no pueden tener y que sólo el tiempo y la educación constitucional pueden darles" (Bartolomé Mitre, *Arengas*, p. 58).

"La ausencia de partidos es el cretinismo de los pueblos" (José Manuel Estrada, *La política liberal bajo la tiranía de Rosas*, p. 211).

En su esencia, las bases de la organización constitucional argentina fueron establecidas por la Revolución de Mayo de 1810; por lo que puede afirmarse que la Constitución Nacional de 1853-1860 no ha hecho sino institucionalizar —o sea, traducir en instituciones jurídicas concretas que incorporó a su texto—, ideas y principios fundamentales que nacieron con la Patria misma, con los cuales el pueblo argentino está consustanciado y que, desde el inicio mismo de nuestra historia, fueron expuestos principalmente por Mariano Moreno, el primer constitucionalista argentino, y los hombres de la ilustre Generación de 1837, con Echeverría y Alberdi a la cabeza, así como los históricos libros que iluminaron el accidentado camino: el *Dogma Socialista*, que con mayor propiedad debió llamarse *Dogma de Mayo*, de Esteban Echeverría; y las *Bases y Puntos de Partida*, que escribió Alberdi, cumpliendo el sagrado mandato que le impusiera Echeverría desde su lecho de muerte; libros históricos y clásicos que expusieron orgánicamente la *Doctrina Constitucional de Mayo* —que es el alma o espíritu de la Constitución—, por cuya vigencia nuestro pueblo ha luchado, lucha y seguirá luchando en tanto conserve la esencia y el estilo de la stirpe. Pudo así Juan María Gutiérrez, desde su ilustre sitio en el Congreso General Constituyente de 1852-1854, a título de ser uno de los principales autores de la Ley Suprema proclamar solemnemente que: "la Constitución es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley" (1).

(1) Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina; sesión 1852-1854, p. 118.

El artículo primero de nuestra Ley Fundamental determina que *la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución*. Vale decir, que consagra y regla, adaptándolo a las características propias del país, el sistema político que en la teoría hoy es denominado gobierno democrático constitucional, cuya fórmula genérica fue la expresión del movimiento ideológico que generó al constitucionalismo, institucionalizado por vez primera en la Constitución de los Estados Unidos de 1787.

Son notas definitorias, y por ende esenciales, de esa *democracia constitucional*: la garantía de la libertad y la dignidad humanas, la limitación de los poderes gubernamentales a través de su división y control recíproco, el imperio de la ley y su corolario el principio de legalidad, la soberanía del pueblo el cual gobierna mediante sus agentes o representantes, así como el pluralismo expresado a través del pluripartidismo, que exige la existencia y el libre e igualitario funcionamiento de dos o más partidos políticos.

Además, es rasgo vital de los sistemas institucionales de los Estados Unidos y la República Argentina, la calidad de derecho institucional que reviste la libertad de expresión, y más específicamente la libertad de prensa, derecho que el pueblo se reservó y que no ha delegado en ninguno de los poderes creados por la Constitución.

A los ya mencionados principios del gobierno constitucional debe agregarse, en nuestro país, la nota del Estado Federal, cuya adopción por los Constituyentes de 1853 comportó el cumplimiento de un compromiso histórico y jurídico protocolizado en los Pactos Preexistentes signados por las Provincias —hasta entonces soberanas y con poderes originarios—, que se unieron para constituir el Estado Argentino.

Es el *gobierno de las leyes*, opuesto al *gobierno de los hombres*, porque en él son las leyes y no los hombres los que gobiernan. Es la idea madre que Mariano Moreno exponía genialmente, el 28 de octubre de 1810, desde las páginas de "La Gaceta": "el pueblo no debe contentarse con que sus jefes obren bien; él debe aspirar a que nunca puedan obrar mal; que sus pasiones tengan un dique más firme que el de su propia virtud; y que delineando el camino de sus operaciones por reglas que no esté en sus manos trastornar, se derive la bondad del gobierno, no de las personas que lo ejercen, sino de una Constitución

firme, y que obligue a los sucesores a ser igualmente buenos que los primeros, sin que en ningún caso deje a éstos la libertad de hacerse malos impunemente”.

Los Constituyentes argentinos se inspiraron, es cierto, en la Ley Suprema de los Estados Unidos de 1787, primera Constitución en el sentido jurídico y moderno de la palabra, que institucionalizó la doctrina del constitucionalismo, creando una nueva forma de federalismo: el Estado Federal; pero tuvieron muy en cuenta la tradición y las características nacionales. Con admirable sentido común —*prudencia política*— adoptaron y adaptaron a la realidad argentina los principios de la Ciencia Constitucional, a la luz de la doctrina universal y del país.

La Constitución Argentina es una de las más sabias, prudentes y perfectas Constituciones del mundo y, desde luego, la más humanitaria y generosa. Bien pudo decir Joaquín V. González, el *Místico de la Constitución*, que ella es “uno de los instrumentos de gobierno más completos, más orgánicos, más jurídicos, sin ser por eso estrecho ni inmóvil, que hayan consumado los legisladores de cualquier país y época”. Dijo también el ilustre autor de *Mis Montañas* que la Constitución, “como instrumento escrito de la unión nacional y su gobierno, en cuanto ha sido establecida para nosotros y nuestra posteridad, ha sido declarada perpetua e indestructible” (2).

Según José Nicolás Matienzo —que fuera destacado constitucionista y hombre público— la Constitución Nacional “es, sin duda, la obra de mayor sabiduría política que se ha producido en la República Argentina. Contiene la expresión de todos los principios liberales y republicanos que teóricamente han profesado los hombres eminentes y los partidos políticos desde la Revolución de la Independencia y, al mismo tiempo, se ajusta a los hechos consumados y a la experiencia adquirida en los tiempos agitados que mediaron desde 1810 hasta 1852” (3).

Coincidentemente, la Corte Suprema de Justicia —intérprete final y definitivo de la Ley Fundamental del país— estableció en 1937 al fa-

(2) GONZALEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, ps. 13 y 14, respectivamente.

(3) MATIENZO, José N., “El Gobierno Representativo Federal”, p. 88.

llar el caso *Carlos H. Bressani v. Provincia de Mendoza*, que “el valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento, redistribución de intereses, siga siendo el *instrumento de ordenación política y moral de la Nación*” (4).

Nuestra Constitución no es el resultado de una lucubración genial de sus autores. Es el fruto, laboriosamente gestado en largos años de lucha y sacrificio. Cada uno de sus artículos, cada una de sus cláusulas, cada una de sus palabras, tienen profundas raíces en el pasado histórico de la Nación, que se confunden con el origen mismo de la nacionalidad. Es por eso que la Ley Suprema de los argentinos ha podido perdurar tantos años sin envejecer, resistiendo incólume las vicisitudes del país, y hoy, como siempre, señala a nuestro pueblo el rumbo que le permitirá reanudar su marcha ascendente en el concierto de las naciones libres y civilizadas de la tierra, solamente interrumpida por sus conculcaciones.

A su amparo, ningún ideal superior es irrealizable, ninguna idea noble deja de tener cabida, ningún propósito de bien queda sin protección. Toda institución o medida que se oriente al bienestar del individuo y de la sociedad, respetando la libertad y la dignidad del hombre, tiene lugar en nuestra Ley Fundamental, aun cuando su articulado no la contemple expresamente. Es por eso que sin necesidad de reforma alguna, la Constitución Argentina puede cobijar en su seno la más progresista legislación que la mente del estadista pueda concebir.

Como dijera Mitre, en el discurso que pronunció como Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, en la jura de la Constitución Nacional, el 21 de octubre de 1860, “esta Constitución satisface vuestras legítimas esperanzas hacia la libertad y hacia el bien; ella es la expre-

(4) La Ley, 6-989.

sión de vuestra soberana voluntad, porque es la obra de vuestros representantes libremente elegidos; es el resultado de las fatigas de vuestros guerreros y de las meditaciones de vuestros altos pensadores; verbo encarnado en nosotros, es la palabra viva de vuestros profetas y de vuestros mártires políticos" (5).

Expresión por excelencia de la Patria y de la Nacionalidad, la Constitución debe ser lealmente cumplida, a la vez que respetada y venerada, al lado de la Bandera, el Escudo y el Himno. Porque, como proclamara Fray Mamerto Esquiú, el *Orador de la Constitución*, en su histórico sermón, "la vida y conservación del pueblo argentino depende de que su Constitución sea fija; que no ceda al empuje de los hombres; que sea un ancla pesadísima a que esté asida esta nave, que ha tropezado en todos los escollos, que se ha estrellado en todas las costas y todas las tempestades la han lanzado".

El principio federativo que consagra la Constitución Nacional hace a la esencia y al nacimiento mismo del Estado Argentino, el cual fue el resultado feliz de la armoniosa conjunción de las Provincias, originariamente soberanas, que reunidas en el Congreso General Constituyente de 1853-54, constituyeron un Estado Federal, para lo cual delegaron una suma determinada de poderes para formar el gobierno central y se reservaron el remanente que en su conjunto conforma la autonomía provincial. Ese principio federativo, que nació con la patria misma, fue consagrado por la Revolución de Mayo y solemne y categóricamente reiterado en todos los Pactos Preexistentes interprovinciales —en cumplimiento de los cuales, como expresa el Preámbulo, fue dictada la Ley Suprema del país— y en los cuales todas y cada una de las Provincias se comprometieron a adoptar, la forma federal en la Constitución que organizara definitivamente el país, como así lo fue.

Es que nuestro federalismo nació con la Patria misma, la que al recibir en 1853 el bautismo constitucional, recibió también como uno de sus nombres oficiales el asaz significativo de *Provincias Unidas del Río de la Plata*, según lo especifica el art. 35 de la Ley Suprema. Debe señalarse que la Constitución Nacional adoptó un federalismo atenuado —verdaderamente argentino, con notas diferenciativas de otros federalismos— en cuanto integración de los elementos unitarios y federales del país, conforme con la magistral fórmula que, llevando la

(5) MITRE, Bartolomé, "Arengas", p. 218.

voz de la Generación de 1837, expusiera Alberdi, primero en un capítulo que escribió en el *Dogma de Mayo*, de Echeverría, y luego en sus graníticas *Bases*.

Cabe añadir que además de las poderosas e insalvables razones histórico-sociológicas que impusieron a nuestros Constituyentes la adopción de la forma mixta de Estado —combinación de los elementos federales y unitarios—, existen sólidos argumentos técnico jurídicos que justifican la decisión constituyente. En efecto, el Estado Federal, en último análisis, no comporta sino una aplicación y desarrollo del básico principio de la división y control recíproco de los poderes gubernamentales, esencial a la democracia constitucional, cuya importancia aumenta, si cabe, en un país de dilatado y variado territorio como el nuestro, en el que se impone la descentralización racional del poder para su gobierno eficiente.

Para que la autonomía de las Provincias, y por ende el federalismo de la Ley Suprema, sean una realidad y no pasen de una mera enunciación teórica, deben estar respaldados por una correlativa y sólida autonomía económico-financiera. La revitalización del federalismo argentino no exige en modo alguno la reforma de la Constitución, sino su estricto cumplimiento, sobre todo en cuanto a la sabia delimitación que ella ha estatuido de las respectivas competencias del Gobierno Nacional y de los Gobiernos Provinciales en el área económico-financiera. En los últimos tiempos, el Gobierno central fue invadiendo el ámbito de los recursos provinciales, bajo el disfraz de una no siempre equitativa ulterior redistribución de su producido entre los Estados provinciales, con lo que debilitó la autodeterminación de éstos y los acostumbra a depender de la poderosa voluntad del ente central, destruyéndose el armónico equilibrio que el federalismo exige entre el gobierno nacional y los gobiernos locales.

A la revitalización del federalismo, en su expresión actual y modernizada —como que el federalismo de hoy no puede ser técnicamente el federalismo de hace cien años— debe contribuir, en forma decisiva, su racionalización y regionalización, a través de la libre expresión de la voluntad y los intereses de las Provincias, mediante la celebración de los *tratados* que el propio Código Fundamental prevé en sus arts. 124 y 125, y desde luego, no impuestos unilateralmente por el poder central, en forma indirecta y hasta encubierta, a través del sistema de los convenios de adhesión, en los cuales poco o nada juega la determinación de los Estados locales.

Para ello, puede ser fuente de inspiración, y hasta servir de modelo, el luminoso plan de federalismo racional que expusiera Dorrego en el Congreso Constituyente de 1824-1827, orientado a constituir un federalismo auténtico sobre la base de Provincias que fueran verdaderas unidades políticas, sociológicas, económicas, financieras, etc.

La revitalización y el fortalecimiento del federalismo comportan, por ende, la revitalización y el fortalecimiento del municipalismo, al cual José Manuel Estrada llamaba libertad y escuela de libertad (6). Y es que en la historia de la civilización aparece el municipio, a través de todas las épocas, y en casi todos los pueblos, como el más firme baluarte de las libertades políticas y de los derechos individuales (7). Anterior al Estado nacional, del cual es parte constitutiva, el municipio es la unidad político administrativa más simple, a la que Hinojosa reputa como la célula misma del Estado (8).

Esa indispensable activación del municipalismo, en cuanto célula misma de la democracia, tampoco requiere la reforma de la Ley Suprema, sino su estricto cumplimiento. Recuérdese que la Constitución, en su art. 5°, impone a las Provincias, como condición esencial para la garantía de sus autonomías, que aseguren el régimen municipal. Pero sabiamente, los Constituyentes no definieron qué debe entenderse por *régimen municipal*, dejando un amplio margen en la organización del gobierno de la comuna, dentro, claro está, de los principios del gobierno democrático constitucional consagrado por el Código Político de la República.

El Preámbulo y la Declaración de Derechos de nuestra Constitución, a pesar del tiempo transcurrido desde que fueron redactados y sancionados, mantienen su perfección y frescura originales y, a través de los años, continúan siendo modelos en su género, hasta el punto de que el ilustre maestro español del Derecho Político, Adolfo Posada, preconizó, en las postrimerías de la primera guerra mundial; que nuestro Preámbulo fuera tomado como modelo para la Carta de las Naciones.

(6) ESTRADA, José M., "La política liberal bajo la tiranía de Rosas", ps. 207 y 205.

(7) BIELSA, Rafael, "Principios de régimen municipal", p. 33.

(8) HINOJOSA, "Estudios sobre la historia del derecho español", p. 5.

La Corte Suprema de Justicia se preocupó siempre en dejar bien aclarado en qué consiste el carácter individualista de la Constitución; por lo que no resulta excusable la confusión de conceptos en que incurren quienes a menudo sostienen que el individualismo de la Ley Suprema consistiría en el reconocimiento de derechos individuales —y entre éstos el de propiedad— con el carácter de absolutos e ilimitados. Así, en el caso *Leónidas S. Quinteros v. Compañía de Tranvías Anglo Argentina*, resuelto el 22 de octubre de 1937, nuestro más alto Tribunal estableció que: “la Constitución es individualista, como dice el apelante, pero debe entenderse tal calificación en el sentido de que se reconocen al hombre derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo (art. 14 y sigts.). Pero no es individualista en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias: *conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio*, dice el art. 14; el art. 17 repite en dos ocasiones que los derechos que reconoce pueden ser limitados por la ley, y el art. 19 fija como límites a la autonomía individual, *el orden y la moral pública*. De su Preámbulo y de su contexto se desprende el concepto de que la Constitución se propone el *bienestar general*, el *bien común* de la filosofía jurídica clásica” (9).

Merece destacarse que bajo la vigencia de la Constitución de 1853-1860, y con anterioridad a su enmienda de 1957, el Congreso sancionó, sucesivamente, un completo cuerpo de progresistas leyes sociales, sin que el Poder judicial declarara la inconstitucionalidad de ninguna de ellas. Es por eso, que la mayoría de las disposiciones contenidas en el art. 14 nuevo de la Ley Fundamental, sancionado por la Convención Reformadora de 1957, son meramente *confirmatorias*, en el sentido de que no hacen sino constitucionalizar, o sea, mencionar expresamente en el texto constitucional, principios e instituciones ya vigentes con anterioridad en la legislación y en la jurisprudencia del país.

Así lo declaró en el seno del mencionado cuerpo constituyente el convencional Aguirre Cámara, cuando honestamente manifestó: “ante todo, debo decir, porque es la verdad y porque decirlo hace honor a los autores del Estatuto Fundamental que ahora nos rige —el primitivamente sancionado en esta ciudad de Santa Fe, en 1853— que casi todos los derechos que van a institucionalizarse en esta asamblea, es-

(9) Fallos, 179:113.

tán ahora vigentes en el país, en leyes positivas y en algunos casos desde hace muchos años, como lo ha demostrado esta tarde, en su brillante exposición, el señor constituyente doctor Alfredo L. Palacios. Casi todos los derechos que ahora vamos a sancionar, están vigentes dentro de las cláusulas sobrias, previsoras y flexibles de nuestro famoso Estatuto de 1853" (10). Como lo hacía notar Aguirre Cámara, el hecho también había sido señalado por otro constituyente, el doctor Alfredo L. Palacios, justicieramente considerado como el padre de la legislación social argentina, el *Nuevo Derecho*, como él mismo le llamara en un libro ya clásico en la materia, quien ha afirmado categóricamente que "la verdad es que la Constitución aparece con nitidez el concepto de *Justicia Social* donde están latentes todas las soluciones y que, como en la Declaración de los Derechos del Hombre, el contenido de nuestra Carta Fundamental no está agotado" (11). Por su parte, Sánchez Viamonte hizo notar que "la jurisprudencia y la legislación de nuestro país han seguido también el ritmo de esa evolución doctrinaria, y se puede afirmar hoy que el ejercicio del derecho de propiedad se halla condicionado por la función social que desempeña" (12).

Proclamó con harta razón Echeverría, en la *Ojeada Retrospectiva*, que "la raíz de todo sistema democrático es el sufragio" (13). A su vez, Alberdi ha escrito que "el derecho electoral es la primera y más fundamental de las libertades" (14). Pero, a pesar de la importancia esencial de la materia —ya que, sin duda, la más perfecta organización democrática fracasará sin el sistema electoral adecuado— la experiencia política del mundo aconseja no dar estabilidad constitucional al mismo, ya que las circunstancias sociopolíticas cambiantes pueden imponer su frecuente variación a través del tiempo, como ha ocurrido en nuestro país. Por ello, la admirable *prudencia política* de los Constituyentes del 53 también se manifestó en este punto, al no consagrar

(10) "Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente: año 1957", t. 2, p. 1279.

(11) PALACIOS, Alfredo L., "Esteban Echeverría: albacea del pensamiento de Mayo", p. 706, nota 1.

(12) SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, "Manual de Derecho Constitucional", p. 163.

(13) ECHEVERRIA, Esteban, "Dogma Socialista", p. 96.

(14) ALBERDI, Juan B., "Obras Selectas", t. 17, p. 9.

en el texto de la Ley Suprema un régimen electoral determinado y dejar librado al criterio del Congreso su establecimiento y modificación por medio de leyes, de acuerdo con las altas exigencias institucionales de cada momento histórico. De manera que sin necesidad de enmienda alguna de la Constitución, en su momento, podrá elaborarse y adoptarse el sistema electoral que se considere más adecuado, dentro, claro está de los principios constitucionales del sistema representativo, republicano y federal.

El Estado moderno, cualquiera sea su sistema político, requiere indispensablemente para su funcionamiento a los partidos políticos. Como observan los especialistas Almond y Powell, "los partidos existen en todo el mundo. Totalitarias o democráticas, desarrolladas o en proceso de modernización, grandes o pequeñas, las naciones modernas han aceptado a los partidos como una institución esencial del sistema político" (15). Los regímenes totalitarios marchan a horcajadas del partido único en cuanto instrumento eficiente para la máxima concentración del poder. Los regímenes democráticos lo hacen, en cambio, con el auxilio del pluripartidismo, o sea, la existencia de dos o más partidos que actúan libremente y en un pie de igualdad. Kelsen ha dicho que "la democracia, necesariamente, requiere un Estado de partidos" (16); y, entre nosotros, José Manuel Estrada sostuvo que "la ausencia de partidos es el cretinismo de los pueblos", ya que "sin partidos no hay democracia posible" (17).

Claro está que el Estado democrático exige para su correcta dinámica que los partidos políticos cumplan adecuadamente su alta función institucional, so pena de trabar y hasta de llegar a destruir los demás organismos e instrumentos del gobierno. El ilustre jurisconsulto español Adolfo Posada enseñaba que "los partidos políticos funcionan en el régimen constitucional como organizaciones formadas para convertir en preocupaciones y en labor de gobierno las ideas, aspiraciones e intereses que por ellos se estimen más conformes con el sentir general y con las necesidades del Estado. Órganos intermedios entre

(15) ALMOND, G. A. y POWELL, G. B., "Política comparada", p. 106.

(16) KELSEN, Hans, "Esencia y valor de la democracia", p. 37.

(17) ESTRADA, José M., "La política liberal bajo la tiranía de Rosas", p. 211; Idem, "La moral y la democracia", Revista Argentina, 1868, p. 16, respectivamente.

el Estado y el gobierno, los partidos, si responden a tendencias profundas de la vida social, tendrán su raíz en la sociedad de su Estado y se esforzarán por elevar sus ramas hasta las esferas del gobierno" (18).

La misión institucional de los partidos en el gobierno democrático constitucional se integra con una serie de funciones básicas que deben realizar: formulación de políticas; designación de candidatos para los cargos públicos electivos; conducción o crítica del gobierno, según actúen en el poder o en la oposición; mantenimiento de la unidad en el gobierno, a la vez que el desarrollo y conservación de la unidad nacional; la formación de dirigentes y, en particular, la educación política del pueblo.

Como advertía Bielsa con razón, "pocas veces se repara en la función que de algún modo podría llamarse educadora de los partidos", ya que éstos "son (o, por lo menos, deben ser) escuelas de ciudadanía", y "la ética partidaria con el advenimiento al poder se convierte en ética de gobierno" (19). Por su parte, Rodolfo Rivarola señalaba que incumbe al partido "educar en la conducta cívica; instruir en los fines y ventajas de la Constitución o en los de su reforma", ya que "el partido y su candidato deben realizar la doble función que les asigna racionalmente la acción pública a la cual se entregan, por el ejemplo o por la disciplina, y la instrucción por la prédica de sus propósitos. Ésta comprende la exposición de los problemas de gobierno para cuya realización se ofrece; la demostración, con ella, de su idoneidad para cumplirlos, la prueba de esto último por sus antecedentes en los diversos aspectos que ofrece la actividad política y administrativa; y, por último, la concordancia entre las palabras y los hechos, las máximas y los juicios proclamados y la conducta en la vida pública y su garantía en la vida privada" (20).

Ello demuestra la enorme responsabilidad que cabe a los partidos políticos en las fallas de la vida cívica y del Gobierno; hasta el punto de que el fracaso de los partidos ocasiona el fracaso de la democracia.

(18) POSADA, Adolfo, "Derecho Político", t. 2, p. 423.

(19) BIELSA, Rafael, "Reflexiones sobre sistemas políticos", ps. 31, 2.

(20) RIVAROLA, Rodolfo, "Diccionario manual de instrucción cívica y práctica constitucional argentina", p. 448.

“La democracia —dijo alguna vez Georges Clemenceau— es tanto más perfecta cuanto menos imperfectos son los organismos que la encarnan e interpretan”. O sea —diríamos nosotros— la democracia es tanto más perfecta cuanto menos imperfectos son los partidos políticos que la encarnan e interpretan.

De aquí, la trascendental importancia que para el éxito del sistema constitucional reviste el perfeccionamiento sobre todo ético-cívico de las agrupaciones partidarias, a la vez que la elevación del nivel moral de la ciudadanía, ya que no se puede pretender que los gobernantes sean mejores que los partidos políticos y el pueblo de donde salen. “La fuerza de un partido —decía Rodolfo Rivarola— dependerá de la fuerza moral que sepan inspirarle sus directores” (21).

Tocqueville, en su clásico libro *La Democracia en América*, distinguía los *grandes partidos de los pequeños partidos*; y caracterizaba a los primeros por ser de ideas y de principios, frente a los segundos, que son de hombres y de intereses mezquinos. En lo que coincidía Roque Sáenz Peña cuando diferenciaba también dos categorías de agrupaciones políticas. “Los partidos de estirpe intelectual —decía— nacen sabiendo pensar; pero, si no se ejercitan en deliberar y se obstinan en obedecer, pasan con ruido de cuadrigas desde su albor hasta su ocaso, desde la infancia hasta la senectud, sin haber conocido la edad viril, y sin dejar ninguna huella en su carrera incierta, sin rumbo, sin ideales y sin fundar el espíritu viviente de los caracteres; esas agrupaciones personalistas —agregaba— son meros séquitos decorativos, heridas en sus fuentes vitales de toda capacidad de desarrollo y cumplen el destino de su disolución, después de mostrarse inaptas para reivindicar el noble sello de la soberanía humana, que es el pensamiento y la altivez” (22).

Si los partidos políticos orgánicos, disciplinados y bien constituidos, orientados por principios levantados y respetuosos de la Constitución y la ley, son, factores indispensables en el proceso democrático, en cambio, la indisciplina, el personalismo, los intereses mezquinos, la corrupción y el fraude pueden transformarlos de poderosas

(21) RIVAROLA, Rodolfo, “Diccionario manual de instrucción cívica y práctica constitucional argentina”, p. 449.

(22) SAENZ PEÑA, Roque, “Escritos y discursos”, t. 2, p. 178.

fuerzas para el bien en tremendos elementos para el mal y la destrucción de la democracia. Bien enseñaba Matienzo que “no hay gobierno republicano posible si la libertad de sufragio no empieza por ser ejercida por los ciudadanos dentro de las agrupaciones políticas. Es necesario, pues, comenzar por el principio: organizar republicanamente los partidos para organizar republicanamente la Nación” (23).

Todos los reajustes y cambios que la imaginación del estadista democrático pueda sugerir para la reorganización y modernización institucional del país, a la vez que para el encauzamiento de éste en la línea del gobierno democrático constitucional, encuadran perfectamente dentro del amplio y previsor marco de nuestra Ley Fundamental, de manera que la adopción y las aplicaciones de tales innovaciones, no solamente no requieren enmienda alguna del texto del Código Supremo, sino que por lo contrario, son corolarios e instrumentos del correcto cumplimiento de éste, de acuerdo con su letra y con su espíritu, que es decir, con su cuerpo y con su alma.

De manera alguna la Constitución es obstáculo para la reorganización y modernización del Congreso, con la adopción de las medidas que la técnica jurídico-política pueda aconsejar para perfeccionar el proceso legislativo y que conduzcan a un mejor asesoramiento técnico, a una mayor agilidad en el desempeño, a la vez que un más alto grado de funcionalidad y eficacia en la alta misión de control de los otros poderes que incumbe al órgano legislativo.

En los Estados Unidos, su antigua y venerable Ley Suprema no fue óbice para que en 1946, el propio poder legislador sancionara la Ley de Reorganización del Congreso, sobre la base de un completísimo análisis del problema realizado por una comisión integrada por legisladores, funcionarios, especialistas y empresarios. Las medidas que se adoptaron en función de la mencionada ley aumentaron la eficiencia del Congreso en el cumplimiento de sus importantes complejas funciones.

Por otra parte, la secular Constitución consuetudinaria y no escrita de los británicos —que siendo flexible, sin embargo ha sido más difícil de modificar que cualquier Constitución rígida— tampoco impidió que el Parlamento inglés —con justicia considerado como la ma-

(23) MATIENZO, José N., “Lecciones de derecho constitucional”, p. 126.

dre de todos los Parlamentos del mundo— en la misma época que el Congreso norteamericano, ajustara y modernizara su organización y funcionamiento para mejorar su alto cometido institucional.

En Alemania —democracia federativa que en muchos aspectos constituye un ejemplo— igualmente, la estructura constitucional no ha obstado a la adecuada reorganización de su órgano legisferante.

Es oportuno dejar claramente establecido que la experiencia política del mundo ha demostrado el fracaso de los intentos de representación de los intereses sectoriales de la sociedad, la suma de los cuales nunca conforma el interés general, que en tales sistemas a nadie incumbe defender. Es así que no han tenido éxito los partidos de interés económico representados en los Parlamentos, ni la integración de las representaciones corporativas en la segunda Cámara legisladora, ni la distribución de la tarea de legislar entre una cámara política y otra económica, formas todas de corporativismo parcial. En cuanto al corporativismo integral —consistente en la organización de la totalidad de las funciones del Estado en las corporaciones— constituye un esquema teórico que hasta hoy no se ha podido dar en la realidad histórica, como lo reconoce Mihail Manoilescu, el doctrinario por excelencia del corporativismo y del partido único (24).

No vemos que se necesite reforma alguna del texto de la Ley Suprema, para llevar a cabo la necesaria, amplia y profunda reorganización del Poder Ejecutivo, con miras a racionalizar y modernizar su estructura y dinámica, para asegurar una conducción ágil, rápida, eficiente y económica. También en este aspecto las normas constitucionales son amplias y previsoras.

El insólito injerto de algunas notas del gobierno parlamentario en el esquema presidencialista de nuestra Constitución —impuesto por la lamentable reforma de 1994 en abierta contradicción con la tradición e idiosincrasia del pueblo argentino— no pasa de ser una mera fantasía institucional, como tal condenada al más rotundo de los fracasos.

Sin necesidad de reforma alguna, por consiguiente, la Constitución admite la necesaria y amplia reorganización y racionalización de tan importante poder del Estado. A este respecto, también resulta ilustra-

(24) MANOILESCU, Mihail, "El Partido único", p. 113.

tiva la experiencia de los Estados Unidos, país en el cual, en 1947, por la sanción unánime de todo el Congreso, fue creada una comisión intercameral, con representantes de cada Cámara y del Ejecutivo, en un pie de igualdad, con la misión de estudiar la reorganización de este departamento del gobierno federal.

Esta comisión, que fue comúnmente conocida como la *Hoover Commission*, por haber sido presidida por el ex presidente norteamericano Herbert Hoover, produjo un amplio y meduloso informe, que sirvió de base a la reorganización y reajuste del Poder Ejecutivo, para asegurarle en su funcionamiento una mayor racionalización, eficacia y economía. En dicho informe, Hoover expresaba que “nuestro campo de estudio no solamente interesa a cada ciudadano, sino que se relaciona con la auténtica fuerza y vitalidad de la democracia misma”. Está de más decir que las conclusiones del informe y las medidas que aconsejaba, muchas de las cuales fueron puestas en ejecución con posterioridad, en modo alguno afectaban o requerían la enmienda de la Constitución del gran país norteamericano.

Según el esquema de gobierno instituido por la Constitución, el Poder judicial —poder jurídico por excelencia— está en un pie de igualdad con los otros dos poderes públicos, de naturaleza específicamente política: el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Y en el juego armónico de la coordinación a interdependencia de los tres poderes, incumbe a los tribunales, además de la administración de la justicia en los casos particulares que se susciten y sean llevados a sus estrados, la trascendental función de ser el guardián y custodio de la Ley Suprema de la República, a través de la declaración de inconstitucionalidad.

No se necesita reforma alguna de la Constitución para promover el fortalecimiento y la independencia del Poder Judicial, precisamente porque la Ley Suprema ya los ha establecido y lo que se impone es el cumplimiento de ésta. Para que, el sistema político democrático constitucional funcione correctamente, y no caiga en una lamentable degeneración del modelo, debe reposar necesariamente sobre una base ética. En la experiencia institucional del mundo, los pretendidos y aparentes fracasos y frustraciones del sistema, no resultan de defectos o fallas inherentes al mismo, sino primordialmente de la corrupción cívica y del apartamiento de la moral por parte de los pueblos que lo practicaron. Es por ello que por sobre los aspectos técnicos y

formales del esquema democrático, prevalece su fondo moral como clave de su éxito o fracaso. De ahí que el funcionamiento correcto de la democracia se funde sustancialmente en la virtud de los gobernantes y los gobernados.

Ya en 1748, enseñaba Montesquieu en su libro famoso que “no hace falta mucha probidad para que se mantengan un poder monárquico o un poder despótico. La fuerza de las leyes en el uno, el brazo del príncipe en el otro, lo ordenan y lo contienen todo. Pero en un Estado popular no basta la vigencia de las leyes ni el brazo del príncipe siempre levantado; se necesita un resorte más, que es la *virtud*”. Y agregaba que lo que decía estaba “confirmado por el testimonio de la historia y se ajusta a la naturaleza de las cosas. Claro está que en una monarquía, en la que el encargado de ejecutar las leyes se cree por encima de las leyes, no hace tanta falta la virtud como en un gobierno popular, en el que hacen ejecutar las leyes los que están a ellas sometidos y han de soportar su peso”. Y también decía que “cuando en un gobierno popular se dejan las leyes incumplidas, como ese incumplimiento no puede venir más que de la corrupción de la República, puede darse el Estado por perdido” (25).

En 1846, Esteban Echeverría publicaba en Montevideo su *Manual de Enseñanza Moral*, que había escrito originariamente para las escuelas primarias del Estado Oriental, y que constituye un verdadero catecismo cívico que debería estar en el banco de todo escolar, y que, en suma, debería tener siempre a mano y leer todo argentino. Ese libro, pequeño en dimensiones pero grande en sustancia, abre sus páginas con la siguiente cita del *Ensayo sobre la Instrucción Pública* de Benjamín Constant: “en un pueblo que sale de la esclavitud y la molicie, no puede consolidarse la libertad, sino cuando una generación ha sido adecuada a sus nuevas necesidades, que corrija los hábitos y destruya las opiniones del despotismo, y consagre las costumbres y creencias liberales. Sin que haya unidad en la instrucción, no puede existir unanimidad en la opinión pública y el Estado se divide en fracciones”.

Y en el capítulo del libro dedicado a la *moralidad política*, el ilustre autor del *Dogma de Mayo* escribía: “como habéis nacido para ser ciudadanos de una Patria libre, conviene que al entrar en la vida pública,

(25) MONTESQUIEU, “Espíritu de las leyes”, p. 67.

tengáis una regla segura para formar juicio exacto sobre las cosas y los hombres públicos de vuestro país; a fin de que no os engañéis acerca de su capacidad, su patriotismo y sus virtudes, y podáis valorar sus hechos. Esa regla la encontraréis en la doctrina que he expuesto anteriormente. Sabéis por ella que para servir eficazmente a la Patria, para ser verdaderos patriotas, debéis consagrar vuestra devoción y vuestra acción incesante a la defensa de la causa de Mayo; porque en la realización de su pensamiento están vinculados el progreso y la completa emancipación de la Patria. Si como hombres públicos, pues, o como ciudadanos desertáis de la bandera de Mayo, traicionaréis la Patria. Si como hombres o como ciudadanos no abogáis ni trabajáis por la democracia de Mayo, traicionaréis la Patria. Si no acudís cuando peligra la independencia y la libertad de la Patria, traicionaréis la Patria. Si sacrificáis sus intereses, o su honor, o su libertad, a vuestra ambición egoísta, traicionaréis la Patria. Y traicionando la Patria, sus intereses, su causa, o por egoísmo, o por ambición, por indiferencia o por ignorancia, no habrá moralidad política en vuestros actos, y seréis infames y perjuros, y responsables ante Dios y la Patria. La moralidad política, por consiguiente, es la fidelidad del ciudadano a la causa de la Patria, y en ella consiste el verdadero patriotismo. Y esa regla de moralidad que estáis obligados a observar siempre para con la Patria, es precisamente la que debéis tener presente al formar juicio sobre los hombres públicos de vuestro país". Y agregaba que "así, sobre esa regla invariable de moralidad política, se irá poco a poco formando eso que en otros países se llama opinión pública, y que en los nuestros no existe, ni puede existir, por falta de principios de criterio moral" (26).

Tiempo más tarde, José Manuel Estrada estudiaba en forma magistral la inescindible relación que existe entre la moral y la democracia; primordialmente en el notable ensayo que, bajo ese título, publicó en la "Revista Argentina". El insigne constitucionalista sostenía en ese luminoso estudio que "la moral aplicada a la sociedad, engendra la democracia; porque la democracia importa la perpetuidad de la soberanía común, y conserva la aptitud de todos para remover aquellas trabas que las vicisitudes de la historia y los errores humanos pueden oponer al ejercicio de todo derecho y al cumplimiento de todo deber: al desarrollo de la persona, en una palabra, y esto bajo la responsabilidad que emana de su naturaleza intelectual y libre". Por ello, Estrada

(26) ECHEVERRIA, Esteban, "Manual de enseñanza moral", p. 85.

sostenía que “ninguna forma política reclama una moralidad tan severa como la forma democrática. Todo sistema se conserva por un resorte que le es homogéneo y corresponde a su origen y a su índole. Bastaba la inercia personal y la presión levítica para conservar el comunismo de las misiones del Paraguay; bastaban glorias y conquistas para conservar el cesarismo romano. Pero si los gobiernos fundados en la iniquidad o el error pueden prescindir de la moral o alimentarse de una lucha insoluble contra ella, el gobierno del pueblo por el pueblo, que la reconoce como fundamento, no puede existir sino por el acatamiento de su soberanía, y adaptando a sus principios todos los actos del hombre en su capacidad social. Por eso aceptamos como una profunda verdad aquellas palabras de Montesquieu: ‘el resorte de la república es la virtud’” (27).

Esa gravísima crisis moral que es la clave de la delicada dolencia que aqueja a la Nación, si bien reconoce numerosas y complejas causales que la han provocado, facilitado y agravado, se debe, en importante medida, al fracaso de la educación pública, principalmente en el esencialísimo objetivo de la formación de la conciencia cívica del individuo y el sincero amor por las instituciones de la Patria.

Es la educación la que desarrolla y perfecciona las facultades intelectuales y morales del hombre, habilitándolo para el desempeño de la misión que en la vida le corresponde. Bien pudo calificar Rousseau como “la primera de todas las utilidades” al arte de formar a los hombres. “A las plantas las endereza el cultivo y a los hombres la educación” —escribió el inmortal autor de *Emilio* y de *El Contrato Social*—. Y agregaba que “todo cuanto nos falta al nacer, y cuanto necesitamos siendo adultos, se nos da por la educación” (28).

La ignorancia del pueblo, o la semi-ignorancia —quizás más temible todavía que aquélla— genera el clima propicio para el desarrollo del funesto y virulento germen de la demagogia y el despotismo. Si los ciudadanos no son *educados para la libertad*, serán siempre masa o muchedumbre, pero nunca pueblo; rebaño que seguirá ciega e irreflexiblemente a cualquier mal pastor que satisfaga sus más bajos ape-

(27) ESTRADA, José M., “Obras Completas”, t. 9, p. 78.

(28) ROUSSEAU, Juan J., “Emilio, Obras Escogidas”, ps. 36 y 40.

titos; será, en el mejor de los casos, espectador pasivo y no protagonista de la noble gesta cívica.

“Pueblo mal educado —sostenía José Manuel Estrada— es pueblo esclavo, o de los tiranos, o de las cábalas, o de la anarquía, o de la pereza”. Y pensaba que “quien dice democracia representativa designa una forma de gobierno en la cual la soberanía reside en el pueblo, pero es ejercida por los mejores y los más capaces. Ellos constituyen una especie de aristocracia móvil, constantemente engrosada y que a nadie repele. Ningún privilegio les favorece; gobiernan porque el pueblo los exalta cediendo al movimiento y al contrapeso natural de las fuerzas morales. De consiguiente, no es menos importante preocuparse, al organizar el país, de los medios que pueden preparar a la generalidad del pueblo para las funciones de la vida democrática, que de aquellos tendientes a reclutar sus clases gobernantes” (29).

La *rebelión de las masas* —como acertadamente denominó Ortega y Gasset a la irrupción de las masas al poder político y social— aumenta si cabe todavía más la importancia de la *educación para la libertad* en las democracias contemporáneas. Se ha afirmado, con razón, que el problema principal de los derechos del hombre en la actualidad se encuentra en una nueva tiranía que está desarrollándose en los últimos tiempos —la tiranía de las masas—, que parece tener una inclinación incontenible a transformarse, en definitiva, en la tiranía del Estado.

En tal régimen, la lucha de ideas, que distingue a la democracia, es sustituida por la dominación de la masa. “Nuestro tiempo —ha escrito Marañón— se caracteriza por la conquista que hace el coro del papel de protagonista. Y con su advenimiento, surge el imperio del gesto, en el que la multitud despótica cree simbolizar su poderío, cuando en realidad exhibe en él, como el hierro del ganado impreso en su flanco, el signo inexorable de su individualidad, y por lo tanto, la patente de su esclavitud” (30).

El gran Sarmiento escribió: “la escuela de hoy es el presupuesto de la política dentro de diez años, cuando los niños sean ciudadanos.

(29) ESTRADA, José M., “Obras Completas”, t. 10, ps. 330 y 331.

(30) MARAÑÓN, Gregorio, “Crónica y Gesto de la Libertad”, p. 16.

¿Creen ustedes que se podrá siempre falsificar elecciones y simular la voluntad de un pueblo sin voluntad? Un pueblo ignorante elegirá siempre a Rosas. *Hay que educar al soberano*" (31), histórica frase esta última que el ciclópeo pensador y constructor de ideas repitió en muchas de sus páginas, y que el editor de sus *Obras* adoptó como título del tomo 47 de éstas (32).

Claro está que esa *educación para la libertad* no significa la mera adquisición de una determinada suma de información y de conocimientos, sino la formación de la conciencia cívica de todos y cada uno de los ciudadanos, que determine en ellos un sentimiento de respeto por sus instituciones y sus tradiciones, a la vez que de responsabilidad en el ejercicio de la función soberana de elegir y controlar a los gobernantes. El problema es de moralidad cívica ante todo y sobre todo. Por ello, estamos profundamente convencidos de que la solución de problema tan delicado para el funcionamiento cabal de las instituciones democráticas, ha de buscarse por el amplio y recto camino de la capacitación de la totalidad de la ciudadanía, y no por el peligroso atajo de la calificación del sufragio por una medida de instrucción. En una auténtica democracia no cabe una división entre ciudadanos capaces y ciudadanos incapaces, pues el sistema exige imperiosamente que todos los ciudadanos sean capaces.

Solamente la *educación para la libertad* aventará del alma humana lo que Fromm denominara el *miedo a la libertad*, que experimentan las masas fatigadas por la que consideran insobrelleable carga de la responsabilidad ciudadana. Porque, como sostenía Félix Frías, "una república no se realiza con la soberanía de los ignorantes" (33). Porque, como proclamaba Sarmiento, "las escuelas son la democracia" (34).

"Educar al pueblo en la libertad —decía Alberdi— es equivalente a devolverle su poder. La educación política, es decir, la costumbre in-

(31) Cit. por BELIN SARMIENTO, A., "Sarmiento anecdótico", p. 112; reproducido por ROJAS, Ricardo, "El Profeta de la Pampa", p. 620.

(32) ROJAS, Ricardo, ob. cit., p. 620.

(33) FRIAS, Félix, "Escritos y discursos", t. 2, ps. 25 y 124.

(34) SARMIENTO, Domingo F., "Obras completas", t. 21, p. 247.

teligente de ejercer el poder, es la verdadera y sola libertad. Así, en los países libres, la educación pública es una parte de la soberanía, cuyo ejercicio no se delega ni se saca de las manos del pueblo. Como la prensa, la educación es una garantía que el país se reserva contra la propensión natural de los delegados de su poder a convertirse en dueños del poder ajeno que les está delegado, siempre que su dueño verdadero no le pone obstáculo" (35).

Para combatir la indiferencia y la atonía ciudadanas —que crean el indiferentismo proclive al renunciamiento de la libertad y a la masificación— no hay que despolitizar, sino politizar al pueblo, en el más alto sentido del término, que es interesarlo por los asuntos públicos y desarrollar en él el sentido de la responsabilidad cívica. Como proclamaba Pericles, en su famoso discurso en loor de los muertos en la batalla de Peloponeso, "todos los ciudadanos, incluso los que se dedican a trabajos manuales, toman parte en la vida pública; y si hay alguno que se desinteresa de ella, se lo considera como hombre inútil e indigno de toda consideración" (36).

Aquel gran argentino, estadista notable y constitucionalista eminente que fuera Joaquín V. González, sostenía, con razón, que "uno de los axiomas de nuestro lenguaje político, pero que debe ser siempre manifestado como un principio fundamental de gobierno, es el que reconoce la necesidad de la instrucción como base de la libertad. Ésta existe hoy por la cultura del espíritu humano, que la ha descubierto como un propio atributo y la ha proclamado como un derecho de los hombres y una alta misión de los Estados. Luego, la educación y el desarrollo de las facultades, de manera que el conjunto de la sociedad se perfeccione y eleve su espíritu, es una condición esencial de toda organización política. Los Estados que no atendiesen este deber no serían Estados libres, ni seguros, porque la fuerza natural del espíritu del pueblo los derribaría, o se mantendrían apoyados en la fuerza bruta, inconsciente y peligrosa, que sostiene los despotismos... En toda nación libre, la escuela debe realizar estos tres conceptos: crear su cultura humana, encaminarla a fortalecer y perpetuar la nacionalidad, y hacer al pueblo capaz de gobernarse por sí mismo y realizar

(35) ALBERDI, Juan B., "Obras Selectas", t. 2, p. 268.

(36) TUCIDIDES, "Historia de las Guerras del Peloponeso", libro III, p. 37.

con verdad los propósitos generales y especiales de la Constitución" (37).

La bondad y eficacia de una Constitución, además de su contenido, depende de su permanencia y efectivo cumplimiento por gobernantes y gobernados. A diferencia de las leyes comunes, destinadas específicamente a satisfacer necesidades del momento o circunstanciales, las constituciones son sancionadas con vistas a una larga duración, a regir a varias generaciones de habitantes. En la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires de 1870-1873, afirmó Mitre que "una Constitución no es un juego de niños, no es cosa que se pueda andar variando todos los días, sin dar tiempo a las instituciones a que echen raíces profundas en la sociedad. Por el contrario, debe dejarse que el tiempo las consagre, las radique y que les dé toda la solidez y responsabilidad que desde el primer día no pueden tener y que sólo el tiempo y la educación constitucional puedan darles" (38).

Constituye un gravísimo error y encierra un serio peligro para los pueblos, la creencia de que las Constituciones deben ser reformadas con frecuencia, para que de esa manera puedan ajustarse siempre a la realidad del momento. Precisamente, la fundamentalidad de la Constitución impone que su contenido deba circunscribirse a la consagración de los principios fundamentales y las normas básicas que hacen al gobierno y a la garantía de los derechos humanos y al logro del bienestar de los habitantes. Una Constitución que descienda a la minucia y al detalle, invadiendo el ámbito del legislador ordinario y aun la competencia del poder reglamentario, envejecerá casi simultáneamente con su sanción, poniendo en evidencia la falta de armonía entre sus disposiciones y la realidad cambiante. Es la fundamentalidad lo que concede larga existencia y sincero respeto a las constituciones, a la vez que permite cómoda actuación a los poderes constituidos. Como dijera el famoso Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, John Marshall, en una de sus notables sentencias: "una Constitución es elaborada para las épocas por venir, y está destinada a alcanzar la inmortalidad tanto como las instituciones humanas pueden alcanzarla" (39).

(37) GONZALEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", § 162, p. 174.

(38) MITRE, Bartolomé, "Arengas", p. 58.

(39) *Cohen v. State of Virginia*, 6 Wheaton 264.

Únicamenté el imperio pleno, efectivo y duradero de la Constitución hace posible la seguridad jurídica, sin la cual no existe libertad, bienestar ni progreso. Sin él, se produce la inestabilidad y el descreimiento en las instituciones. En nuestro país se ha ido operando una real desconstitucionalización, cuyo rasgo más saliente es el olvido y desconocimiento de la Ley Fundamental de la República. Y como de esa situación y del consiguiente estado de ánimo de los habitantes resulta la creencia de la poca importancia o valor que tendría la Constitución, ingenua y simplistamente se pretende reparar los males producidos por sus violaciones, proponiendo su enmienda y hasta su cambio total, como si ella fuera la culpable de las conculcaciones de gobernantes y gobernados, y como si las nuevas disposiciones o la nueva Ley Suprema fueran automáticamente respetadas y cumplidas por el solo hecho de su novedad.

Desde que Lassalle expusiera su difundida distinción entre la Constitución real y la Constitución simple hoja de papel, mucha agua ha corrido bajo los puentes, mucho se ha enriquecido la experiencia política del mundo y mucho también se ha desarrollado la Ciencia Política y Constitucional, la Ciencia soberana entre las Ciencias, al decir de Aristóteles, su fundador. Sin embargo, no pocos todavía continúan creyendo que todos los problemas políticos, sociales y económicos pueden solucionarse con facilidad, como por arte de magia, en la hoja de papel de las Constituciones y las leyes. Bastaría modificar la norma jurídica e instantáneamente desaparecerían las cuestiones del momento, trátase de una crisis política, de la inflación o la miseria misma.

Particularmente en América Latina —aun cuando se mantiene fresco el terrible error de los ilustrados Constituyentes europeos de la primera posguerra mundial, el fracaso de cuyas Constituciones con injertos de instituciones de democracia semidirecta sirvió de proemio a los más terribles autoritarismos— ha sido frecuente la idea de que la libertad y la felicidad de los pueblos dependen más de la brillantez teórica de sus textos fundamentales, que de la solución real de los problemas básicos de la Sociedad y el Estado. De ahí en general la excelencia académica de muchas de esas sus Constituciones, que a manera de catálogo de los derechos individuales, sociales y económicos, no dejan ninguno de ellos sin especificar, aunque en el hecho sus habitantes se mantengan en el hambre, el analfabetismo y la explotación del hombre por el hombre, y el poder político sea ejercido al

margen de la soberanía del pueblo y opresivamente. Se cumple, así, la triste pero exacta profecía alberdiana: "Haréis Constituciones brillantes que satisfagan plenamente las ilusiones del país; pero el desengaño no tardará en pedirnos cuentas del valor de las promesas, y entonces se verá que hacéis papel de charlatanes, cuando no de niños, víctimas de vuestras propias ilusiones" (40).

No puede dejar de señalarse que con la lamentable reforma constitucional de 1994 —que en modo alguno guarda armonía y cohesión con el alma o espíritu de la Constitución histórica y fundacional de 1853-1860, "la Nación Argentina hecha ley", cual constituye la *Doctrina Constitucional de Mayo*, que convirtió en instituciones a las ideas y principios consagrados por la Revolución de Mayo— culminó un retrógrado y triste proceso de desconstitucionalización o desinstitucionalización, a través del incumplimiento consciente y sistemático de la Ley Suprema de la Nación, fenómeno que sido estudiado por la Ciencia Política y Constitucional, con el convencimiento de las terribles e incalculables proyecciones que el mismo tiene para el mantenimiento y la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho.

Quienes han analizado más en profundidad y acierto el patológico fenómeno, difundido por cierto en todo el mundo, han sido los famosos especialistas Karl Loewenstein y Carl J. Friedrich.

Karl Loewenstein, el famoso Profesor de origen germano, perseguido en su país por el nazismo, se exilió en los Estados Unidos, ocupando la cátedra en la Universidad de Amherst, Massachusetts. Es autor de un conjunto de notables obras fundamentales en la materia, en alemán, inglés y castellano, la principal de las cuales *Political power and the governmental process*, vertida a nuestro idioma con el título de *Teoría de la Constitución*, marcó un hito en la bibliografía de la Ciencia Política y Constitucional. Loewenstein fue mi grande e ilustre Maestro y mantuve con él hasta su fallecimiento en 1971, un fluido contacto personal y epistolar, facilitado por mi permanencia durante varios años en el referido país, desempeñándome como Profesor Visitante en la Universidad de North Carolina, en Chapel Hill.

En cuanto a Carl Friedrich, notable Profesor de la Universidad de Harvard, con el cual también mantuve permanente relación científi-

(40) ALBERDI, Juan B., "Bases", cit., cap. XXXII, p. 225.

ca, desarrolló su teoría empírica de la Constitución en varios libros fundamentales, entre los cuales se destaca *El hombre y el gobierno*, que ha sido traducido al castellano. Fue para mí un privilegio cambiar ideas con él durante el Congreso Mundial de Ciencia Política realizado en la ciudad de Roma en 1958.

Friedrich ha señalado, con acierto, que la perversión de los preceptos fundamentales, a través de su interpretación incorrecta, que comporta real corrupción, es un problema general que no se limita al campo político. Sin embargo, se halla motivado a menudo por un cambio en la ideología política o por la alteración de los valores y creencias asociados a la evolución del orden político. "La corrupción —dice— aunque sea considerada corrientemente como el simple resultado de un deseo humano por una ganancia inmerecida, es un fenómeno no político mucho más general que no ha recibido la atención que requiere. Su función política ha sido pasada por alto dentro de la teoría política. Dejando de lado ahora el problema de la desintegración de los órdenes políticos que se manifiestan en la corrupción extendida, trataremos de la perversión de las normas a través de la interpretación incorrecta, ya sea intencionada o no. Tal perversión debe observarse, cuando lo consideremos, políticamente, en confrontación con la violación de las normas, ya sea por infracción simple o por delito. Esto no se debe a que las violaciones sean el resultado de una interpretación incorrecta o de una mala interpretación, sino a que tanto la perversión como la violación de una norma constituyen un desafío a su pretendida universalidad, comportan excepciones y todas las excepciones debilitan a una norma". Y agrega el notable profesor de Harvard, que cuando las excepciones se multiplican, cuando las excepciones llegan a convertirse en regla, la norma deja de existir en un sentido político estricto. Una norma legal puede ser destruida tanto por la desobediencia como por la falsa interpretación, y ambas formas de violación son idóneas para pervertir a la norma, para apartarla de su curso debido (41).

Friedrich advierte que a la luz de su análisis del acto político justo, es discutible, con todo, si la reinterpretación o incluso la violación de las normas existentes pueden considerarse justificadamente como una perversión, si este término es entendido como indicador de un disva-

(41) FRIEDRICH, Carl J., "El hombre y el gobierno: una teoría empírica de la política", versión castellana de J. A. González Casanova, Madrid, p. 304.

lor en función del orden político. A su juicio, esto significaría más bien que la valoración comparativa de las normas, especialmente la llevada a cabo por los jueces, como también por todos los funcionarios públicos, forma parte importante de sus funciones. En un orden político altamente desarrollado es muy importante que todo cambio de envergadura en las normas sea efectuado por la autoridad concreta que hace las normas según el sistema (42).

Por su parte, Loewenstein hace referencia a la inobservancia consciente de la Constitución por los detentadores del poder; fenómeno que no debe ser confundido con la constante competición existente entre aquéllos en el proceso político, en el que cada uno de ellos intenta buscar en las normas constitucionales que debe aplicar, la interpretación más cómoda para sus tareas específicas. Lo que el maestro del Derecho Constitucional entiende como una observancia consciente de la Constitución, "es aquella situación en la que una disposición constitucional esencial no será, deliberada y consecuentemente aplicada o realizada. Dicho precepto permanecerá entonces como una *lex imperfecta*, como letra muerta, en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la Ley Fundamental. Las razones para esta inobservancia pueden ser varias. Una disposición constitucional se puede presentar desde el primer momento como irrealizable. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, los motivos son de índole puramente política: el convencimiento del gobierno que ejerce el poder que la disposición iría contra sus intereses específicos; la aversión de la mayoría de los partidos que actúan en el órgano legislativo contra la norma en cuestión; la presión social y económica de grupos de interés; factores de política exterior, etc. Ocurre, a menudo, que la eliminación de la norma a través de una modificación constitucional es imposible o por falta de la mayoría requerida, o por ser todavía más impolítica que su tácita inobservancia (43).

Con el transcurso del tiempo, la realidad de la vida impuso la vigencia de la democracia representativa y la existencia de los partidos políticos como instrumentos esenciales de su dinámica. Bien enseñaba con su reconocida autoridad Mario Justo López, que "en rigor, la exis-

(42) LOEWENSTEIN, Karl, "Teoría de la Constitución", versión castellana de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1964, p. 223.

(43) FRIEDRICH, Carl J., "El hombre y el gobierno...", cit., p. 235.

tencia de los partidos políticos, como hecho social, encuentra su explicación, y también su justificación, en la esencia misma de la realidad política. Esta, en tanto actividad o dinámica, ofrece a la vez una fase agonal, de lucha y una faz arquitectónica, de integración. Y los partidos, en general, para todo tiempo y situación, y los partidos, en particular, para el Estado democrático representativo, constituyen los cauces naturales para ambas, necesarias e inseparables fases de la actividad política, de esa actividad sin la cual no puede haber comunidad humana" (44). Pretender su supresión, por defectos en su funcionamiento, comportaría un grosero e injustificado ataque a las bases mismas de la democracia.

Las formas de la democracia directa fueron experimentadas en nuestro país en circunstancias distintas y con finalidades diametralmente opuestas. El 25 de mayo de 1810, el pueblo argentino actuó directamente. Como dijo el acta capitular correspondiente al histórico día: "...y los señores, habiendo salido al balcón de estas casas capitulares, y oído que el pueblo ratificó por aclamación el contenido de dicho pedimento o representación, después de haberse leído por mí en altas e inteligibles voces, acordaron que debían mandar y mandaban" (45). Como describiera Mitre, en su clásica obra; "luego de una fracasada intentona del Cabildo de burlar la voluntad popular, porque 'obcecado, persistía en no creer en el pueblo, creyó al fin en el pueblo e inclinándose ante su soberanía, proclamó bajo su dictado la nueva Junta Gubernativa de las Provincias Unidas del Río de la Plata'. En seguida, 'desde lo alto de sus balcones, propuso al pueblo las bases constitutivas del nuevo orden de cosas, que fueron discutidas y aprobadas a la manera de las democracias antiguas, declarando que aquella era su voluntad'" (46).

Por trágica paradoja, otro acto de naturaleza similar marcó el inicio de la tiranía rosista, pero en circunstancias y con propósitos asaz distintos. Una ley sancionada por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires el 7 de marzo de 1835, designó a Rosas gobernador y capitán

(44) LOPEZ, Mario Justo, "Partidos políticos: teoría general y régimen legal", Buenos Aires, 1965, p. 11.

(45) "Registro oficial de la República Argentina", Buenos Aires, 1879, t. 1, p. 22.

(46) MITRE, Bartolomé, "Historia de Belgrano y de la Independencia argentina", t. 6, p. 341.

general, por el término de cinco años y con la suma del poder público (47). Rosas exigió entonces la reconsideración del acto legislativo, en sala plena, y además una ratificación popular, de manera que: "todos y cada uno de los ciudadanos habitantes de esta ciudad, de cualquier clase y condición que fueren, expresen su voto precisa y categóricamente sobre el particular, quedando éste consignado de modo que en todos los tiempos y circunstancias se pueda hacer constar el libre pronunciamiento de la opinión general" (48).

La Legislatura bonaerense resolvió, en su sesión del 23 de marzo de 1835, luego de ser expuestos los más insólitos y retorcidos argumentos con que los diputados pretendieron acallar sus perturbadas conciencias, que en los días 26, 27 y 28 del antes referido mes, se explorará la opinión de los ciudadanos acerca de tan terrible decisión. La resolución legislativa constaba de quince artículos, que reglamentaban el acto a realizarse conforme con el texto que publicara "La Gaceta Mercantil" los días 24, 26 y 30 de marzo de 1835. El sufragio era verbal, con palabras claras y categóricas sobre la conformidad o disconformidad con la ley, lo que se inscribía en los registros, sin admitirse pronunciamientos que no fuera en tales términos. Participaron los extranjeros, votando únicamente los habitantes de la ciudad. De las actas y registros pasados a la Legislatura, resultó que votaron 9.326 vecinos, de cuyo total, solamente cuatro se pronunciaron, con ejemplar valentía, contra el acto legislativo: los señores —cuyos nombres nunca olvidaremos—: Juan José Bosch, Juan Escobar, Gervasio Espinosa y Jacinto Rodríguez Peña, aun cuando, en lugar de Escobar algunos mencionan al coronel Antonio Aguirre (49).

Merece consideración aparte, la ingenua cuanto absurda idea manifestada en estos últimos tiempos en nuestro país, en algunos reducidos sectores de la sociedad, de una vuelta al primitivo y elemental gobierno de asamblea, en abierta marginación del artículo 22 de la Constitución —y a contramano de la historia, cuyo argumento eterno es la lucha del hombre por la libertad— y que comportaría la supre-

(47) "Registro oficial de la República Argentina", cit., t. 14, p. 43.

(48) "Diario de Sesiones de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires", 23 de marzo de 1835.

(49) SARTORIO, José, "El plebiscito de Rosas", Buenos Aires, 1938, p. 27.

sión del sistema representativo y por ende de los partidos políticos, cayendo en la sanción de leyes, el nombramiento y la destitución de funcionarios y en general la adopción de decisiones gubernativas, con el imperio de gritos, cacerolazos y otras formas de presión física o psicológica. Recuérdese que en la legendaria y clásica Atenas de la antigüedad, mediante la aparentemente plausible *grafé paranomón*, o acción de inconstitucionalidad en no pocas ocasiones los demagogos, en la asamblea del pueblo, llegaron hasta imponer la prisión y aplicar la pena de muerte injustificadamente a ciudadanos adversarios. No se olvide, tampoco, que el método principal para la elección de los magistrados era el azar, o sea, el sorteo.

José María Ramos Mejía, ilustre sociólogo y psiquiatra, a la vez que educador argentino, estudiando la *biología de las multitudes* en nuestra historia, escribió: "En determinadas circunstancias, una reunión de hombres posee caracteres nuevos y distintos de los que individual y aisladamente tiene cada uno de ellos. Por una especie de abdicación de la personalidad consciente, los sentimientos y las ideas de todos tienden a ponerse a un mismo nivel y diapasión, de tal manera que su organizado conjunto llega a constituir lo que se ha llamado el *alma de la multitud*, el *alma colectiva*. Cuando esto sucede, la colectividad se convierte en lo que, a falta de expresión mejor, el lenguaje corriente ha clasificado de *turba* o *muchedumbre organizada*, multitud psicológica, formando un solo ser. En esta *multitud*, así caracterizada, predomina la emotividad sobre la reflexión. La *muchedumbre* es, por eso mismo, impresionable y veleidosa, impetuosa y violenta, pasando rápidamente, una vez puesta en movimiento, de un estado a otro. Su vida es principalmente refleja, y su acción, automática, como provocada por emociones. Forma parte principal de ella el individuo anónimo, de escasa mentalidad, de sistema nervioso poco educado. Y aun ocurre a menudo, que el hombre de cierta elevación moral, por el solo hecho de formar en la *multitud* desciende muchos grados en la escala de la civilización. En tal caso, no debéis buscar ni inteligencia, ni razón, ni nada que tenga que ver algo con el quieto y sereno raciocinio, que es el privilegio del hombre reflexivo: es puro instinto, impulso vivo y agresivo, casi animalidad; por eso es, en ocasiones, generoso y heroico, pero más a menudo brutal y sensitivo" (50). Está claro que la *multitud* o *muchedumbre* degenera en *turba* de manera casi

(50) RAMOS MEJIA, José María, "Las multitudes argentinas", Buenos Aires, 1934, ps. 12/12.

automática, en la que el raciocinio individual es sustituido por el primitivo impulso del instinto y del reflejo.

No puede dejar de señalarse que con la innecesaria y muy criticada reforma constitucional de 1994 —que no guarda armonía ni coherencia con el alma o espíritu de la Constitución histórica y fundacional de 1853-1860, “la Nación Argentina hecha ley”, según Juan María Gutiérrez, uno de sus principales autores, y que según José Manuel Estrada fue escrita con la sangre de nuestros hermanos, traduciendo en instituciones concretas y preceptos orgánicos las ideas y principios consagrados por la Revolución de Mayo de 1810 y que conforman la *Doctrina Constitucional de Mayo*— culminó en nuestro país un retrógrado y lamentable proceso de desconstitucionalización o desinstitucionalización, signado a través de los años por la inobservancia o incumplimiento, consciente y sistemático, por parte de gobernantes y gobernados, de la Ley Suprema de la Nación; temible fenómeno de la patología política que ha sido detectado y objeto de profundo análisis por los más destacados estudiosos de la Ciencia Política y Constitucional del mundo, como Carl J. Friedrich y Karl Loewenstein, en sus obras fundamentales sobre la materia.

Karl Loewenstein, famoso Profesor de Ciencia Política y Derecho Constitucional en la Universidad alemana de Munich, exiliado en los Estados Unidos al establecerse el absolutista régimen nazi, en cuya Universidad de Ahmherst, en el Estado de Massachusetts, fue Profesor Emérito hasta su fallecimiento en 1971, y es autor de una serie de obras fundamentales sobre la materia, la más importante de la cuales es *Political power and the govermental process*, publicada en castellano con el título de *Teoría de la Constitución*. Loewenstein fue mi Maestro, sabio, modesto y generoso, cuyas magistrales lecciones iluminaron e iluminan mi alma y mi camino en el estudio y la enseñanza de la Ciencia Política y Constitucional. El bondadoso y notable Prólogo que escribió para mi *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* ha constituido el mayor honor y la mejor recompensa que he recibido en toda mi vida en el campo científico. Mi labor como Profesor Visitante en la Universidad norteamericana de North Carolina, durante varios años, facilitó mi contacto intelectual con el célebre politicólogo y constitucionalista, del cual tanto aprendí y de quien recibí constante estímulo en mi faena intelectual.

Durante muchos años, la República Argentina se destacó en el concierto de sus hermanas latinoamericanas por la estabilidad política,

lograda a través de la vigencia de su sabia y magnífica Constitución de 1853-1860, que consumó la unión nacional y bajo cuyas previsoras y generosas normas desarrollóse como una de las repúblicas jóvenes más prósperas y adelantadas de la tierra. Pero desde que en 1930 se interrumpiera su continuidad constitucional, el país entró en un lamentable proceso en el que la inestabilidad institucional ha sido paralela al estancamiento económico, y que ha desembocado en la aguda y profunda crisis que padecemos, que coloca a nuestra nación en un nivel que nunca hubiéramos pensado que pudiese ocupar. Y en los actuales momentos, en que todo el esfuerzo de los argentinos se dirige a superar la crisis y consolidar la vigencia del Estado Constitucional, y como si no fueran muchos los problemas que afrontamos, no faltan algunos, por fortuna pocos, que hablan de modificar la Constitución Nacional. De este modo parecería que, con criterio ligero e injusto, se pretende cargar a la Constitución, a manera de chivo emisario, con todos los pecados de gobernantes y gobernados acumulados a través del tiempo.

El país vive una etapa de importancia y proyecciones decisivas, ya que de su éxito dependerá el futuro institucional de la Nación consolidándose de manera definitiva la democracia. Durante ella deben establecerse las condiciones adecuadas —de reajuste moral, político, económico y social— que hagan posible el restablecimiento pleno, real y para siempre del imperio de la Constitución de 1853-1860, la cual debe cumplirse en lugar de reformarse.

La Constitución Nacional de 1853-1860 institucionaliza, en su letra y en su espíritu, la *Doctrina de Mayo*, surgida con el nacimiento mismo de la Nacionalidad y consustanciada con el alma y ser argentinos, solemnemente consagrada en el Acta Capitulante del 25 de Mayo de 1810, y que constituye el basamento incommovible de toda la ordenación jurídica y espiritual del país, al punto de que no podría ser removido o afectado en su esencia sin contrariar esa verdadera acta fundacional del Estado constitucional argentino.

Joaquín V. González escribió alguna vez, con palabras que deberían estar inscriptas en letras de bronce en el frontispicio de todas las escuelas, colegios y universidades de la República: "no debe olvidarse que es la Constitución un legado de sacrificios y de glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir; que ella dio cuerpo y alma a nuestra Patria hasta entonces informe, y que como

se ama la tierra nativa y el hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la Carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y al despotismo" (51).

Recuerda Alberdi en sus *Bases*, que los ingleses no remediaban las violaciones de sus grandes actas institucionales sustituyendo unos documentos por otros, sino confirmando los establecidos con anterioridad. Y agregaba: "no hemos obrado así con nuestras leyes dadas durante la Revolución; las hemos hecho expiar las faltas de sus guardianes; para remediar la violación de un artículo, las hemos derogado todas; hemos querido remediar los defectos de nuestras leyes patrias revolucionarias revocándolas y dando otras en su lugar, con lo cual nos hemos quedado de ordinario sin ninguna; porque una ley sin antigüedad no tiene sanción, no es ley". Y el ilustre Padre de nuestra Ley Suprema concluía sentenciando: "conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución" (52).

La Constitución Nacional de 1853-1860 es el auténtico y legítimo modelo y proyecto del Estado Argentino y el único e insustituible instrumento para la reconstrucción moral, política, social y económica que requiere el país, dentro de cuyo marco amplio y previsor caben todas las soluciones que exige la profunda y total crisis que nos aflige.

Nuestra Ley Suprema continúa respondiendo adecuadamente a las necesidades e ideales del pueblo argentino. Su parte dogmática; o Declaración de Derechos, protege satisfactoriamente todos los aspectos de la libertad y la dignidad del hombre, admitiendo las concepciones sociales y económicas más progresistas y adelantadas. Únicamente se requiere —nada más, pero también nada menos— que esas políticas sean elaboradas y puestas en ejecución. En la parte orgánica consagra principios e instituciones que comportan conquistas irreversibles de la civilización democrática occidental, respaldadas por la historia toda de la humanidad, y acepta, asimismo, la más profunda modernización que se necesite hacer en sus estructuras —sea en el orden legislativo, ejecutivo o judicial, y en el nivel federal, provincial o municipal— sin necesidad de reforma alguna.

(51) GONZALEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", p. 13.

(52) ALBERDI, Juan B., "Bases, Obras Selectas", t. 10, cap. XXXIV, p. 243.

El instrumento para la reconstrucción argentina no requiere pues ser creado, ya que existe: es la Constitución Nacional, violada más que cumplida, muchas veces injustamente vilipendiada, casi siempre olvidada y por pocos conocida y comprendida en su notable excelencia; magnífico instrumento moral y político, que establece el modelo del Estado Argentino, bajo cuya guía y amparo la Patria edificó su grandeza y que, como programa básico de su reconstrucción institucional y ética, le señala el único camino que ha de conducirla al sublime destino que fijaron como meta los Constructores de la Nacionalidad, por cuya consecución varias generaciones de argentinos ofrecieron lo mejor de sus existencias, con el aporte de todos los hombres de buena voluntad venidos de todas partes del mundo que, respondiendo a la generosa invitación del Preámbulo, quisieron habitar en su suelo. Como dijera el verbo inspirado de Leopoldo Lugones:

“Y la sólida regla de la Constitución,
Abrió a todos los hombres el noble pabellón,
Como árbol de justicia donde la primavera
Con sus flores azules y blancas se embandera” (53).

La Constitución posee un cuerpo y un espíritu; vale decir, una envoltura corpórea o ropaje formal y técnico, a la vez que un alma o espíritu que le insufla vida y aliento. El cuerpo puede ser modificado y hasta perfeccionado de acuerdo con la ley eterna del humano progreso. Claro está que la Ciencia Política y Constitucional, no solamente en el nivel de la teoría, sino también sobre la base de la experiencia histórica de todos los pueblos del mundo, aconseje reducir al máximo sus enmiendas, ya que la fundamentalidad y la flexibilidad que deben tener sus normas permitirán su adaptación a las nuevas situaciones, por la vía de la interpretación más que de la reforma. En cambio, el alma de la Constitución es la substancia espiritual y permanente tanto como las cosas humanas pueden serlo, integrada por el conjunto de ideas y de principios históricos, filosóficos, sociológicos, políticos, económicos, jurídicos, etc. que hacen a la esencia inmanente e inmutable de la Nación, y que han sido consagrados e institucionalizados en la Ley Fundamental de la República; por lo que la reforma de ese espíritu, y con mayor razón su cambio o supresión, comportarían la destrucción y la muerte de la Constitución, y con ello la trai-

(53) LUGONES, Leopoldo, “Los próceres”.

ción a la historia, a los ideales y a la razón misma de ser del país y de sus habitantes, así como al esfuerzo y al sacrificio de quienes construyeron la Patria y forjaron su grandeza.

La Doctrina Constitucional de Mayo es el alma o espíritu de nuestra Ley Suprema, ya que la Constitución Nacional de 1853-1860 consagró definitivamente el auténtico, único e insustituible modelo de la República Argentina, al institucionalizar la Doctrina de Mayo, surgida con el nacimiento mismo de la Patria y la Nacionalidad y consustanciada con el ser argentino, solemnemente consagrada el 25 de Mayo de 1810, y que constituye el basamento inconvencible de todo el ordenamiento jurídico y moral del país, al punto que no podría ser removido o afectado en su esencia sin contrariar esa verdadera acta fundacional y fe de bautismo del Estado constitucional argentino. Por ello, como la sombra sigue al cuerpo, ella acompaña a nuestra Nación y a nuestro Estado, que dejarían de ser tales si se la desnaturalizara o prescindiera de ella, que únicamente podría cesar con la muerte de la República en la tierra de los argentinos.

Con toda razón, Palcos encontraba uno de los mayores aciertos del *Dogma* "en erigir a Mayo en eje orientador del país. Entonces nace nuestra República. Y nace, como todos los pueblos de América, con el confesado designio de asegurar el imperio efectivo de la Libertad, Bienestar y del Derecho en estas anchas páginas. Mayo constituye un compromiso de honor para los argentinos. Representa un ideal irrenunciable, asentado en su fe de bautismo". Y agregaba que "los muchachos de la *Joven Argentina* prestan al país un servicio inestimable: restablecer el sentido de nuestra continuidad histórica, en un período en que se lo desvirtúa. En los decretos y leyes de nuestros primeros gobiernos 'hallan consignados los principios eternos que entran en el código de todas las naciones libres'. Y en la *Ojeada* insiste Echeverría: 'el problema fundamental del porvenir de la Nación Argentina fue puesto en Mayo; la condición para resolverlo en tiempo es el progreso; los medios están en la democracia, hija primogénita de Mayo; fuera de ahí, como lo dijimos antes, no hay sino caos, confusión, quimeras" (54).

(54) PALCOS, Alberto, "Prólogo", a ECHEVERRÍA, Esteban, "Dogma socialista", Ed. Universidad Nacional de La Plata, cit., p. LIII.

Los autores de la *Doctrina Constitucional de Mayo*, además de ostentar la legítima gloria de haber sentado las bases de la organización institucional de la República, nos imparten, a través del tiempo, de los éxitos y de los fracasos, la sublime lección de su optimismo y su fe inquebrantable en el triunfo definitivo de la Libertad. Porque si sufrieron persecución y exilio, en las inacabables vicisitudes del largo, difícil y cruento proceso constituyente de la Patria, fueron siempre fieles a sus convicciones democráticas y lucharon, padecieron y murieron por su victoria final sobre la opresión, el despotismo y la anarquía, para que el gobierno de las leyes y no el de los hombres fuera realidad en la tierra de los argentinos. Tal es su mensaje y también su mandato.

En la hora crucial que vive el país, es deber moral de los argentinos volver el espíritu a Mayo, buscando en sus ideas y en sus principios inspiración y guía, para que mediante el cumplimiento pleno y efectivo de nuestra magnífica, sabia y previsorá Ley Fundamental —tantas veces olvidada y escarnecida, como también por tantos ignorada—, la Libertad, el Derecho y la Justicia sean por siempre realidad en la República Argentina. Sólo así daremos cumplida ejecución al sagrado mandato de los fundadores de la Nacionalidad. Así sea. ♦

LA IDEOLOGIA DE LA CONSTITUCION

POR FÉLIX R. LOÑ

La Constitución Nacional de 1853 ¿se adscribe a una ideología definida? La respuesta a este interrogante requiere algunas reflexiones previas.

1. Qué es una ideología

En el prólogo de la obra de Dumont (Dumont, Fernand, "Las ideologías", Prólogo, p. IX) se registran varias definiciones que resulta oportuno transcribir. Luego de consignar su propio concepto de ideología ("Un sistema de ideas inscripto en las estructuras sociales"), recuerda las elaboradas por Raymond Aron: "Un sistema de interpretación del mundo social que implica un orden de valores y sugiere reformas por realizar, así como una perturbación que ha de temerse o esperarse", por Adam Schaff: "Un sistema de opiniones que, fundándose sobre un sistema de valores aceptados, determina las actitudes y los comportamientos de los hombres con respecto a los objetivos deseados relativos al desarrollo, tanto en la sociedad, como del grupo social o del individuo", y por Louis Althusser: "La ideología es un sistema de representaciones (imágenes, mitos, ideas o conceptos) que posee su lógica interior y rigor propios y está dotado de una existencia y un rol histórico en el seno de una sociedad dada". De esta recordación no se puede excluir la conceptualización de Jean Baechler (Baechler, Jean. "Qué es la ideología", Ed. Emecé, 1978, p. 55): "Es una formación discursiva polémica, merced a la cual una pasión trata de realizar un valor a través del ejercicio del poder en una sociedad".

De la lectura de las precedentes elaboraciones acerca de la ideología se pueden extraer algunos rasgos comunes: un sistema de ideas (opiniones y representaciones) que encierra una interpretación del mundo fundada en un orden de valores que determinan conductas para alcanzar ciertos objetivos deseados. La definición de Baechler incorpora otros ingredientes: una formación discursiva polémica, la pasión y el poder. La expresión "formación discursiva polémica" alude a los estados de conciencia de los individuos que se manifiestan a través de diversas apariencias (imágenes, signos, sonido, color), aunque la exteriorización más común es el encadenamiento de la palabra, es decir, el discurso. Con la pasión se pone de relieve el elemento irracional inherente a toda ideología, y con la alusión al poder se quiere destacar que la acción de los hombres incitada por la ideología tiene por meta principal apoderarse de los centros de decisión porque desde ellos se podrán proyectar y alcanzar con mayor énfasis los objetivos anhelados.

En el tema de la conceptualización de la ideología no puede omitirse la opinión de Jean Meynaud (Meynadud, Jean, "Problemas ideológicos del siglo XX, Ed. Ariel, ps. 27/29), quien realizó un ponderado estudio sobre la cuestión. El dice que una ideología "es la organización conceptual de un cierto número de fines reconocidos como deseables". Como puede apreciarse, concuerda básicamente con los rasgos indicados precedentemente. Luego de descartar la identificación de la ideología con una posición de clase o categoría social cualquiera, como pretende el marxismo, la asocia con la noción de ideas políticas. Para Meynaud, las ideologías coinciden con los "ismos" tradicionales: liberalismo, industrialismo, socialismo, etc., que representan las tendencias políticas que existen en un momento determinado en una sociedad cualquiera.

Del conjunto de criterios reseñados puede intentarse una elaboración que no pretende ser nueva sino receptor sintéticamente las notas principales que integran el concepto de ideología. Con este modesto alcance podría darse la siguiente noción de ideología: "Es un sistema de creencias y representaciones que implica una interpretación del mundo y que, bajo la forma discursiva polémica, se sustenta en los valores y la pasión determinando ambos la acción de los individuos y grupos para realizar, a través del poder, los fines deseados". Este concepto de ideología contiene elementos que requieren alguna precisión adicional.

2. Las funciones de las ideologías. La integración social

Las funciones que cumplen las distintas actividades o instituciones son indispensables para el mantenimiento del equilibrio del sistema. Cualquier perturbación en el ejercicio de esas funciones genera una disfunción que afecta a la estabilidad del sistema sociopolítico global. De allí la importancia de las funciones. Las ideologías cumplen una principal: la integración social. Dumont (Dumont, Fernand, op. cit., p. 130) al respecto dice: "Ya que las ideologías son prácticas de integración, una sociedad sin ideología ¿sería una sociedad integrada?". A continuación responde que toda cultura posee otros factores de cohesión, tales como las relaciones de producción, los procesos de socialización, los rituales, los propósitos, etc., que constituyen prácticas firmes de la convergencia. Luego argumenta que por ello si desaparecieran las ideologías no se comprometería el edificio social. Sin embargo, inmediatamente se interroga: "Pero, ¿qué ocurriría entonces?" Responde que, "por un lado, se asistiría a un pluralismo todavía más disperso de los valores... Además, los mecanismos políticos, encargados del arbitraje, no se fundarían sino en argumentos técnicos. Por una parte, una vida efervescente; por otra, una mayor eficacia... La pretensión actual de la tecnocracia en el sentido de liquidar las ideologías descansa, en realidad, en la voluntad de imponer una única ideología. El punto cero de la ideología no sería la desaparición de todas ellas, sino una ideología triunfante". Al pensamiento de Dumont cabría agregarle que la ausencia de ideologías no limitaría la dispersión a los valores sino que también se extendería a los fines, creencias y representaciones. Tal dispersión crearía una especie de situación caótica que dificultaría enormemente la toma de decisiones. Estas se adoptarían al azar o por cualquier otro medio irracional. Por ello, asevera Baechler que "la ideología se ha tornado indispensable para hacer posibles las elecciones y las decisiones".

Las anteriores reflexiones permiten arribar a algunas conclusiones:

- a) las ideologías están conformadas por elementos racionales (representaciones, creencias y valores) e irracionales (la pasión).
- b) cumplen determinadas funciones, y
- c) sirven de marcos orientadores de la acción política.

Sin las ideologías la actividad política se caracterizaría por la dispersión transformándose en un caminar sin rumbo. Una guía es necesaria para la eficacia de la acción porque permite vislumbrar con claridad los objetivos que se quieren alcanzar. No obstante, resulta difícil imaginar un desenvolvimiento orgánico de la comunidad sin el soporte de las mismas. Las ideologías surgen, entonces, como una necesidad de la evolución de cualquier agrupamiento humano.

Un aspecto que cabe destacar, y que está en conexión con lo precedentemente dicho, consiste en la subsistencia de las ideologías. Ellas pueden surgir pero para permanecer deben adaptarse al signo de las transformaciones que acaecen.

Es decir, que las ideologías rígidas, que resisten las innovaciones que introduce la evolución, tienden a sucumbir. En consecuencia, para que una ideología pueda permanecer debe contener la flexibilización suficiente para acomodarse al devenir de los tiempos.

3. La ideología de la Constitución. El pensamiento de Echeverría

Al momento de sancionarse la Constitución de 1853 la ideología de mayor arraigo era la liberal. Pero no fue la única, puesto que Esteban Echeverría, —cuya muerte prematura ocurrida en 1851— impidió que jugara un papel protagónico en la organización nacional, conocía las concepciones de los socialistas utópicos franceses cuyo credo se nutrió de la doctrina de Saint-Simon.

Echeverría plasmó su pensamiento político en su célebre obra “Dogma Socialista”. Allí expuso que “La democracia camina al nivelamiento de las condiciones, a la igualdad de clases. La igualdad de clases envuelve la libertad individual, la libertad civil y la libertad política. Cuando todos los miembros de la asociación estén en posesión plena y absoluta de estas libertades, y ejerzan de mancomún la soberanía, la democracia se habrá definitivamente constituido sobre la base incontestable de la igualdad de clases”.

Echeverría insiste en el principio de la igualdad expresando que esta y la libertad son los ejes y los principios engendradores de la democracia y que “La Democracia es el régimen de la libertad, fundado sobre la igualdad de clases”. Agrega que “Para que la igualdad se realice es preciso que los hombres se penetren de sus derechos y obligacio-

nes mutuas. La igualdad consiste en que esos derechos y deberes sean igualmente admitidos y declarados por todos, en que nadie pueda sustraerse a la acción de la ley que los formula... Todo privilegio es un atentado a la igualdad”.

En el pensamiento de Echeverría se ve claramente asociado el principio de la libertad con el de la igualdad. Y que ambos son los pilares de la Democracia.

La concepción echeverriana fue receptada en la Constitución de 1853.

La libertad aparece expresamente reconocida en el Preámbulo (“asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo...”) y en el artículo 14 que consagra los derechos civiles. A su vez, la igualdad se halla recogida en el artículo 16: “Todos sus habitantes (los de la Nación Argentina) son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la igualdad”.

3.1. Los derechos no son absolutos

Pero tanto el goce de los derechos como de la igualdad no tienen un carácter absoluto.

Respecto de los primeros la misma Constitución ha señalado que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos (de trabajar, de comerciar, de transitar por el territorio, de publicar las ideas, de asociarse, de usar y disponer de la propiedad, etc.) conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. Es decir, que las normas pueden establecer los límites del disfrute de los derechos para evitar un uso abusivo y con perjuicio para los demás.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo dijo con estos términos “Un derecho absoluto es una concepción antisocial” (“Ercolano c. Lanteri de Renghaw”, Fallos, 136:161). En cuanto a la igualdad también manifestó el Supremo Tribunal que “no es la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, sino su igualdad relativa...” (Fallos, 151:359) y que “El principio de la igualdad que establece el art. 16 de la Constitución Nacional, sólo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se conceden a otros en idénticas circunstancias” (Fallos, 123:106, entre otros).

De lo expuesto hasta ahora cabe deducir que la Constitución no adscribe a una cruda visión individualista de los derechos y que ella ha incorporado también el principio de la solidaridad.

3.2. Armonía de intereses. Nuevamente Echeverría

En este orden de ideas puede sostenerse que, según la Constitución, debe darse una armonía entre los intereses de las personas y el de la sociedad en general. De darse una exclusiva prioridad a los primeros podría producirse un antagonismo con los segundos que haría inviable la sociedad. Una vez más resulta procedente acudir a la opinión de Echeverría. El marcó que “El predominio de la individualidad nos ha perdido. Las pasiones egoístas han sembrado la anarquía en el suelo de la libertad y esterilizado sus frutos: de aquí resulta el relajamiento de los vínculos sociales... El remedio sólo existe en el espíritu de asociación. Asociación, progreso, libertad, igualdad, fraternidad, términos correlativos de la gran síntesis social y humanitaria: símbolos divinos del venturoso porvenir de los pueblos y de la humanidad”.

Puede aseverarse que la Constitución se ha alimentado de la visión echeverriana en el diseño del citado artículo 14 y 16 que, como se especificó, tuvo una interpretación por parte de la Corte Suprema acorde con el espíritu que subyace en la Ley Fundamental.

3.3. Equilibrio entre la libertad económica y la intervención del Estado

Señalada la necesaria armonía que estructura la Constitución entre las libertades individuales y el interés general de la sociedad, resulta conducente constatar si ese mismo equilibrio se da en la Carta Magna entre la libertad económica y la intervención del Estado en esa área.

Acerca de esta cuestión conviene anticipar que todo lo concerniente a la elección de un determinado orden económico es un asunto que excede el ámbito local y que está expuesto a las influencias —ideológicas y de intereses concretos— que se cruzan en el mundo. Es decir, establecer las formas y fines de las relaciones económico-sociales encierra una creciente complejidad.

La Constitución Nacional comienza delineando su régimen económico en el Preámbulo cuando proclama los fines de asegurar la libertad y promover el bienestar general. Continúa haciéndolo en los ar-

tículos 14 que, como se citó precedentemente, consagra la libertad de comercio e industria y de disponer y usar de la propiedad y 17 que afirma la inviolabilidad de la propiedad, siempre de acuerdo con las leyes que reglamenten su ejercicio. Por último, con el artículo 67 inc. 16 —de clara inspiración alberdiana pues su fuente extensible es el art. 67 inc. 3º de “Las Bases” elaboradas por Alberdi— se completa en sus lineamientos esenciales el régimen económico. El dispositivo mencionado —art. 67 inc. 16 (ahora 75 inc. 18)— tiene una importancia clave porque es el que le otorga al Congreso de la Nación la facultad de “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración..., y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales de navegación, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la incorporación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

De la norma transcrita se desprende, con nitidez, que la Constitución no estructuró un Estado ausente sino que dejó abierta la posibilidad de su intervención activa para cumplir con el propósito de promover el bienestar. No dejó librado alcanzar ese fin exclusivamente a la iniciativa individual pero tampoco la obstaculizó porque, con énfasis, afirma la posibilidad de emprendimientos individuales y por empresas, para lo cual recepta los derechos de comerciar y ejercer toda industria lícita y de usar y disponer de la propiedad.

3.4. Flexibilidad ideológica de la Constitución. Pragmatismo

En consecuencia, la Constitución no se identifica con ninguna postura ideológica ortodoxa plasmando un equilibrio entre la iniciativa individual y la intervención del Estado en la compleja trama del desarrollo de la economía.

La Constitución, por consiguiente, define este punto con pragmatismo. En ello reside un especial mérito de los Constituyentes de 1853 al rehusarse identificar a la Carta Magna con una línea ideológica definida.

Es del caso recordar que el eminente Juez de la Corte estadounidense Wendell Holmes aseveró que la Constitución de Estados Unidos no

había adoptado los principios económicos del *laissez-faire*, es decir, del individualismo a ultranza (caso Lochner, 1905, 198 US 45).

En síntesis, solamente son incompatibles con la Constitución las ideologías cerradas que no aceptan los principios y valores como tampoco el goce de los derechos y de la igualdad según los parámetros esenciales, amplios y flexibles, con que ella los cobija. No significa lo dicho que ella carezca de ideología sino que la asumida es como un piso de convicciones básicas (afianzar la justicia, consolidar la paz interior, asegurar la libertad y la igualdad) contenidas en el Preámbulo y explicitadas en el plexo constitucional, que admite múltiples alternativas cuidando siempre que en su reglamentación no se altere (art. 28, C.N.) la sustancia de los derechos y garantías.

A modo de conclusión solo resta expresar un profundo reconocimiento a los Constituyentes de 1853 por la flexible postura ideológica que asumieron al redactar la Constitución pues ello permitió que sus disposiciones pudieran adaptarse, mediante la inteligente interpretación de los jueces, a las circunstancias sobrevinientes y regir los destinos del país más allá del momento en que la escribieron. Es por esta peculiaridad que la Corte Suprema de Justicia de la Nación pudo expresar (“Carlos H. Bressani y Otros v. Provincia de Mendoza”, Fallos, 178:22, año 1937) que su interpretación (de la Constitución) auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que *dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas*, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación”. Nada mejor que la opinión vertida del Máximo Tribunal para el cierre de estas reflexiones de las que surge que, para nosotros, la Constitución es una forma abierta a la vida. ♦

LA REPUBLICA, EL PRESIDENCIALISMO, EL FEDERALISMO: LAS OPCIONES FUNDAMENTALES DE 1853

POR EUGENIO LUIS PALAZZO

1. Los rasgos fundamentales de nuestra organización institucional

1. El artículo 1º de nuestra Constitución declara que la República Argentina adopta, para su gobierno, la forma republicana, representativa y federal.

Si la constitución fuera, como pretendía Carl Schmitt, una decisión fundamental: la de constituir un estado de determinada forma; en ese artículo estaría comprimida toda nuestra constitución (*en sentido positivo*, de la teoría schmittiana).

A la luz del conjunto de las disposiciones de la constitución, de las otras fuentes del derecho constitucional y de su aplicación resulta realista caracterizar a nuestro estado como una república presidencialista antes que como una república representativa.

Sin duda que al sancionarse la frustrada constitución de 1826, en la que se origina la redacción del artículo 1º (si bien pretende imponer la unidad de régimen y no el federalismo) era muy importante destacar que nuestra adhesión a la república no implicaba la opción por la dictadura de las multitudes que había amenazado a algunas ex colonias de Norteamérica y se había concretado en la época del terror, en Francia. Por ello en ese ensayo constitucional la idea de representación incluso precede a la de república.

La *república presidencialista* nace en Estados Unidos y, al sancionarse, en 1853, nuestra Constitución, se advierte como la única alternativa a la *directorial* o *de asamblea*. La opción entre ella y la *república parlamentaria* es posterior, pues se posibilita recién al nacer ese esquema, en las leyes constitucionales de la III República francesa, de 1875. El parlamentarismo anterior, que nace en la evolución constitucional inglesa a partir de la Revolución Gloriosa de 1688 y se formula por escrito en la constitución belga de 1831, era monárquico.

En el siglo XX encontramos diversas alternativas republicanas, que merecen juicios de valor dispares. El *presidencialismo* se ha expandido en América Latina y la *república parlamentaria* en las zonas de Europa donde se ha abandonado la monarquía, aunque permanece vivo su recuerdo. El *gobierno colegiado*, sin sus excesos directoriales, ni de asamblea, continúa en Suiza e intentó consolidarse, sin éxito, en Uruguay. También aparecieron gobiernos colegiados, bajo la denominación de *repúblicas democráticas* o *democracias populares* en los países dominados por la ideología marxista, que en realidad son dictaduras de partido único. Los golpes de estado militares, cuando no originaron breves gobiernos de transición, ni desembocaron en democracias populares, ensayaron un esquema institucional que podría calificarse de *república de predominio militar* (1). Cabe distinguir en ella dos momentos, uno es la regulación del gobierno exclusivamente militar, a través de actas y estatutos, y otro es su intento de perdurar a través de mecanismos incorporados a las constituciones formales, como sucediera en Brasil y Chile.

Si desechamos los gobiernos militares, la república socialista de Cuba y muy escasos ejemplos parlamentarios o colegiados, América Latina se ha debatido entre el *presidencialismo de estirpe norteamericana*, agregándole, en forma creciente, rasgos parlamentarios; y el *presidencialismo populista, carismático*, con escaso respeto a la división de poderes y al sometimiento del estado al derecho.

En definitiva será objeto de este trabajo examinar los antecedentes de la república, el presidencialismo y el federalismo, esencialmente en nuestra patria, en los tiempos en que se dictó la Constitución de 1853.

(1) Un lejano antecedente fue la República de Cromwel, único período en el cual Inglaterra tuvo una constitución escrita.

2. La república

El recuerdo de la monarquía

2. Si bien durante casi tres siglos nuestro territorio estuvo sujeto a una monarquía, los hábitos propios de este esquema no impregnaron nuestras costumbres, al menos en medida similar a otras regiones de América, posiblemente porque recién en 1776 se instaló un virreinato, y nunca tuvo los faustos de Lima, La Habana o México.

Dos sucesos fueron el antecedente inmediato de mayo: las invasiones inglesas de 1806 y 1807 y la represión en el Alto Perú en 1809. En las primeras se adquirió conciencia de la capacidad de organización armada de nuestro pueblo, sin apoyo efectivo de la Península. La segunda provocó el visceral rechazo a los abusos del aparato militar y burocrático realista.

A partir de 1810 quedó consagrado en forma inequívoca el sistema representativo de origen popular. Si bien en mayo hubo una adhesión expresa a la monarquía, cierta para algunos, fingida para otros, ella fue expuesta sobre la base de un vínculo personal de acatamiento al rey construido sobre el asentimiento del pueblo, el respeto de sus derechos y con la intervención de sus representantes. Por otra parte muchas de las disposiciones tomadas por la Junta implicaron particularidades republicanas que tomarán forma definitiva en la Constitución de 1853.

Pese a que recibiera acusaciones de jacobino, Mariano Moreno admiraba a los pensadores girondinos, es decir a los republicanos más moderados. En sus manuscritos se han encontrado traducciones, y también aparecen referencias en notas para la Gaceta, de Volney, Fauchet y Condorcet. Ese partido obtuvo su nombre del departamento francés de Gironda, de donde procedían sus iniciadores; su capital, Burdeos, en donde había nacido Montesquieu, fue centro del republicanismo antes que París. En un artículo que no llegó a publicar en La Gaceta relata Moreno la prédica de Fouchet, Obispo de Calvados: "Se nos acusa de querer persecuciones. Nada de persecuciones. El fanatismo está sediento de ellas, la verdadera religión la rechaza, la mira con horror ... El fanatismo no es compatible con la libertad" (2). En el

(2) DÜRNHÖFER, Eduardo O., "Mariano Moreno", Ed. Dunken, Buenos Aires, 2000, ps. 78 y sigtes.

Plan de Operaciones señala: "jamás pudo presentarse a la América del Sud oportunidad más adecuada para establecer una república sobre el cimiento de la moderación y la virtud".

A partir de 1813 comenzaron a darse pasos concretos hacia la constitución. La Asamblea que se reunió ese año tuvo dicho carácter. Varios son los proyectos que se formularon en los cuales poco a poco se iría perfilando el sistema republicano, representativo y federal. En uno de ellos, del 27 de enero de 1813, se indicaba, en el artículo 2: "La soberanía del Estado reside esencialmente en el pueblo, y el ejercicio de ella en sus inmediatos delegados": es el sistema representativo.

Formalmente continuamos unidos al *rey Deseado* hasta la declaración de julio de 1816, efectuada por el Congreso reunido en Tucumán, por la cual nuestro pueblo, a través de sus representantes resolvió "invertirse del alto carácter de una nación libre e independiente del rey Fernando VII, sus sucesores y metrópoli". En sesión secreta realizada el 29 de julio se dispuso añadir "y de otra dominación extranjera".

No obstante las ideas favorables a la instauración de una nueva monarquía continuaron en el seno de ese Congreso (3). Tanto es así que la constitución de 1819 no se definió a favor de la forma republicana y podía adaptarse al régimen monárquico con relativa facilidad. Cabe recordar que por esos años en Europa habían desaparecido las repúblicas y el Congreso de Viena procuraba retornar a la situación previa a los sucesos de 1789. Aún se llevaban a cabo misiones diplomáticas con el objetivo de encontrar un príncipe a quien coronar en estas tierras.

Esta constitución no fue aceptada por las provincias, que se alzaron contra el gobierno nacional, vencíéndole en la batalla de Cepeda y obligando a Buenos Aires a firmar, con las provincias del litoral, el Tratado del Pilar. A partir de éste se abandonaron las ideas monárquicas, ya que los caudillos eran decididamente republicanos.

La opción por la república

3. En la frustrada constitución de 1826, el artículo 7 de la Sección III "De la forma de gobierno" dice: "La Nación Argentina adopta para su

(3) VARELA, Luis, "Historia constitucional de la República Argentina", La Plata, 1910, t. III, ps. 217 y sigtes.

gobierno la forma representativa, republicana y consolidada en la unidad del régimen". Se trata de la fuente histórica más directa del artículo 1º de 1853, omitiendo el conflicto entre unitarismo y federalismo. Caben recordar las dificultades de los tiempos: en lo externo era la época de apogeo de la Santa Alianza y estábamos en plena guerra contra Brasil, recién declarado imperio independiente; en lo interno las provincias rechazaban la solución unitaria.

Las referencias a la forma de gobierno no ocuparon en general un lugar importante en los pactos, aunque unánimemente las provincias optaron, en sus propias cartas, por el modelo republicano.

La proclamación de la república representativa fue indubitada en el Acuerdo de San Nicolás y en el artículo 1º de 1853.

Este rechazo a la monarquía constituye un principio aceptado por toda iberoamérica desde hace más de un siglo. Las últimas datan de 1867 (México) y 1889 (Brasil).

Pero más allá de ser proclamada, la república requiere elecciones, periodicidad, división de poderes, garantía de los derechos, publicidad y responsabilidad (4). Veamos algunos de esos rasgos.

Las elecciones y la lucha por el derecho al sufragio

4. Si bien existen diversos métodos de participación de los ciudadanos en la adopción de decisiones políticas, la democracia, en cuanto forma de gobierno, reconoce como rasgo distintivo al sufragio como técnica de acceso al poder. La lucha por la democracia, a partir de principios del siglo XIX, coincidió en occidente con la lucha por la ampliación y pureza del sufragio.

Las restricciones y las formas de superarlas adquirieron connotaciones propias en cada país, no exentas de anécdotas llamativas: En Francia una de las ordenanzas que precipitaron la revolución de 1830 disponía no contar el impuesto de las patentes para la formación del censo electoral, lo que eliminaba de aquél a los industriales y comerciantes. En Inglaterra hasta 1832 mantenían su representación los

(4) También las modernas monarquías constitucionales presentan estos rasgos, salvo con relación al rey, que no es electo, ni tiene previsto un juicio de responsabilidad política.

burgos llamados "podridos", que habían sido abandonados o donde sólo permanecían algunas docenas de electores fáciles de comprar. El pago de tasas para votar recién fue suprimida definitivamente en Estados Unidos a través de la enmienda XXIV, ratificada en 1964 (5).

En nuestro país se verifica un proceso análogo. Antes de la independencia la participación popular estaba únicamente encausada a través de los cabildos abiertos, asambleas a las cuales concurrían quienes integraban "la parte más sana y principal" de la población. Una de estas reuniones da origen a los sucesos de mayo de 1810, que van a culminar con nuestra independencia.

En la revolución del 8 de octubre de 1812 nuevamente el Cabildo, a petición del pueblo, reasumió la autoridad que aquel le había delegado en mayo de 1810 y designó al segundo triunvirato. En el decreto del 24 de octubre de 1812 se dispuso una elección en dos grados para nombrar los diputados a la Asamblea del año XIII: los vecinos de cada cuartel designaban un elector y éstos reunidos en el Ayuntamiento, determinaban quién o quiénes representaban a la ciudad (6).

Entre los documentos posteriores se destaca el Estatuto de 1815, que reglamenta detalladamente el tema con un espíritu amplio: podía votar todo hombre libre, mayor de 25 años o emancipado, incluso los extranjeros que hubiesen residido en el país más de cuatro años. Se preveían listas dobles para un mejor control (7).

En cambio la constitución de 1826 suspendía el ejercicio de la ciudadanía a quienes fueran: "criado a sueldo, peón jornalero, simple soldado de línea".

5. El texto de 1853, con distinto criterio, no regula las causales de suspensión del ejercicio de los derechos políticos. Cabe recordar que

(5) HAURIUO, André, "Derecho constitucional e instituciones políticas", Ed. Ariel, Barcelona, 1971, ps. 285 y sigtes.

(6) VARELA, Luis V., "Historia constitucional de la República Argentina", La Plata, t. II, 1910, ps. 226 y sigtes.

(7) RAMELLA, Pablo, "Derecho constitucional", cuya primera edición data de 1962. La segunda, actualizada, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 432.

de acuerdo con la mayoría de los autores (8) y la jurisprudencia de la Corte Suprema en los casos Mayor Salinas (9) y Lanteri de Renshaw (10), la Constitución utiliza como sinónimos las expresiones nacional y ciudadano, refiriéndolas a la condición de argentino, independientemente de si goza o no de derechos políticos.

Pero al reglar la elección de diputados señala, además de su carácter directo, que ella corresponde al pueblo de las provincias y de la capital (art. 45) y añade, repitiendo una disposición de la constitución de 1826: "Por esta vez las legislaturas de las provincias reglarán los medios para hacer efectiva la elección directa de los diputados de la Nación; para lo sucesivo el Congreso expedirá una ley general" (art. 49). Ella también debía aplicarse para la designación de electores presidenciales, que se hicieron "bajo las mismas formas prescriptas para la elección de diputados" (art. 81 del texto de 1860).

No obstante nuestra historia constitucional posterior registra largas épocas en las que imperaba el fraude, con anterioridad a 1912, entre 1932 y 1943, y luego hubo proscripciones, manejo de la propaganda estatal y otras variantes que afectaron la pureza en los comicios.

La división de poderes

6. Antes de la independencia no existieron, como en Estados Unidos de Norteamérica, legislaturas locales. La participación popular estaba únicamente encauzada a través de los cabildos abiertos, asambleas a las cuales concurrían quienes integraban "la parte más sana y principal" de la población. Una de estas reuniones da origen a los sucesos de mayo de 1810, que van a culminar con la declaración de nuestra independencia en 1816.

La incorporación de los diputados del interior a la Primera Junta dio origen a un sistema colegiado de gobierno, Junta Grande primero, triunviratos más tarde. El primer Triunvirato quedó a cargo del Ejecutivo y el resto de los componentes de la Junta Grande constituyó la

(8) Entre otros cabe citar a GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan, ob. cit. en nota xxx, t. II, ps. 251 y sigtes.; BIDART CAMPOS, Germán, "Derecho constitucional", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1968, t. I, ps. 394.

(9) Fallos 147:282.

(10) Fallos 154:289.

Junta Conservadora. Dicha Junta dictó un Reglamento el 22 de octubre de 1811, que fue el primer documento de nuestra historia constitucional que intentó instaurar la división de poderes. El artículo XIII de dicho Reglamento puso al Poder Ejecutivo bajo su control: "El Poder Ejecutivo será responsable a la Junta Conservadora de su conducta publica".

Esto generó un enfrentamiento que culminó con la disolución de dicha Junta y el dictado de un nuevo reglamento, el 19 de febrero de 1812, que si bien previó la creación de una asamblea, la difirió a la convocatoria del triunvirato, con lo que quedaba de manifiesto la escasa predisposición para aceptar dicha división por parte del ejecutivo residente en Buenos Aires.

Los congresos nacionales que iniciaron sus tareas, entre las que se incluía dictar la constitución, en 1813, 1816 y 1824, fracasaron. A partir de la desaparición del gobierno nacional, en 1820, empezaron a organizarse política y jurídicamente las provincias, que dictaron sus propios documentos constitucionales, que establecieron legislaturas que, en general perduraron. La primera de esas constituciones, de Santa Fe, dictada en 1819, la denominó Representación de la Provincia, previó una reunión anual, a partir del 1º de enero, y la posibilidad del gobernador de convocarla en cualquier momento. En Buenos Aires la Junta de Representantes comenzó a funcionar después de la primera batalla de Cepeda y el 6 de junio de 1820 dictó un reglamento limitando las facultades del Poder Ejecutivo. En Mendoza se creó, a propuesta del Gobernador Godoy Cruz, en Cabildo Abierto, el 11 de julio de 1820, la Junta Representativa del Pueblo. Este camino fue seguido por las demás provincias.

El principio de la división de poderes se formuló con claridad en la Constitución de Tucumán de 1820, que denominó Congreso Provincial al órgano legislativo; en el Estatuto Provisorio Constitucional de Entre Ríos de 1822; y en todos los documentos posteriores.

Si bien la división de poderes no es un tema propio de los pactos interprovinciales, excepcionalmente apareció en el Tratado de Unión entre Buenos Aires y la Banda Oriental del 11 de septiembre de 1811, donde se previó la realización de una asamblea legislativa integrada por representantes de los dos estados signatarios, la cual nombraría un ejecutivo general con la función de hacer cumplir las leyes que

sancionara la asamblea legislativa, reglamentando su ejecución sin alterarlos.

El texto de 1853 incorporó la división de poderes con más cuidado que el proyecto de Alberdi, pues si bien aceptó un ejecutivo fuerte, no le otorgó todo el vigor que pretendía el tucumano, inspirado en la constitución chilena.

7. La distinción e independencia del poder judicial también se logró con esfuerzo. Mucho más requirió el otorgarle el control sobre la constitucionalidad de las leyes y, en general, sobre el accionar de los poderes políticos.

En la América hispana, como en todo el orbe previo a la difusión del constitucionalismo, las funciones de justicia y gubernativa se hallaban superpuestas. Poseían atribuciones judiciales los alcaldes de 1º y 2º voto, dentro de los cabildos, que entendían en las causas civiles y criminales en primera instancia; los consulados, para las cuestiones comerciales; las reales audiencias, como segunda instancia; y en España la Casa de Contratación y el Consejo de Indias, que culminaba la organización judicial, como última instancia, pero con numerosas restricciones en cuanto al monto y tipo de causa, a fin de no desatender sus funciones de gobierno.

En la organización provisoria, establecida en mayo de 1810, se mantuvo en la Audiencia el ejercicio del poder judicial. Sin embargo, casi inmediatamente, por razones políticas, se expulsó a los oidores españoles. El primer triunvirato, en 1812, sancionó un reglamento "de institución y administración de justicia" que sustituyó a la audiencia por una cámara de apelaciones.

El proyecto de la Sociedad Patriótica preveía que el "Supremo Poder de Justicia" residiría en nueve magistrados. La comisión oficial, en cambio, propuso establecer, dentro siempre de un esquema unitario, una Corte Suprema, un tribunal superior en cada provincia, jueces letrados en cada partido y alcaldes en todos los pueblos. Los estatutos provisorios de 1815, 1816 y 1817 establecieron un tribunal de recursos extraordinarios de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria, cámaras de apelaciones y juzgados inferiores.

La constitución de 1819 instituía, en cambio, una Alta Corte de Justicia, compuesta por siete jueces y dos fiscales. Su similar de 1826

mencionaba una Alta Corte, tribunales inferiores y demás juzgados establecidos por la ley, pero no disponía acerca de su composición.

8. La superposición de una distribución territorial y otra funcional del poder que ocurre en los estados federales y en las confederaciones implica cuestiones adicionales en punto a la organización y competencia del Poder Judicial.

Los Artículos de Confederación y Paz Perpetua, previos a la constitución norteamericana, sólo facultaban al Congreso para crear tribunales a fin de resolver en casos de piratería y presas marítimas. El congreso mismo era corte de apelación en las cuestiones sobre límites y otros conflictos entre los estados.

Al organizar constitucionalmente el poder judicial federal, como en lo referido al Congreso, se sumaron a la pretensión de aplicar las ideas de Locke y Montesquieu sobre división de poderes, las necesidades concretas de una mayor centralización: se pasaba de una confederación a un estado federal.

El artículo III de la constitución de 1787 se ocupa del poder judicial. Prevé la existencia de una Corte Suprema y de tribunales inferiores creados por el Congreso.

La *Judiciary Act* debatida durante 1789, fijó en seis el número de miembros de la Corte, que celebraría dos sesiones por año. Creó además, trece jueces de distrito y tres cortes de circuito, integrada por dos miembros del Alto Tribunal y un juez de distrito (11).

9. Los proyectos de Albèrdi y de Angelis utilizan la denominación Corte Suprema. El primero también cita a los tribunales inferiores creados por la ley. El segundo, sin hacerlo, en cambio prevé que la Corte se integraría con nueve jurisconsultos, entre ellos un fiscal y un secretario.

El texto de 1853 disponía que la Corte Suprema se integraría con nueve jueces y dos fiscales y también que hubiera tribunales inferiores, que establecería el Congreso. Aun cuando el presidente Urquiza designó a sus miembros en 1854, la Corte no llegó a constituirse.

(11) SWISHER, Carl, "El desarrollo constitucional de los Estados Unidos", Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. I, 1958, ps. 52 y sigtes.

En la reforma de 1860 se suprimió toda mención al número de integrantes de la Corte. La ley 27 dispuso que estaría integrada por cinco jueces y un procurador general. El 5 de enero de 1863 comenzó su existencia.

La periodicidad de los cargos

10. El principio de periodicidad fue consagrado, en 1853, para todos los cargos electivos. Se estableció la duración del Presidente en seis años, la de los senadores en nueve y la de los diputados en cuatro. Para las cámaras legislativas, además, se impuso la variante de la renovación periódica: por tercios, cada tres años, para senadores; por mitades, cada dos años, para diputados.

La constitución de Estados Unidos fijó en cuatro años el período presidencial, la cámara de representantes se renueva íntegramente cada dos años, los senadores duran seis y se renuevan por tercios. En la constitución de Cádiz, las Cortes se renovaban totalmente cada dos años. La constitución uruguaya de 1830 preveía la renovación íntegra de la Cámara de representantes cada tres años y por tercios del Senado, cada dos años, pues los senadores duraban seis. La de Venezuela, del mismo año, establecía cuatro años para diputados y senadores, pero estos últimos se renovaban por mitades cada dos. La constitución chilena de 1833 renovaba la Cámara de Diputados íntegramente cada tres años, los senadores duraban nueve, renovándose por tercios cada tres años. El presidencialismo francés de 1848 establecía una cámara única, que se cambiaría totalmente cada tres años.

La constitución de las "Provincias Unidas en Sudamérica", de 1819, se inclinó por cuatro años para los diputados, renovando la mitad cada dos años, y de doce años para los senadores, cambiando un tercio cada cuatro años. La constitución de 1826 estableció en nueve años el plazo de duración de los senadores, renovables por tercios, y en cuatro años el período de los diputados, renovables por mitades. Alberdi, en su proyecto, previó en seis años la duración de los senadores (uno por cada provincia), renovables por tercios, pero omitió considerar la duración de los diputados.

Como puede observarse la tendencia general del derecho comparado era la renovación íntegra de la cámara baja y paulatina de la alta. No sucedía así en las frustradas constituciones patrias de 1819 y 1826,

fuente histórica que acató el texto de 1853. En este diseño, en los países presidencialistas, deben coordinarse los plazos de renovación de las cámaras con la duración del Poder Ejecutivo. La renovación simultánea de todos los cargos facilita la tarea del nuevo presidente, mientras que la paulatina y la ausencia de simultaneidad extrema los contrapesos.

11. El problema más preocupante del presidencialismo es la reelección presidencial. La Constitución de Filadelfia fijó su duración en cuatro años, pero nada decía acerca de la posibilidad de reelección. Washington accedió a un segundo período a disgusto y rehusó absolutamente aceptar el tercero, explicando sus razones en su discurso de despedida. Adams no obtuvo ni una primera reelección. Jefferson si la logró, pero también indicó que no iba a aceptar un tercer período, pues ello podría desnaturalizar la naturaleza republicana de la institución al transformarla en un poder vitalicio (12).

A partir de estos precedentes se consideró una costumbre constitucional que ningún presidente podía aspirar a ser reelecto por más de un período. No obstante Roosevelt quebró aquella tradición, pues durante la segunda guerra mundial obtuvo un tercer y cuarto mandato. La enmienda XXII, propuesta en 1947 y ratificada en 1951, convirtió en norma escrita la tradición inaugurada por Washington y Jefferson: nadie podrá ser elegido por más de dos períodos. Esta redacción excluye la posibilidad de un tercer mandato aun cuando no fuere consecutivo.

La constitución francesa de 1848 propuso el mismo lapso: 4 años, pero prohibiendo la reelección si no pasa un intervalo igual.

12. Nuestros antecedentes resultaban, en general, restrictivos de la posibilidad de reelección.

El proyecto de la Sociedad Patriótica establecía para el cargo de Presidente una duración de tres años y que no podía ser reelegido hasta pasados seis de su gobierno. Por su parte el proyecto federal, de inspiración artiguista, fijaba el término de dos años e impedía también la reelección.

(12) SWISHER, Carl, ob. cit. en nota anterior, t. I, p. 131.

La constitución de 1819 estableció para el Director del Estado un período de cinco años y requirió dos tercios de cada cámara para que pudiera extender su mandato por otro lapso igual, una sola vez. El texto de 1826 también se inclinó por los cinco años, pero aclaró que no podría ser reelecto a continuación.

En definitiva el texto del artículo 77, de la numeración de 1860, fue tomado de Alberdi, pero incluyó, a diferencia de éste, también al vicepresidente. Disponía que ambos duraban en sus empleos el término de seis años y no podían ser reelegidos sino con intervalo de un período.

En una nota a su proyecto señalaba el autor de Las Bases: "Admitir la reelección es extender a doce el término de la presidencia. El presidente tiene siempre medios para hacerse reelegir y rara vez deja de hacerlo. Toda reelección es agitada, porque lucha con prevenciones nacidas del primer período, y el mal de la agitación no compensa el interés del espíritu de lógica en la administración, que más bien depende del Ministerio".

La publicidad de los actos de gobierno

13. La mayoría de las constituciones han omitido formular, en forma expresa, el principio de publicidad. Otras lo enuncian como criterio general, pero admiten excepciones por vía reglamentaria, o por decisiones de la mayoría, simple o calificada.

La Constitución Argentina, hasta 1994, no imponía explícitamente ni la publicidad de las sesiones del Congreso, ni de los actos de gobierno. Ella surgía del principio republicano enunciado en los artículos 1 y 33 y está impuesta por el artículo 2 del código civil.

No obstante en dos ocasiones nuestra Carta Magna disponía una publicidad específica, encomendándosela a "la prensa", expresión que debe entenderse como una carga pública impuesta a los medios de comunicación: a) en caso de insistencia, que derrote un veto del Ejecutivo, establece (ello se mantuvo en 1994) que "tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa" (art. 83, actual), obligación que los medios de comunicación no cumplen, aunque informen sobre el hecho; b) al prever el escrutinio de las votaciones de

las juntas de electores a Presidente y Vice, por parte del Congreso, reunido en Asamblea, y eventualmente la elección entre los más votados si ninguno obtenía mayoría absoluta (mecanismos derogados en 1994), indicaba que se publicaran los resultados y las actas electorales por la prensa (art. 85 de la numeración anterior), lo que tampoco se hacía, al menos con el detalle que requería el texto constitucional.

3. El presidencialismo

Las instituciones indianas

14. En una primera etapa, la conquista de América fue realizada por particulares, que convenían con la corona la contraprestación por sus servicios en documentos llamados capitulaciones. Los jefes de estas expediciones, denominados Adelantados, ejercían un fuerte liderazgo sobre sus subordinados. Unos y otros mantenían, como referencia común, la lealtad a la persona del rey.

Acompañando el proceso de centralización en España, durante los Austrias, también en América la administración española fue ejercida por intermedio de funcionarios de carrera. La actividad ejecutiva corrió principalmente a cargo de los virreyes, capitanes generales o gobernadores, órganos, todos ellos, unipersonales. Al argumentar a favor del presidencialismo Alberdi, en *Las Bases*, trae como antecedente a las autoridades ejecutivas unipersonales, y menciona al virrey (13).

En Hispanoamérica el título de Presidente fue otorgado al funcionario que encabezaba un órgano colegiado: la audiencia. Esto responde a la etimología de esta denominación, pues significa tener el asiento principal en la reunión de un cuerpo colegiado, ser el primero de ellos.

Cuando la audiencia coincidía con un virreinato, el virrey ejercía las funciones de presidente. Si, en cambio, estaba radicada en la sede de una gobernación o capitán general, como en Santo Domingo, Panamá, Guatemala, Manila, Chile y después Caracas, el gobernador y capitán general era el presidente de la audiencia. Si era un distrito sólo de audiencia, como Quito, Guadalajara, Charcas y Cuzco, existía un

(13) Juan Bautista ALBERDI los cita como antecedente de nuestro Poder Ejecutivo en "*Las Bases*", capítulo XXV.

funcionario específico denominado presidente (14). Tuvo singular relevancia el Presidente de la Audiencia de Chile, que usaba ese título. Esa raíz historicista influye en el constitucionalismo trasandino, y a través de Alberdi, en el nuestro.

15. En el territorio que ocupó el virreinato del Río de la Plata existió una audiencia en Charcas desde 1559 y otra en Buenos Aires a partir de 1661.

Fue largo y laborioso (15) el proceso de fundación de la primera audiencia. Tuvo influencia decisiva, en el Consejo de Indias, el voto de Juan de Solórzano Pereira. A la lejanía de Charcas se sumaba la necesidad de perseguir el contrabando, cuestión que llevó a desechar a Córdoba. Por ello se decidió que el Presidente fuera "de capa y espada", para que se desempeñara también como Gobernador y Capitán General. Abarcaba las provincias del Río de la Plata, Paraguay y Tucumán. El primer presidente fue José Martínez de Salazar. Se destacó, por la defensa del comercio por el Puerto de Buenos Aires, el Oidor Alonso de Solórzano y Velazco.

En la consulta al Consejo de Indias sobre los inconvenientes surgidos con motivo de la creación de esta Audiencia, el 30 de noviembre de 1671 se señaló que la experiencia había demostrado que no se evitaron las arribadas forzosas de navíos extranjeros, pues la Audiencia se valía de pretextos para su admisión, pero se reconoció que se había extendido la administración de justicia en lo dilatado de las tres provincias. Se dispuso su extinción por Real Cédula del 31 de diciembre de 1671.

El modelo de los Estados Unidos de Norteamérica

16. La Constitución de Filadelfia establece una república federal, con una división de poderes de cierta rigidez en la que prevé un Poder Ejecutivo unipersonal, con el título de Presidente. En general en las repúblicas que hasta entonces existieron, previas al constitucionalis-

(14) POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, "Las reales audiencias en las provincias americanas de España, Ed. Mapfre, 1992, ps. 39 y sigtes.

(15) Así lo califica LEVENE, Ricardo, "Historia del derecho argentino", Ed. Kraft, Buenos Aires, t. II, 1946, p. 370.

mo, el Ejecutivo era colegiado. Hauriou (16) señala: La organización del Ejecutivo, a cuya cabeza está situado un presidente, del que dependen estrictamente los ministros, y que es a la vez jefe de Estado y jefe de Gobierno, es el elemento más original de la Constitución americana”.

Hamilton (17) sostiene que el principio general de la autoridad ejecutiva es que fuera unipersonal y la analogía, entre las instituciones conocidas, debe efectuarse con el gobernador de una ex-colonia (en concreto menciona el Estado de Nueva York) y no con un monarca hereditario. Considera que un Ejecutivo vigoroso no resulta incompatible con el espíritu del gobierno republicano: “Al definir un buen gobierno, uno de los elementos salientes debe ser la energía por parte del Ejecutivo. Es esencial para proteger a la comunidad contra los ataques del exterior; es no menos esencial para la firme administración de las leyes; para la protección de la propiedad contra esas combinaciones irregulares y arbitrarias que a veces interrumpen el curso normal de la justicia; para la seguridad de la libertad en contra de las empresas y los ataques de la ambición, del espíritu faccioso y de la anarquía”.

17. Pero la Carta de 1787/89 no sólo creó una magistratura electiva unipersonal a cargo del Ejecutivo, sino que diseñó un sistema de frenos y contrapesos que permiten a un poder oponerse al otro, de acuerdo con reglas precisas. En definitiva se estableció un sistema de equilibrios que ha funcionado en forma dinámica, pues ha permitido, en situaciones críticas un fuerte liderazgo presidencial, en etapas de mayor tranquilidad el predominio del Congreso, mientras que la Corte Suprema ha ejercido un poder moderador en situaciones conflictivas y ha moldeado los hábitos comunitarios, al ampliar o restringir libertades (18). En apretada síntesis en esto consiste el sistema presi-

(16) HAUIROIU, André, ob. cit. en nota 5, p. 455.

(17) HAMILTON, MADISON y JAY, “El Federalista”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974, ps. 291 y sigtes.

(18) HAUIROIU, André, en ob. cit. en nota 5, ps. 474 y sigtes. reseña que se han sostenido las tres alternativas: gobierno del Congreso, de los jueces y presidencial, con sólidos argumentos. Se inclina, por la tercera, en la situación de predominio mundial que posee Estados Unidos, pero acepta que las otras descripciones han sido válidas en otras etapas.

dencialista norteamericano, al que suele denominarse *puro*, en oposición a esquemas de predominio del presidente, propios de Latinoamérica.

Por supuesto que, además de las normas, los estilos de los presidentes, sobre todo los primeros, moldearon la institución. Se ha señalado: "Como el cargo de Presidente había sido creado recientemente, no existía tradición alguna que orientara a sus primeros ocupantes. Aún cuando un artículo entero de la Constitución estaba dedicado al Poder Ejecutivo, el carácter del Presidente quedó determinado en parte por los primeros hombres designados para dicha función. Íntimamente nadie podría predecir cómo habría sido dicho cargo si durante las primeras décadas del gobierno bajo la Constitución George Washington no hubiera sido nombrado como primer Presidente. Sus escritos y el registro de sus actividades no indican una brillantez o una cultura semejante a la de Madison, Jefferson, o quizá otros. Carecía de las cualidades vívidas de los dirigentes populares, como las demostradas años más tarde por Jackson, Lincoln y los dos Roosevelts. Cuando asumió el mando, sin embargo, gozaba de la confianza y veneración de todo los grupos y secciones de país. Era el símbolo de una nación unida. Si no poseía algunas de las cualidades constructivas del estadista, sabía como aprovechar las habilidades de otros hombres que tenían en campos especializados mentes ágiles, o gran facilidad de expresión, o conocían más las técnicas de la estrategia política que él mismo. Quizás su contribución a la ciencia del gobierno fue muy escasa; no obstante el barco del estado se mantuvo firme mientras se estaba construyendo la maquinaria del nuevo gobierno" (19).

18. Los manuscritos de Moreno y el proyecto federalista auspiciado por Artigas para la Asamblea del año XIII receptan el esquema norteamericano, que se va a volcar con mayor elaboración en la frustrada Constitución de 1826. Sin duda constituye la fuente histórica originaria y más importante de nuestro presidencialismo.

La presencia de los caudillos

19. Al explicar los criterios de legitimidad que concurren en una república presidencialista Sánchez Agesta, señala que combina varios de ellos, es decir que se trata de una forma mixta "en que el principio

(19) SWISHER, Carl, ob. cit. en nota 11, t. I, p. 102.

democrático está ampliamente embebido en el fundamento constitucional y matizado por el liderazgo o caudillaje de un presidente" (20).

Una de las diferencias entre la república parlamentaria y la presidencialista, en cuanto a los criterios de legitimidad que la sustentan, es que en la primera el pueblo mantiene vivo el recuerdo de una monarquía, que ha habituado a la opinión pública, cuando se han restringido las atribuciones del rey, a la distinción entre la jefatura del estado y la jefatura del gobierno; mientras que en la segunda una tradición carismática requiere que el presidente asuma con plenitud ambas (21).

20. Durante los conflictos por la emancipación, primero, y por la organización, después; el caudillo nace en los pueblos del interior y luego en el ámbito rural de la provincia de Buenos Aires, como expresión espontánea del poder político local. Generalmente pertenecían a los estratos superiores de la sociedad, por su nivel cultural y económico, pero aún unían a ello un amplio poder de comunicación con los sectores populares, derivado, en parte, de sus maneras campechanas, contrarias al refinamiento de los hombres de frac y levita. Ocupaban el cargo de gobernador de la provincia.

Rosas desarrolló en los hechos la existencia de un poder central sobre todo el país y sin duda fue el más importante caudillo de la provincia de Buenos Aires. Resulta difícil afirmar que esa relación carismática, que esa compenetración existió con los habitantes de otras regiones de la Confederación, que reconocían sus propios líderes. Éstos, a su vez, aceptaban a Rosas como *primus inter pares*, sin duda por sus calidades de mando, pero también por la hegemonía del puerto y la aduana de Buenos Aires.

Les caben similares reflexiones a dos de los primeros presidentes constitucionales —Urquiza y Mitre— que tuvieron como antecedente inmediato del acceso al cargo, el desempeño de la gobernación de su provincia y, además, encabezaron un movimiento militar contra el

(20) SÁNCHEZ AGESTA, Luis, "Curso de derecho constitucional comparado", Ed. Universidad de Madrid, 1974, ps. 51 y sigtes.

(21) PALAZZO, Eugenio Luis, "Raíces histórico políticas del régimen presidencialista argentino", en Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 1987.

poder central, que en definitiva posibilitó su designación. En realidad como presidentes que poseyeron un particular poder carismático dilatado en todo el territorio fueron Hipólito Irigoyen y Juan Domingo Perón. Otros presidentes, sin aproximarse siquiera a la popularidad de Irigoyen y Perón, ejercieron un efectivo liderazgo sobre sus partidos. Roca dominó la política nacional durante tres décadas y también gozaron de influencia y respeto Avellaneda, Pellegrini, Figueroa Alcorta, Roque Sáenz Peña, Justo y Frondizi.

El presidencialismo en la Constitución de 1853

21. Ni los convencionales reunidos en Santa Fe desde noviembre de 1852, ni los reformadores en 1860 tuvieron otra alternativa que la república presidencialista. Era impensable instaurar una monarquía, aun parlamentaria; o un esquema colegiado, que además de haber sido prácticamente abandonado en el derecho comparado, dificultaría enormemente la tarea de lograr la unidad nacional.

Uruguay, aliado en la lucha contra Rosas, tenía una república presidencialista desde la Constitución de 1830, Chile, donde vivía Alberdi, había vuelto a tener presidente desde 1826 y logrado consolidar sus instituciones en la Constitución de 1833. Paraguay había dictado, en 1844, una constitución que por primera vez receptaba la teoría de la división de poderes, y Antonio López fue nombrado presidente por diez años. Perú, luego de derrotada la confederación con Bolivia y el Protectorado de Santa Cruz, Gamarra asumió con el título de Presidente y promulgó la Constitución de Huancayo, en 1839, de carácter conservador. Colombia, con diversas orientaciones y delimitaciones territoriales, mantenía el cargo de Presidente desde la constitución de 1821. Venezuela lo hacía desde su separación de Colombia y el dictado de la constitución de 1830.

La república parlamentaria aún no había nacido en el mundo. Recién apareció en la III República Francesa, a través de las leyes constitucionales de 1875.

En el Congreso de Santa Fe no hay ninguna propuesta distinta, todos se inclinan por el presidencialismo. El término de seis años y la forma de elección aparecen en Alberdi, pero esta última se sustenta en el texto norteamericano.

4. El federalismo

Origen y expansión del federalismo

22. El sistema federal es, en esencia, una solución intermedia entre la desconcentración de las confederaciones y el centralismo unitario; dos esquemas que, a diferencia del que nos ocupa, tienen antecedentes desde la antigüedad. Nace en la Convención de Filadelfia, en 1787, frente a la necesidad de organizar un gobierno de mayor fortaleza, pero que también respetara la diversidad entre estados. Pronto se instala, el debate entre unitarios y federales, en el proceso de la emancipación de Hispanoamérica. La constitución venezolana de 1811 adapta el modelo norteamericano. En el Río de la Plata lo plantea Artigas, y también Moreno, entre cuyos papeles se ha encontrado una traducción, con modificaciones, del texto de 1787 (22).

El federalismo se expande, en diversas etapas del constitucionalismo que ya he referido, y en la actualidad responden a esta forma de Estado quince países: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Estados Unidos, India, Malasia, México, Nigeria, Rusia, Suiza y Venezuela.

En algunos de esos países se llega al federalismo desde una confederación, en un proceso de centralización, de búsqueda de una mayor autoridad a través de un acuerdo entre los futuros integrantes, históricamente preexistentes, como Estados Unidos, Suiza, Argentina (23)

(22) DÜRNHÖFER, Eduardo O., ob. cit en nota 2, p. 106.

(23) Se ha debatido extensamente acerca de la génesis de nuestro Estado y de la preexistencia de las provincias que habrían concurrido a formarlo. Ver al respecto MARTÍNEZ PERONI, José Luis, "Nación y provincias en los orígenes del Estado Federal Argentino", en *Idearium*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, 1991, p. 67. Cabe destacar que, como muchos han sostenido, a partir de 1820 la forma de estado vigente en nuestro país fue una confederación, por lo cual el paso al estado federal no fue, como tampoco ocurrió en Estados Unidos, desde estados independientes, sino que se realizó en un proceso de concentración de una confederación ya existente. En esa forma de estado se requiere, para las decisiones trascendentes la conformidad de los estados miembros, pero ya existe una unión que es la que modifica su forma. El cambio de una confederación a un estado federal no implica la aparición de un nuevo estado, sino una transformación sustancial, pero que no afecta la continuidad del estado. La Argentina nace en el proceso emancipador que culmina al declarar su independencia, en 1816. Se suceden la forma unitaria, el riesgo

y Alemania. En otros el federalismo aparece por decisiones de un poder unitario anterior, cuyo objetivo es la descentralización, como Brasil, Canadá, Austria y Bélgica (24).

También encontramos federalismos expansivos, de países en avance territorial, que han utilizado este esquema institucional para incrementar su ámbito territorial, como Estados Unidos, Alemania y Brasil. Otros provienen de procesos de desintegración de unidades geográficas más amplias, por ejemplo Argentina, Venezuela y Austria.

El federalismo en los antecedentes patrios

23. Uno de los primeros actos de la Revolución de Mayo fue el envío de las circulares del 25 y 27 de mayo de 1810. Diferentes en sus objetivos, ambas coinciden en pasar por sobre los intendentes e invitar directamente a las villas y pueblos a que envíen a sus representantes a Buenos Aires, otorgando, de esta forma, gran protagonismo a esas circunscripciones y efectuando un reconocimiento histórico y legal de su existencia a la par de manifestar la necesidad del apoyo de las ciudades del interior.

San Martino de Dromi (25) cree ver en este hecho el origen legal de las provincias y su vocación federalista. El tema ha sido muy debatido desde el siglo XIX. Una interpretación, formulada inicialmente por

de disolución, la secesión de Paraguay, el Alto Perú y Uruguay, la consolidación de una confederación a partir del Pacto Federal de 1831, para llegar a la constitución de una federación en 1853.

(24) Explica ALBERDI: *"el punto de partida de cada federación es la llave de su jurisprudencia; porque no todas las federaciones parten del mismo punto ... Los antecedentes históricos y políticos, las condiciones peculiares del modo de ser de cada país ... que le sirven de origen y punto de partida, deben ser la base de su organización y la clave de su jurisprudencia. Ellos obran como una fuerza que es preciso conocer y estudiar, para organizar la unión federal y para hacerla valer en sus aplicaciones prácticas después de organizada"*, en "De la integridad nacional de la República Argentina bajo todos sus sistemas de gobierno", en "Organización de la Confederación Argentina", Madrid, Pablo García y Cía, nueva edición, t. II, 1913, ps. 465/466.

(25) SAN MARTINO DE DROMI, María Laura, "Documentos constitucionales argentinos", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 1721. De esta obra extraje, también, la mayoría de las citas de constituciones provinciales anteriores a 1860 y de pactos interprovinciales.

Pelliza (26) considera que se origina en el pensamiento de Artigas, influido por el modelo norteamericano. En oposición a esa idea Ramos Mejía (27) encuentra raíces hispanas, considerando que "La Revolución de Mayo fue un movimiento de carácter esencialmente municipal. La federación argentina no es sino el desenvolvimiento natural del comunismo colonial". Demicheli (28) señala, a favor de la primera tesis el rechazo que había provocado la concentración de poder que había impuesto la burocracia española. Sin duda fueron muchas las ideas novedosas que confluyeron en las posturas originarias de nuestra organización, pero lo hicieron en el terreno preparado por hábitos más propicios a la libertad que a la sumisión, a las autonomías que a la concentración del poder. Por otra parte también resultó importante, en el litoral, el factor económico, pues la libertad de comercio y de navegación de los ríos, sostenidas sucesivamente por Moreno, Artigas y Alberdi, lo favorecía (29).

Así las distintas ciudades dieron instrucciones a los diputados enviados a los primeros congresos en las que se advierten las tendencias republicanas y federalistas. Son muy conocidas, por las polémicas que suscitaron, las entregadas a los diputados de la Banda Oriental, pero existieron otras.

En la quinta instrucción dada a sus diputados por Jujuy ante la Asamblea del Año XIII, se lee el propósito de descentralización política al dar intervención al pueblo para elegir sus propias autoridades. En todas las instrucciones puede verse una auténtica "profesión de fe republicana y federal". Dichas instrucciones fueron repetidas a los legisladores que concurrieron al Congreso de Tucumán.

Los diputados por Córdoba a la Asamblea del Año XIII llevaban la instrucción que, de dictarse una constitución, esta debía salvaguar-

(26) PELLIZA, Mariano A., "Dorrego en la historia de los partidos unitario y federal", Buenos Aires, 1878, ps. 83 y sigtes.; "Historia Argentina", Buenos Aires, 1910, p. 478.

(27) RAMOS MEJÍA, Francisco, "El federalismo argentino", Buenos Aires, 1889, ps. 219 y sigtes.

(28) DEMICHELI, Alberto, "Formación constitucional rioplatense", Montevideo, t. II, 1955, p. 407.

(29) DEMICHELI, Alberto, "Origen federal argentino", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, ps. 183 y sigtes.

dar los derechos y prerrogativas de esa ciudad propiciando de este modo la creación de un gobierno nacional descentralizado.

El cabildo tucumano tuvo a su cargo la redacción de las instrucciones dadas a los diputados que concurrieron a la Asamblea del Año XIII en las que se lee "...que para formar la constitución provisional se tenga presente la de Norteamérica para ver si con algunas modificaciones es adaptable a nuestra situación local y política".

También ello se desprende de las primeras constituciones provinciales, que se generaliza desde 1819, en que se sancionó la de Santa Fe, tanto por las decisiones volcadas en sus textos —por ejemplo, la Constitución Provisional de Santiago del Estero de 1835 impone, en su artículo 4: "La Provincia no se reunirá en Congreso con las demás que componen la Confederación sino bajo la forma federal"— como por el solo hecho de dictarlas, que supone *autonomía constitucional*, es decir el rasgo más característico de los estados miembros de un estado federal.

Al rechazar el texto de 1826 en las "Bases federales", suscriptas entre Córdoba, Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, Santiago del Estero, La Rioja, Salta, Mendoza, San Juan, San Luis y la Banda Oriental el 3 de mayo 1827 se acuerda, en su artículo 2: "Las provincias expresadas ... convienen en desechar la constitución que ha sancionado el Congreso Constituyente residente en Buenos Aires por estar formado sobre la base del sistema de unidad que está en oposición a la voluntad general de las provincias suscribientes y contra el cual se han pronunciado"; en el 5: "Estas mismas en unión, invitarán a las demás provincias que no están en la Liga a formar un nuevo congreso, cuyo solo objeto sea constituir el país bajo la forma de gobierno federal" y en el siguiente convienen que todos los diputados de las provincias federadas llevarán en sus instrucciones un artículo expreso a este respecto, con potestad de retirarse siempre que se quiera obrar en contradicción a él.

24. La propuesta que triunfa en 1853 es de la Asociación de Mayo y la fundamenta Alberdi, quien, luego de reseñar nuestros antecedentes históricos a favor de una y otra postura (30) señala: "Las cosas fe-

(30) Método fiel a su concepción historicista de la constitución, no conservadora a ultranza, como Rosas, sino liberal moderada, BIDEGAIN, Carlos María, "Curso de derecho constitucional", Ed. Abeledo Perrot, t. I, 1994, p. 15.

lizmente nos traen hoy al verdadero término, al término medio, que representa la paz entre la provincia y la nación, entre la parte y el todo, entre el localismo y la idea de una República Argentina. Será, pues, nuestra forma legal un gobierno mixto" (31).

25. Los alcances de nuestro federalismo se cuestionan, al principio, como un capítulo más de la polémica, entre Sarmiento y Alberdi, sobre las fuentes de nuestra Constitución. Este disputa se prolonga en el proceso de la reforma de 1860, en la cual los antiguos unitarios, en la postura de acatamiento al arquetipo estadounidense y en la conveniencia de consolidar la autonomía de la provincia de Buenos Aires en la que conservaban poder, introdujeron en el ordenamiento fundamental importantes garantías a favor del federalismo.

Con posterioridad sobresalen la polémica entre Bernardo de Irigoyen y Marcelino Ugarte, desarrollada entre 1865 y 1867, en torno a la demandabilidad de las provincias ante la Corte Suprema, resuelta por ésta en "Domingo Mendoza y Hno. c. Provincia de San Luis" (32): los debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires que se prolongó entre 1870 y 1873; y los ocurridos en torno a la capitalización de Buenos Aires, en 1880, en la legislatura provincial. Los antiguos unitarios, que defendieron ahondar el modelo federal en 1860, una vez en manos del poder central prefirieron restringirlo.

En esta etapa también suceden luchas civiles. Las primeras tienen como objetivo la reincorporación de Buenos Aires, luego se producen diversos levantamientos de caudillos del interior. Al concluir la presidencia de Avellaneda se enfrentan las milicias de Buenos Aires y el ejército de línea, que triunfa e impone la federalización de Buenos Aires, en 1880.

26. Al perder la Provincia de Buenos Aires el control de la ciudad principal, se diluyó el último centro de defensa de las autonomías y comenzó una larga etapa de creciente preponderancia del centralismo, forjada por innumerables factores, de todo tipo, de los que destacaremos unos pocos: la formación de partidos nacionales; los estados

(31) ALBERDI, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", capítulo XXI.

(32) Fallos 1:485.

de sitio, que antes se limitaban a una provincia, se extendieron a toda la nación a partir de enfrentamientos de mayor generalidad, como las luchas obreras y la actuación de los anarquistas; los golpes militares y los movimientos subversivos; la generalización de las intervenciones federales, en algunos casos para evitar que el partido opositor controlara un número importante de provincias.

Conclusión

27. Merecen nuestro homenaje los constituyentes de 1853. No se equivocaron en las decisiones fundamentales, como había sucedido antes, y como volvió a ocurrir, varias veces, en opciones esenciales, constitucionales y políticas.

Mucho más se podría decir: su opción por lo posible, su pasión por el progreso, su estilo claro, conciso y elegante. Pero baste lo dicho. ♦

LA CONSTITUCION DE 1853 COMO INSTRUMENTO DE PROGRESO ECONOMICO: LOS CAPITALS EXTRANJEROS

POR ESTELA B. SACRISTÁN

“...Ponen los capitales en la alternativa de arruinarse o de abandonar el país que los hostiliza y aleja, en vez de atraer.”

J. B. Alberdi, *Sistema Económico y Rentístico*, Parte 2, III:II.

I. Introducción

La Constitución sancionada en 1853 posee una particularidad —imposible de soslayar por su proyección y efectos— que consiste en que, el Constituyente previó, en el artículo 67, inc. 16 (1), que corresponde al Congreso ser el artífice de la prosperidad, el progreso, el engrandecimiento de la Nación.

La precitada cláusula establece que le corresponde “[p]roveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las

(1) Actual art. 75, inc. 18. Para un acercamiento a la cláusula pueden verse BIDART CAMPOS, Germán, “Alberdi y la Dinámica Constitucional del Progreso”, en *La Ley*, 131: 1394; DALLA VÍA, Alberto, “El Ideario Constitucional Argentino”, en *La Ley*, 1995-C, 1195 y sigtes., esp. p. 1199; GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina – Comentada y Concordada*, 2ª ed. ampl. y act., *La Ley*, Buenos Aires, 1003, ps. 575/578; BIDEGAIN, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, (rev. y act. por GALLO, Orlando, Palazzo, Eugenio y Schinelli, Guillermo), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, t. III, p. 137 y sigtes.

provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

De tal suerte, surge del texto reseñado, como atribución del Congreso, la promoción de diversos aspectos de innegable trascendencia económica y social en toda nación que comienza su vida institucional, a saber, la de: a) la industria; b) la inmigración; c) la construcción de ferrocarriles y canales navegables; d) la colonización de tierras de propiedad nacional; e) la introducción y establecimiento de nuevas industrias; f) la importación de capitales extranjeros; g) la exploración de los ríos interiores.

Resulta hoy admirable la previsión constitucional que nos ocupa. En efecto, la cláusula que nos ocupa que viene a erigirse en un “precepto-clave” (2), además de enraizar teleológicamente en el Preámbulo de la Constitución Nacional en cuanto proclama como fin “promover el bienestar general”, puede ser calificada como puerta para una regulación por incentivos capaz de *engrandecer* al país.

Es en este escenario que cobra vida la especial inclusión, en la enumeración, de los capitales extranjeros y la necesidad de su importación. En momentos en que se percibe como preocupante la situación de capitales foráneos ingresados mayoritariamente en la década del '90 en el marco de las privatizaciones entonces llevadas adelante, y su integridad, la importancia que la previsión antes mencionada devela frente a aquéllos se torna aun más trascendental.

En el presente trabajo analizaremos algunas generalidades en relación a la cláusula de la prosperidad (sección II), señalando la importancia que a los capitales extranjeros les confirió el Constituyente y las razones para ello (sección III), y qué devenir económico y jurís-

(2) OYHANARTE, Julio C., “Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina – Un Estudio sobre el Estado de Desarrollo”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 29/9/1969, reproducido en su *Recopilación de sus Obras*, Buenos Aires, 2001, p. 1 y sigtes., esp. p. 26.

prudencial acompañó a la aplicación de la misma en las épocas históricas posteriores (sección IV), arribando a las conclusiones pertinentes (sección V).

II. La cláusula de la prosperidad

a) Fuente inmediata: La previsión constitucional que nos ocupa —antiguo art. 67, inc. 16— tiene por fuente inmediata el art. 67, inc. 3º del Proyecto oportunamente elaborado por Alberdi (3), y volcado como apéndice de sus *Bases* en oportunidad de la segunda edición (4).

Dicho art. 67 inc. 3º establece que corresponde al Congreso: “*proveer lo conducente a la prosperidad, defensa y seguridad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, estimulando el progreso de la instrucción y de la industria, de la inmigración, de la construcción de ferrocarriles y canales navegables, de la colonización de las tierras desiertas y habitadas por indígenas, de la plantificación de nuevas industrias, de la importación de capitales extranjeros, de la exploración de los ríos navegables, por leyes protectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo*” (5).

(3) Cassagne ha destacado, al estudiar la Constitución como fuente del Derecho Administrativo, que el proyecto de Alberdi “*ha sido el modelo en que se calcó nuestra Constitución*”, conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7ª ed., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 171, con cita de DÍAZ ARANA, Juan J. (h) en n. 48. Similar temperamento surge de GARCÍA BELSUNCE, Horacio, “*La Doctrina Económica de la Constitución Nacional*”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Anales*, Serie I, Sumarios, 2da. Época, Año XXXV, Nº 28, Buenos Aires, 1991, p. 472, al señalarse que “*en materia de interpretación de la Constitución Argentina no hay una más auténtica compatible con la de los constituyentes de 1853, que la de Juan Bautista Alberdi... porque a través de sus Bases... proyectó la Constitución de 1853, porque ésta reconoce en esa obra su anteproyecto...*”.

(4) La primera edición, distribuida en mayo de 1852, no contenía un proyecto de Constitución. Éste recién vio la luz al lanzarse la segunda edición, 4 meses más tarde. Conf. MAYER, Jorge M., *Alberdi y su Tiempo*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II, Obras, Número 13, Abeledo Perrot (Distr.), Buenos Aires, 1973, t. I, ps. 29 y 550, integral obra de lectura ineludible para entender el pensamiento alberdiano. Un facsimilar de la tapa de la segunda edición puede verse en LEVENE, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Kraft Ltda., Buenos Aires, 1958, t. X, p. 288.

(5) Puede verse el texto del Proyecto en: ALBERDI, Juan Bautista, *Bases*, Ciudad Argentina, 1998, ps. 217 y sigtes., esp. p. 229/230.

b) El Proyecto y el texto sancionado: Una confrontación del texto proyectado originariamente e incluido en las *Bases*, y el texto finalmente sancionado brinda el siguiente cuadro comparativo:

<i>Proyecto de Alberdi</i>	<i>Texto sancionado en 1853 (6)</i>
“Proveer lo conducente a la prosperidad, defensa y seguridad del país...”	“Proveer lo conducente a la prosperidad del país...”
“...al adelanto y bienestar de todas las provincias...”	“...al adelanto y bienestar de todas las provincias...”
	“...y al progreso de la ilustración...”
“...estimulando el progreso...”	“...dictando...”
“...de la instrucción”	“...planes de instrucción general y universitaria...”
	“...y promoviendo...”
“...y de la industria...”	“...la industria...”
“...de la inmigración...”	“...la inmigración...”
“...de la construcción de ferrocarriles y canales navegables...”	“...la construcción de ferrocarriles y canales navegables...”
“...de la colonización de las tierras desiertas y habitadas por indígenas...”	“...la colonización de tierras de propiedad nacional...”
“...de la plantificación de nuevas industrias...”	“...la introducción y establecimiento de nuevas industrias...”
“...de la importación de capitales extranjeros...”	“...la importación de capitales extranjeros...”
“...de la exploración de los ríos navegables...”	“...y la exploración de los ríos interiores...”
“...por leyes protectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.”	“...por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.”

(6) Aprobado por el Congreso Constituyente en sesión del 28 de abril de 1853, conf. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino - Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*, J. Lajouane & Cía, Buenos Aires, 1931, t. III, p. 179.

Del mismo no surgirían diferencias substanciales (7). No obstante ello, puede destacarse que en el texto original se empleaba una sola forma verbal (“estimulando”), y en el texto sancionado se subdividieron los objetivos enumerados mediante el empleo de dos formas verbales: “dictando” y “promoviendo”. De tal suerte, lo relativo a la instrucción ganó operatividad pues de ser sólo estimulado pasó a corporizarse mediante el “dictado” de los planes; y el “estímulo” de los diversos aspectos restantes (“estimulando...”) —entre los cuales se incluye lo relativo a los capitales extranjeros— fue reemplazado por el concepto de “promoción” (“promoviendo...”).

c) *Origen*: Curiosamente, esta cláusula resulta de neta inspiración argentina, aun cuando el Constituyente de 1853 plasmó, en la Norma Fundamental, diversas previsiones existentes hacia esa época en la Constitución de los Estados Unidos.

En cierto modo, la previsión constitucional más similar que podemos hallar en la Constitución de los Estados Unidos es la que establece, como atribución del Congreso de ese país, funciones más acotadas en tanto consagra el poder de: “*promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, asegurando, por tiempo limitado, a los autores e inventores, derechos exclusivos sobre sus respectivos escritos y descubrimientos*” (8).

El origen netamente nacional, destacado por la doctrina (9), fue señalado por la Corte Suprema argentina en la causa “El Ferrocarril Central Argentino c. Pcia. de Santa Fe” (10) de 1897 al afirmar que “[s]i bien es cierto que hemos adoptado un gobierno que encontramos funcionando, cuyos precedentes y cuya jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es que en todo lo que expresamente nos hemos separado de aquél nuestras instituciones son originales y no

(7) Sin embargo, en DE VEDIA, Agustín, *Constitución Argentina*, Coni Hermanos, Buenos Aires, 1907, p. 299 se señala que es impropio establecer, como se establece, que el Congreso dicta planes de instrucción general “*por leyes protectoras de esos fines...*”, agregando que la corrección o enmienda del Proyecto de Alberdi fue poco meditada.

(8) Art. I, secc. VIII, cl. 8va.

(9) GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional...*, cit., t. III, p. 178.

(10) Fallos: 68: 227.

tienen más precedentes y jurisprudencia que los que se establezcan en nuestros propios tribunales. En la Constitución norteamericana no existe ninguna prescripción análoga a la que consigna el inciso dieciséis del artículo sesenta y siete de la Constitución Nacional”, concluyendo que la Provincia debía devolver a la empresa una suma cobrada por contribución directa.

Cierto es que el gesto de independencia interpretativa que se avizoraba en el pasaje transcrito, hacia esa época —aun cuando pudiera atender a interpretaciones centralizadoras del poder— distaba del que más adelante sirviera para otorgarle a la cláusula aristas claramente intervencionistas.

d) El paralelo a nivel provincial. Clase de facultad: Tanto González Calderón (11) como Linares Quintana (12) señalan que la norma que nos ocupa posee su similar, a nivel provincial, en el art. 107 (13), que establece que “*las provincias pueden... promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios*”.

Tal paralelismo ha llevado a la doctrina a sostener que se trata de facultades “concurrentes” (14), o bien de “acción simultánea” de la administración nacional y de la provincial —y aun municipal— en la gestión de intereses comunes de orden económico y de progreso y de bienestar general, en virtud de atribuciones fundadas en poderes propios y por principio excluyentes (15).

(11) GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional...*, cit., t. III, p. 179.

(12) Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Alfa, Buenos Aires, 1963, t. IX, p. 8.

(13) Actual art. 125, primer párrafo.

(14) VANOSSI, Jorge R., *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 483; BIDEGAIN, *Curso de Derecho Constitucional...*, cit., t. III, p. 78.

(15) BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, 3ª ed. aum., Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1959, p. 813.

e) *Las razones del Padre de la Constitución*: La cláusula que nos ocupa, además de presentar la originalidad ya señalada en cuanto a que no halla similar en la Constitución norteamericana, se destaca por el tratamiento que Alberdi, su redactor, le diera en sus *Bases*.

Debemos tener presente que, como relata Mayer, los artículos que constituyeran el núcleo de las *Bases* y el Proyecto en él contenido —y ulteriormente de su *Sistema* (16) que apuntala (17) aquella obra— fueron redactados por Alberdi en Chile (18) y publicados en dicho país. En ese contexto, resulta natural que el Proyecto chileno federal de 1826 —también denominado Constitución federal para Chile de 1826, cuyo principal impulsor fuera José Miguel Infante— se erigiera en la fuente directa de la cláusula del progreso (19).

El Proyecto chileno de Constitución federal de 1826, además de proponer una organización federal y la creación de provincias, había establecido que corresponde al Congreso “*promover la ilustración, bienestar y riqueza nacional, fomentando la agricultura e industria mercantil y fabril, ya por medio de privilegios a los autores o inventores, ya abriendo caminos y canales, y construyendo obras útiles, ya estableciendo postas y correos, ya finalmente, protegiendo la libertad política de la opinión y de la imprenta: todo sin perjudicar los derechos de las provincias en sus respectivos territorios*”.

Por otra parte, la cláusula también —si bien en forma larval— había sido incluida en el Pacto Federal de 1831, cuestión a la cual nos referiremos enseguida.

La lectura del Proyecto de Alberdi devela que, de manera escueta, una nota al pie en el acápito de “Atribuciones del Congreso” del Proyecto contenido en las *Bases* remite al párrafo XXIII de dicha obra.

(16) ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema Económico y Rentístico*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, originariamente publicado en 1854.

(17) La expresión es SÁNCHEZ SAÑUDO, Carlos A., *Alberdi, la Antítesis de Karl Marx*, Apartado del Boletín del Centro Naval, Vol. LXXXVIII, N° 683, Abril-Junio 1970, Buenos Aires, p. 10.

(18) MAYER, *Alberdi y su Tiempo...*, cit., t. I, p. 452.

(19) DEVEDIA, *Constitución...*, cit., p. 298.

Esta remisión nos induciría a pensar que en ese párrafo encontraremos explícitamente la justificación de la inserción del que sería el inc. 16 del art. 67. Sin embargo, sólo una lectura cuidadosa del numeral citado conduce a desentrañar las razones del Autor de la Constitución para la inserción de la misma.

En las Bases, comienza Alberdi afirmando que “[c]aminos de fierro, canales, puentes, grandes mejoras materiales, empresas de colonización, son cosas superiores a la capacidad de cualquier provincia aislada, por rica que sea. Esas obras piden millones; y esta cifra es desconocida en el vocabulario provincial” (20). Entendemos que tal afirmación, en cuanto a las cantidades invocadas, es la primera señal, textualmente volcada, de qué se necesitaba para llevar adelante aquellos cometidos, que incluían la prestación de un servicio: el de los ferrocarriles.

Continúa señalando qué atribuciones se habían dado al Congreso en instrumentos preexistentes. Lo relativo al “engrandecimiento”, que en su Proyecto se transformara en “progreso”, surgiría del Tratado de San Nicolás e, indirectamente, del Pacto Federal de 1831: “*El tratado litoral, firmado en Santa Fe el 4 de enero de 1831 por tres Provincias importantísimas de la República, al que después han adherido todas y acaba de ratificarse por el acuerdo de San Nicolás del 31 de mayo de 1852, señala como objetos cuyo arreglo será del resorte del Congreso general: ...6. Todo lo conveniente [a]l... engrandecimiento de la República en general*” (21). Es esta, pues, la cláusula preexistente que brinda un contenido más aproximado a la noción de “prosperidad” invocada en el Proyecto, complementada por la idea de “progreso” en el texto sancionado en 1853.

Como vimos, el Autor de la Constitución hace hincapié liminarmente en la necesidad de “millones”, como vimos *supra* (22), en obvia alu-

(20) ALBERDI, *Bases...*, cit, p. 122.

(21) ALBERDI, *Bases...*, cit, p. 125. Se refiere al inciso 5º de la cláusula 16 del Pacto Federal, del 4/1/1831, entre Buenos Aires, Santa Fé y Entre Ríos, por el cual se invitará “a todas las demas provincias de la República... a reunirse en federación con las tres litorales, y a que por medio de un Congreso General Federativo se arregle la administración general del país bajo el sistema federal, su comercio interior y exterior, su navegación, el cobro y distribución de las rentas generales, y el pago de la deuda de la República, consultando del mejor modo posible la seguridad y engrandecimiento general de la República...”.

(22) ALBERDI, *Bases...*, cit, p. 122.

sión a las sumas que se necesitaban; pero omite mencionar la fuente de los mismos. Más adelante se explaya sobre la importancia del dinero: “*El dinero es el nervio del progreso y del engrandecimiento... Sin el la República Argentina no tendrá caminos, ni puentes, ni obras nacionales..., ni orden, ni seguridad...*” (23), y señala en esa oportunidad que una de las formas de obtenerlo es el establecimiento de una deuda federal o nacional: “[E]l medio de tenerlo en cantidad capaz de obtener el logro de estos objetos y fines... es el crédito nacional... Es sensatísima la idea de establecer una deuda federal o nacional...” (24).

No obstante ello, la clara exposición de los motivos de la previsión que analizamos, entendemos, surge más adelante, cuando Alberdi, en el párrafo final del número XXIII, se explaya sobre los elevados objetivos que se persiguen con la cláusula de la prosperidad: “*Asignar al Congreso de la Confederación la facultad de proveer a todo lo que interese a la seguridad y engrandecimiento de la República en general, es hacer del orden interior y exterior uno de los grandes fines de la Constitución, y del engrandecimiento y prosperidad otro de igual rango. Es también dar al gobierno general el poder de levantar... fondos para la construcción de las obras nacionales exigidas por el engrandecimiento del país. Y en efecto, el solo medio de obtener la paz entre las Provincias confederadas, y entre la Confederación toda y las naciones extranjeras, el único medio de llevar a cabo la construcción de las grandes vías de comunicación, tan necesarias a la población y al comercio como a la acción del poder central, es decir, a la existencia de la Confederación, será el encargar de la vigilancia, dirección y fomento de esos intereses al gobierno general de la Confederación...*” (25). Es en este pasaje que cobra vida la idea de engrandecimiento o prosperidad, y nada menos que de la mano de los capitales extranjeros. Analizaremos esta cuestión en la siguiente sección.

III. Los capitales extranjeros en las Bases

a) Subplanteo: El esquema constitucional propuesto por Alberdi, a partir del trascendente párrafo que transcribiéramos, extraído de sus *Bases*, puede ser interpretado de la siguiente manera:

(23) ALBERDI, *Bases...*, cit, p. 128.

(24) ALBERDI, *Bases...*, cit, p. 128.

(25) ALBERDI, *Bases...*, cit, p. 128/9.

Una función se asigna al Congreso: la de proveer a todo lo que interese al engrandecimiento de la República. Esa función, en tanto asignada, tiene la virtualidad de convertir (“es hacer...”) al orden interior y exterior en uno de los fines de la Constitución y de (convertir) al engrandecimiento y prosperidad en otro de los fines de la Constitución. De esta paráfrasis surge la ligazón entre engrandecimiento y el orden no sólo interior sino también exterior. Nótese la identidad de infinitivo “proveer” en el texto fuente que reseñamos, y el empleado en su Proyecto, art. 67, inc. 3º.

Esa función asignada también tiene la virtualidad (“Es también...”) de facultar al gobierno central para levantar fondos para la construcción de las obras nacionales exigidas por el engrandecimiento del país.

Ahora, Alberdi sabía que esas obras —que, como vimos antes, clamaban por “millones” (26), y que hacia esa época consistían en ferrocarriles, canales, puentes, grandes mejoras materiales, empresas de colonización (27)— generarían el progreso y el engrandecimiento (28), pues sin aquéllos, el país carecería de éstos (29).

Hasta aquí, la reiteración del alto objetivo de engrandecimiento, en la explicación del autor, parecería ligarlo inescindiblemente al capital requerido para las obras, haciéndose caso omiso del origen del mismo.

Empero, creemos que la alusión al origen extranjero que ese capital podía tener se halla en la idea inicial de orden no sólo interior sino también exterior a los fines del engrandecimiento (30), que deberá ser objeto de fomento (31), conforme el párrafo final del numeral XXIII.

(26) En LEVENE, *Historia del Derecho Argentino...*, p. 314, se expresa similar idea: “son económicas las necesidades más vitales del país y de Sud América pues son las de... importación de capitales extranjeros”.

(27) ALBERDI, *Bases...*, cit., p. 122.

(28) ALBERDI, *Bases...*, cit., p. 122.

(29) ALBERDI, *Bases...*, cit., p. 128.

(30) ALBERDI, *Bases...*, cit., p. 128.

(31) ALBERDI, *Bases...*, cit., p. 129.

Precisamente, Alberdi señala en esa oportunidad la importancia de las vías de comunicación —ferrocarriles, telégrafos, por ese entonces— y afirma, significativamente, que el “fomento” —término idéntico al que emplea en el art. 67, inc. 3° de su Proyecto— de tales intereses corresponde a la Nación. Puede, por ende, concluirse, que el ferrocarril y el telégrafo, entre otros medios, producirían el efecto de traer capitales a las costas, llevar el litoral al interior, aunando al país y provocando la inyección de capitales donde tanta falta hacían. Todo ello, a juego con la exhortación a fomentar o incentivar la inmigración no sólo de personas sino también de capitales (32).

Concordantemente, la historia enseña que el primer ferrocarril fue el autorizado legislativamente en 1854, y que fue convertido en servicio público en 1857; la red ferroviaria en 1907 era de 20.000 kms. (33);

(32) Exhortación sobre la que insiste y que detalla pocos años más tarde en dos obras. En su *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853 – Examen de la Constitución Provincial de Buenos Aires sancionada en 1854*, Jackson Editores, Buenos Aires, s/f, escrito en 1854, p. 202 (en plena polémica con Domingo F. Sarmiento quien ya había publicado su *Comentarios de la Constitución Argentina de 1853*), señala que “*después de la población, el capital es el agente soberano y urgentísimo de la prosperidad de estas tierras espléndidas de América, que sólo esperan brazos y capitales, para producir fabulosas riquezas que contienen su germen*”. En su *Sistema...* afirma que la Constitución Argentina “*habiendo comprendido el rol económico de ese agente de prosperidad [los capitales] en la civilización de estos países, ha consagrado principios dirigidos a proteger directamente el ingreso y establecimiento de capitales extranjeros*”; véase Alberdi, *Sistema...* cit., ps. 146/147; agregando que “*se ve que la Constitución considera como cosas conducentes a la prosperidad del país la industria, la inmigración, los ferrocarriles... La Constitución cuida de colocar a la cabeza de esas cosas y al frente de los medios de promoverlas la importación de capitales extranjeros*”; en ALBERDI, *Sistema...* cit., ps. 147. De otra parte, en el delicado equilibrio que Alberdi persigue, se balancean, en punto a los capitales extranjeros requeridos, costos y beneficios en un medio sembrado de riesgos: “*las recompensas y privilegios de estímulo para atraer los capitales, son un verdadero seguro con que la Nación paga el riesgo que corren los capitales que vienen a establecerse... en medio de infinitos peligros que son inherentes al desierto, al atraso del país y a la ineficacia de las leyes y de las autoridades nacionales para proteger el derecho privado*”; en ALBERDI, *Sistema...* cit., ps. 148/149. En igual sentido, afirma que “[*r*]aro es el empleo de un capital en Sudamérica que no sea arriesgado”; en ALBERDI, *Sistema...* cit., ps. 151, y agrega que “*la colocación de grandes capitales en ferrocarriles... corren riesgos tan multiplicados y frecuentes en países como los nuestros, que no hay compensación ni premio de seguro que no sea pequeño para pagar tamaños riesgos*”, ALBERDI, *Sistema...* cit., ps. 151. En tal escena, no se trata de asegurar la renta del capital, sino de sólo atraerlo, conf. ALBERDI, *Sistema...*, cit., ps. 149.

(33) DE VEDIA, *Constitución...*, cit., p. 309.

y los capitales empleados al efecto eran extranjeros. En tal escenario, no puede decirse que la cláusula de la prosperidad alberdiana, y su especial interés en la atracción de capitales provenientes del exterior, haya sido infructífera o carente de sentido, al menos durante cierta época.

b) La revolución ferroviaria: En efecto, hacia 1907, los capitales invertidos en las treinta y cuatro líneas en explotación ferroviaria era de 650 millones de pesos oro, esto es, pesos convertibles bajo el patrón oro. Treinta y una de esas treinta y cuatro líneas eran explotadas por compañías particulares —principalmente inglesas, con una menor participación francesa—, y sólo tres eran del Estado (34). La evolución de la construcción de la red ferroviaria se había operado principalmente entre 1860 y 1880 brindando los siguientes guarismos (35):

<i>Empresa FC</i>	1860	186	1870	1875	1880
Oeste	39 kms	101 kms	177 kms	237 kms	342 kms
Norte Bs.A.		29 kms	29 kms	30 kms	30 kms
Sur Bs.As.		78 kms	114 kms	324 kms	563 kms
Bs. As. Ensenada		5 kms	6 kms	58 kms	58 kms
Central Argentino			396 kms	396 kms	396 kms
Primer Entrerriano			10 kms	10 kms	10 kms
Andino				254 kms	254 kms
Argentino del Este				155 kms	155 kms
Central Córdoba				250 kms	547 kms
Bs.As.-Rosario					77 kms

Como es evidente, los ferrocarriles eran la más importante de las inversiones directas británicas. En ese sector el capital nominal británico saltó, en millones de libras, de 7,6 a fines de 1880 a 64,6 a fines de 1890, a 93,6 en 1900, a 174,4 en 1910 y 215 a fines de 1913. Ello fue acompañado de aportes de capital bajo la forma de aprovisionamiento de materiales al sector ferroviario: en 1893, Gran Bretaña proveyó el 77,2% de las locomotoras; y en el año 1895, 64,1% de los vagones de

(34) DE VEDIA, *Constitución...*, cit., p. 309.

(35) CORTÉS CONDE, Roberto, *El Progreso Argentino, 1880-1914*, Sudamericana, Buenos Aires, 1979, p. 81.

carga, 57,6% de los vagones de pasajeros y 43,7% de los furgones y vagones especiales. En las empresas británicas, sobre todo en las más importantes —Ferrocarril Gran Sur de Buenos Aires, Ferrocarril Central Argentino, Ferrocarril de Buenos Aires al Pacífico y Ferrocarril Oeste de Buenos Aires—, esa participación fue aun mayor: 84,8%, 60,9%, 64,3% y 40,7% respectivamente (36).

También hacia 1907, el capital extranjero colocado en nuestro país en —además de ferrocarriles— puertos, industrias, establecimientos comerciales, rurales, no era inferior a los 2.000 millones de pesos oro, con la siguiente distribución según el origen (37):

<i>Origen</i>	<i>Porcentaje</i>
Reino Unido	60%
Francia	10%
Alemania	10%
Otros	20%

A propósito del 60% correspondiente a capitales británicos, se ha construido la siguiente distribución (38) correspondiente a 1875, en libras esterlinas:

<i>Área</i>	<i>Importe</i>
Préstamos gubernamentales en Londres	12.970.100
Compañías de capital compartido	10.219.750
Bancos de Londres y Mercantil	1.600.000
Ferrocarriles	6.609.750
Cía. de Tranvías de Buenos Aires	800.000
Cía. de Telégrafo del Río de la Plata	150.000
Gas Mutual de Buenos Aires	200.000
Fábrica de Carne Liebig y Bolicua	560.000
Minas de San Juan	200.000
Inversiones directas	4.000.000
1.000 granjas de ovejas de irlandeses	2.000.000
100 granjas de ovejas de escoceses	500.000
100 firmas comerciales	1.500.000
Total	27.089.850

(36) ZALDUENDO, Eduardo, *Libras y rieles*, Buenos Aires, El Coloquio, 1975, p. 373.

(37) DE VEDIA, *Constitución...* cit., p. 311. Las cifras coinciden con ZALDUENDO, op. loc. cit.

(38) MULHALL, Michael George, *The English in South America*, E. Stanford, Buenos Ayres Standard Office, London, 1878, p. 529.

Vale la pena destacar que durante el gobierno de Mitre se aprobaron una serie de leyes de estímulo a las inversiones extranjeras. Así, por ejemplo, la ley del 5 de septiembre de 1862 que garantizaba a todos aquellos que invirtieran dinero en la construcción del ferrocarril de Rosario a Córdoba un dividendo del 7% sobre un capital de 6400 libras esterlinas por milla. Además dicha ley suministraba la tierra necesaria para la construcción de las líneas, estaciones y depósitos, acordando exenciones de impuestos y garantizando el no congelamiento de precios. Lo mismo con relación a la construcción de una línea de ferrocarril de Buenos Aires a Chascomús (39).

IV. Qué sucedió después

a) Subplanteo: La cláusula de la prosperidad, de cara a su contenido, puede —en términos generales— concebirse como creadora de tensiones entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales; así lo señala Vanossi al decir que “[l]a cláusula del progreso... se considera como una de las facultades concurrentes, con obvio desplazamiento de las simultáneas facultades locales en esos mismos rubros y materias, a efecto de evitar el conflicto entre ambas competencias. De más está decir que siempre han triunfado las facultades nacionales; y así la extensión del inciso 16 que comprende la industrialización, la capitalización y el desarrollo del país, las posibilidades de exención de gravámenes locales y municipales a las actividades que quedan protegidas, se traduce no sólo en el ejercicio de la competencia nacional sino también en la consiguiente pérdida o devaluación de poderes tributarios y poderes de control locales” (40).

Empero, de cara al especial objetivo de captación de capitales extranjeros que proclama, puede inferirse que la interpretación que a la misma se le diera marcaría también el rumbo de las tensiones entre nuestro país y el resto del orden mundial, como se vaticinara en las *Bases*. Se trataba de obtener la llegada de los necesarios “millones” que preocupaban a Alberdi, o el rechazo de ellos. Entendemos que la llegada de esos capitales inyectarían genuinamente circulante que se sumaría al existente. Ese ingreso genuino generaría legítimos recur-

(39) FERNS, Henry Stanley, *Gran Bretaña y Argentina en el siglo XIX*, Solar-Hachette, Buenos Aires, 1968, p. 327/328.

(40) VANOSSI, *El Estado...*, cit., p. 483.

tributarios para atender al gasto público, y evitaría la necesidad de acuñar moneda espuriamente para afrontarlo. Ese ingreso, asimismo, así concebido, al evitar la creación espuria de medios de pago, desterraría la posibilidad de inflación, esto es, de la superabundancia de medios de pago con respecto a los bienes y servicios disponibles. Ahora, hallándose necesitado de inyecciones de capital nuestro país hacia fines del siglo XIX —y la Norma Fundamental misma lo reconocía y velaba por ello— cabe preguntarse: ¿cuáles fueron las alternativas posteriores en el plano temporal?

En 1889, el PBI *per capita* en Argentina equivalía al 91% del PBI per cápita de los Estados Unidos (41), y hacia 1999, esa relación era del 33%, indicando un pobre crecimiento, contrario al objetivo de engrandecimiento por el que se bregaba en las *Bases*; de hecho, a valores constantes, en 1999 el PBI per cápita argentino se hallaba por debajo de US\$ 10.000, contra US\$ 25.404 que le hubieran correspondido si el porcentaje verificado en 1889 se hubiera mantenido. La tendencia del PBI per cápita a descender sólo se detiene en la década del '90 (42).

Es precisamente en esa década del '90 que la inversión extranjera directa (*foreign direct investment*, o FDI) en los países en desarrollo crece notablemente; por ejemplo, los 5.3 miles de millones de dólares de 1980 se transforman en 10.1 miles de millones de dólares en 1986, y en 56.3 miles de millones de dólares para 1993 (43).

Consecuentemente, puede afirmarse que una de las maneras de aumentar el PBI per cápita es la obtención de inversiones extranjeras, o que una de las formas de impedir su crecimiento es el rechazo directo o indirecto de esos capitales. Rechazo que, ante la necesidad de medios de pago y la ausencia de recursos genuinos tributarios, generará la emisión espuria y la consecuente inflación.

(41) ORTIZ, Javier (Bermúdez, Guillermo y Harriague, Marcela, colabs.), "*Argentina 1884-1999: Long Run Growth and Business Cycles in a High Inflation Country*", Preliminary Draft, Octubre 2000.

(42) ORTIZ, "*Argentina 1884-1999...*", cit., p. 4, n. 2.

(43) Conf. World Bank Publications, *World Debt Tables 1993-94*, Washington D.C., 1993, p. 170. Acerca de esta tendencia en Latinoamérica, puede verse Graham, Edward M., *Global Corporations and National Governments*, Institute for International Economics, Washington D.C., 1996, ps. 97 y 98.

c) *Algunas precisiones*: En el plano histórico, antes de la Primera Guerra Mundial, el crecimiento de la Argentina fue más rápido que el de otros países, incluyendo los Estados Unidos. Recordemos que la plena adopción del patrón oro ocurrió entre 1899 y 1903, y antes de esa adopción hubo brotes inflacionarios. Una de las razones para ese crecimiento puede haber sido el bajo nivel de regulaciones distorsivas del mercado por parte del gobierno y la baja injerencia en la asignación de recursos.

Esta era se halla signada por precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de neto corte liberal, en los que la función de “policía de la prosperidad”, conforme la denominara Oyhanarte (44) abarcó las funciones de: a) conquistar el desierto como política de colonización; b) atraer la mano de obra como política de inmigración; y más importante aun c) atraer capitales extranjeros como política de empréstitos y de instalación de servicios públicos.

Curiosamente, fue esta la época en que se creó la doctrina de la irrevisibilidad del acierto económico de las medidas propiciadas por el legislador en casos como Hileret (45) al afirmarse que “...no corresponde a las facultades de que está investido este Tribunal, apreciar la ley de que se trata bajo la faz económica, para declarar si debe ó no, subsistir por haber consultado y favorecido ó no, la gran masa de intereses industriales, comerciales, financieros y sociales que se dicen afectados por la industria azucarera, dentro y fuera de la Provincia, pues esta es cuestión del resorte exclusivo de los Poderes Públicos de la Provincia ...”, así como la doctrina de la irrevisibilidad del juicio de utilidad pública, sobre la que ilustra un precedente de 1867 (46). Ello devela la confianza del Poder Judicial en los altos fines perseguidos por la legislación de policía de prosperidad, y los beneficios a ella relacionados.

También fue esta la época en que la Corte Suprema, en pos de que se llevara adelante el fomento de las pampas, creó la regla según la cual la norma constitucional que nos ocupa consagra la “ilimitación de medios” de prosperidad en el precedente ya mencionado “El Fe-

(44) OYHANARTE, “Cambio Estructural...”, cit., p. 26.

(45) Fallos: 98:20, del año 1903.

(46) “Francisco Hué”, Fallos: 4:311, esp. p. 321.

roccarril Central Argentino c. Pcia. de Santa Fe" (47) de 1897 destacando que: "*la facultad conferida [al Congreso por el art. 67, inc. 16] debe entenderse comprendida en la ilimitación de los medios a emplearse para el ejercicio de estos poderes federales, superiores siempre a la acción de las legislaciones locales y que forman parte de la instrumentalidad del gobierno mismo, en que la Nación provee al bienestar, progreso y prosperidad de todas las provincias*".

Años más tarde, esta interpretación sobre ilimitación de medios, sumada a la independencia de posibilidades interpretativas de cara a la falta de similar en la Constitución de Estados Unidos, daría lugar a soluciones diametralmente opuestas a las reflejadas en el espíritu liberal conductor de Hileret.

Entre Guerras —1918-1940—, se opera un punto de inflexión. El índice de crecimiento argentino supera al de otros países, en especial al de Estados Unidos, y en ambos países se experimenta incluso alguna deflación. Sigue rigiendo hacia esa época la doctrina de la irrevisibilidad de las razones económicas tenidas en mira por el legislador, lo cual se puede ejemplificar con el precedente *Guardian Assurance* (48), en el que la Corte Suprema afirmó que "*...al poder judicial no compete pronunciarse sobre la eficacia o ineficacia de las leyes bajo su concepto puramente económico o financiero apreciando si éstas pueden ser benéficas o perjudiciales para el país...*". Y continúa el Alto Tribunal bregando por el fomento de las "pampas incultas" o el desarrollo de los núcleos urbanos (49). Pero el intervencionismo comienza a marcar el fin de la era liberal, cuya partida de defunción puede identificarse con *Avico* (50) de 1934. Es entonces que la antes referida doctrina de la irrevisibilidad de las motivaciones económicas de las medidas legislativas —que había sido declamada por vía de *obiter* en Hileret, pues el impuesto en cuestión a la sobreproducción de azúcar había sido declarado inconstitucional— y la cláusula de la prosperidad misma

(47) Fallos: 68:227.

(48) *Guardian Assurance Co. Ltd. c. E.N.*, Fallos: 150:89, del año 1927.

(49) "*Municipalidad de La Banda*", Fallos: 183: 182, del año 1939; "*Ferrocarril Sud c. Municipalidad de Juárez*", Fallos: 183:190, del mismo año.

(50) Fallos: 172:29.

según García Belsunce (51), pasan a ser empleadas para convalidar la injerencia estatal en la economía, desincentivándose el ingreso de capitales.

Luego de la Segunda Guerra Mundial y en tendencia estable hasta la década del '90, el crecimiento desciende, la tasa de inflación aumenta inexorablemente (52), y la Corte Suprema produce decisiones convalidatorias de medidas del gobierno tendientes a realzar el dirigismo estatal. Basta la lectura de precedentes como los enumerados por Oyhanarte (53) para verificar aquel fenómeno, que corona la fuga de capitales y la asunción por parte del Estado de funciones otrora delegadas a manos privadas (54), aun cuando aquél creyera que estaba sembrando "las bases eficientes para el crecimiento y la expansión económica integral" (55). Tal es la inclinación del Estado por actuar como hacedor de la economía que llega a expropiar industrias privadas para transferirlas a otros actores del sector privado como se deriva del fallo "Provincia de Tucumán c/ Unión Cañeros Azucarera Monteros" (56) de 1946, generando indemnizaciones que sólo po-

(51) La cláusula "es utilizada por muchos para fundamentar una falsa contradicción con el sistema económico liberal de la Constitución, al pretender que ella facilita la intervención del Estado con toda amplitud"; conf. GARCÍA BELSUNCE, Horacio, "Juan Bautista Alberdi", en *Juan Bautista Alberdi - Homenaje en el centenario de su fallecimiento*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1987, p. 206.

(52) ORTIZ, "Argentina 1884-1999..." cit., ps. 6/7.

(53) OYHANARTE, "Cambio Estructural..." cit., p. 27, y n. 58.

(54) A partir de 1946, el Estado tuvo a su cargo todo el transporte ferroviario mediante la compra de los ferrocarriles ingleses operada en 1948 y precedida por la compra de los ferrocarriles franceses menos importantes pero integrantes de la red nacional; la provisión de gas mediante la compra de la Compañía Primitiva de Gas de origen británico; la distribución de energía eléctrica mediante la compra de usinas del interior; entre otros servicios que pasó a prestar. De esta manera, de poseer una escasa proporción de los ferrocarriles pasó a ser prestador de servicios públicos. Esta evolución se halla claramente delineada en CASSAGNE, Juan Carlos, "Evolución de los Principios Aplicables a los Servicios Públicos y Problemas Actuales tras los Procesos de Privatización", en *La Ley*, 27/2/02, p. 5; también publicado en *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 36/39, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2001, ps. 62/87.

(55) "Fernández Orquín", Fallos: 264:415, del año 1966.

(56) Fallos: 204:310. OYHANARTE, "Cambio Estructural..." cit., p. 24, explica que la Corte admitió la validez de la expropiación de una fábrica de azúcar realizada por la Caja de Ahorros de Tucumán con la finalidad de entregarla "a los cultivadores para que la exploten en su propio beneficio".

drían ser enjugadas con emisión monetaria dado el desincentivo antes señalado.

Veamos ahora qué sucede durante la década del '90, durante la cual aumentan las inversiones extranjeras especialmente en el campo de la provisión de servicios.

En la década del '90, siguiendo una tendencia mundial en pos de la protección de las cada vez más importantes inversiones extranjeras, nuestro país pasó, por decisión del Estado, a ser parte en pluralidad de convenios de promoción y protección recíproca de inversiones (57)

(57) Ver los aprobados por ley 24.098, suscripto con la República Federal de Alemania (Adla LII-C, p. 2859); por ley 24.099, con la Confederación Suiza (Adla LII-C, p. 2864); por ley 24.100, con la República Francesa (Adla LII-C, p. 2868); por ley 24.101, con la República de Polonia (Adla LII-C, p. 2871); por ley 24.117, con el gobierno del Reino de Suecia (Adla LII-C, p. 2916); por ley 24.118, con el Reino de España (LII-C, p. 2920); por ley 24.122, con la República Italiana (Adla LII-D, 3855); por ley 24.123, con la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (Adla LII-D, p. 3859); por ley 24.124, con los Estados Unidos de América (Adla LII-D, p. 3864) modificado por Acuerdo por canje de notas aprobado por ley 24.356 (Adla LIV-D, p. 4331); por ley 24.125, con el gobierno de Canadá (Adla LII-D, p. 3869); por ley 24.184, con el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña (Adla LII-D, p. 4061); por ley 24.248, con la República Árabe de Egipto (Adla LIII-D, p. 4183); por ley 24.325, con la República Popular China (Adla LIV-C, p. 2779); por ley 24.328, con la República de Austria (Adla LIV-C, p. 2786); por ley 24.335, con Hungría (Adla LIV-C, p. 2799); por ley 24.340, con Turquía (Adla LIV-C, p. 2808); por ley 24.342, con Chile (Adla LIV-C, p. 2844); por ley 24.352, con el Reino de Los Países Bajos (Adla LIV-C, p. 2857); por ley 24.394, con la República Tunecina (Adla LIV-D, p. 4425); por ley 24.395, con la República de Armenia (Adla LIV-D, p. 4428); por ley 24.396, con la República de Senegal (Adla LIV-D, p. 4432); por ley 24.397, con el Reino de Dinamarca (Adla LIV, p. 4435); por ley 24.401, con la República de Bulgaria (Adla LIV-D, p. 4453); por ley 24.456, con la República de Rumania (Adla IV-B, p. 1534); por ley 24.457, con la República de Venezuela (Adla LV-B, p. 1537); por ley 24.458, con la República de Bolivia (Adla LV-B, p. 1541); por ley 24.459, con la República de Ecuador (Adla LV-B, p. 1544); por ley 24.549, con el Gobierno de Jamaica (Adla LV-E, p. 5848); por ley 24.563, con la República de Croacia (Adla LV-E, p. 5883); por ley 24.593, con la República Portuguesa (Adla LVI-A, p. 4); por ley 24.613, con el Gobierno de Malasia (Adla LVI-A, p. 44); por ley 24.614, con la República de Finlandia (Adla LVI-A, p. 48); por ley 24.680, con el Gobierno del Perú (Adla LVI-D, p. 4620); por ley 24.681, con el Gobierno de Ucrania (Adla LVI-D, p. 4624); por ley 24.682, con la República de Corea (Adla LVI-D, p. 4627); por ley 24.728, con Australia (Adla LVI-E, p. 6118); por ley 24.770, con Cuba (Adla LVII-A, p. 12); por ley 24.771, con el Estado de Israel (Adla LVII-B, p. 1314); por ley 24.778, con la República Socialista de Vietnam (Adla LVII-B, p. 1332); por ley 24.814, con Indonesia (Adla LVII-C, p. 2877); por ley 24.890, con el gobierno del Reino de Marruecos (Adla LVII-E, p. 5543); por ley 24.971, con la República de Panamá (Adla LVIII-C, p. 2852); por ley 24.972, con el gobierno de los Estados Unidos de México (Adla LVIII-C, p. 2856); por ley 24.983, con la República Checa (Adla LVIII-C, p. 2896); por

que han sido oportunamente aprobados por ley del Congreso. En virtud de dichos convenios, la República Argentina, sobre bases de reciprocidad, se obliga a proteger las inversiones de los nacionales del Estado signatario en nuestro país (58).

El propósito de incentivar las inversiones extranjeras para revertir la tendencia que señaláramos en el acápite anterior estuvo fundamentalmente apoyado en que, a modo de "garantía" (59) para los inversores extranjeros, en los mencionados convenios internacionales se insertó una cláusula de prórroga de jurisdicción (60) en virtud de la cual las disputas que se generen en el marco del convenio habilitarán al inversor extranjero a litigar ante árbitros internacionales, cumplidos ciertos recaudos, o bien directamente (61).

Asimismo, guardando el paralelo que la cláusula de la prosperidad genera a nivel provincial —actuales arts. 75 inc. 18 y 125 primer párrafo— se inserta lo que se denomina "cláusula federal" en el conve-

ley 24.984, con Lituania (Adla LVIII-C, p. 2900); por ley 25.023, con El Salvador (Adla LVIII-D, p. 3951). Además, se han aprobado, por ley 24.891, el protocolo para la promoción y protección recíproca de inversiones en el Mercosur (Adla LVII-E, p. 5546) y por ley 24.554, el protocolo sobre promoción y protección de inversiones provenientes de estados no partes del Mercosur (Adla LV-E, p. 5858), entre otros.

(58) Entre estas inversiones, se incluyen, ciertamente, las de las empresas extranjeras prestadoras de servicios públicos; véase TAWIL, Guido S., "Avances Regulatorios en América Latina: Una Evaluación Necesaria", en E.D., 28/7/00, p. 1 y sigtes., esp. p. 7.

(59) Nota, *Protection of Foreign Direct Investment in New World Order: Vietnam – A Case Study*, en Harvard Law Review, Vol. 107, June 1994, #8, p. 1995. Nótese que al protegerse las inversiones extranjeras —aportes de capital de riesgo— se trata de reducir los riesgos políticos, conf. MARZORATTI, Osvaldo J., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 524, o al menos la incertidumbre, conf. CABANELLAS, Guillermo (h.), *Derecho de las Inversiones Extranjeras*, 2ª ed., Heliasta, Buenos Aires, 1982, p. 14.

(60) Esta clase de cláusulas sigue adquiriendo cada vez mayor nivel de aceptabilidad, conf. PARRA, Antonio R., *Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes*, en World Bank Group, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Washington D.C., 1992, ps. 126/130, esp. p. 128.

(61) Ampliar en YMAZ VIDELA, Esteban M., *Protección de Inversiones Extranjeras – Tratados Bilaterales – Sus Efectos en las Contrataciones Administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999, ps. 54/55 y 60 y sigtes.

nio (62), la cual establece —en términos casi sacramentales— que “el presente tratado se aplicará a las subdivisiones políticas de las Partes” o que “las disposiciones del presente tratado serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna” (63).

Más allá de los interrogantes —ricos en matices interpretativos— que dichos convenios puedan ofrecer en el marco de nuestra organización federal (64), lo cierto es que, como vimos antes, estos convenios, celebrados en la década del '90, se insertan en un período de detenimiento en la declinación del PBI per cápita: se identifican con el comienzo del crecimiento de éste. Ese detenimiento, y sus estabilizadores efectos, se inserta en un cuadro que puede caracterizarse simplemente así (65): entre 1995 y 1997, migran, de Europa a Argentina, 5.700 millones de dólares, contra 3.825 que migran desde aquel continente hacia los Estados Unidos (66).

(62) La aclaración no es ociosa: podría argüirse que a través de la no inclusión de la cláusula federal, el Congreso hace que el tratado sea parcialmente inoperante en la jurisdicción provincial (ampliar en TRIBE, Lawrence, *American Constitutional Law*, 3a ed., Foundation Press, New York, 2000, vol. I, p. 1180, teniendo presente que la jurisprudencia allí citada — en la que la Corte Suprema norteamericana declaró la invalidez de cláusulas contractuales por las que se hacía caso omiso a la legislación federal de arbitraje, *Federal Arbitration Act*, y se derivaban las contiendas a los jueces locales— se refiere a contrataciones privadas, no a contrataciones públicas).

(63) Ampliar en VANOSI, Jorge Reinaldo A., *Régimen Constitucional de los Tratados*, El Coloquio, Buenos Aires, 1969, ps. 61-63, esp. p. 63, y VANOSI, Jorge Reinaldo A. y DALLAVÍA, Alberto R., *Régimen Constitucional de los Tratados*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 396 y sigtes., e instrumentos allí citados, donde se ha empleado la mentada cláusula. Véase, asimismo, y a título de ejemplo, el Artículo XIII del Convenio con Estados Unidos aprobado por ley 24.124 (Adla LII-D, p. 3864 y sigtes., esp. p. 3868).

(64) Otros conflictos presentes en los sistemas federales, en el área del Derecho Administrativo son descriptos por TAWIL, Guido S., “*Avances Regulatorios...*”, cit., p. 9.

(65) Se consulta Organization for Economic Cooperation and Development, *International Investment Perspectives*, Washington, 2002, preparado por Hans Christian- sen y Ayse Bertrand de Capital Movements, división de inversiones y servicios internacionales.

(66) Banco Interamericano de Desarrollo, *Foreign Direct Investments in Latin America: Perspectives of the major investors. An Update*, Paris, 1999.

La composición de ese capital que cruza el Atlántico se compone de un 11,5% destinado a agricultura y minería, un 32,9% destinado a la industria manufacturera y un 55,6% destinado a provisión de servicios (67). En tales condiciones, el acervo de inversión extranjera directa crece: en millones de dólares, de 5.244 en 1980 y 6.563 en 1985, pasa a ser de 8.778 en 1990; 25.698 en 1995; 30.414 en 1996 y 36.070 en 1997 (68).

Nótese, asimismo, que en los dos primeros años de la década del '90 la prima de riesgo país se reduce drásticamente (69), de 6,5% a 2,9%:

<i>Período</i>	<i>Prima</i>	<i>Período</i>	<i>Prima</i>
I-1990	31,9	I-1992	6,5
II-1990	22,5	II-1992	5,7
III-1990	15,5	III-1992	6,9
IV-1990	16,9	IV-1992	7,7
I-1991	17,6	I-1993	7,9
II-1991	10,9	II-1993	4,9
III-1991	9,1	III-1993	3,6
IV-1991	6,5	IV-1993	2,9

Esta reducción es la que reflejaría el entorno seguro que propiciaba Alberdi a fin de que los capitales aterrizaran en nuestro país (70).

(67) Cepal, *La Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe, Informe 1996*, Santiago de Chile, 1997, p. 52.

(68) Unctad, *World Investment Report 1998*, Nueva York y Ginebra, 1998.

(69) Calculada según la brecha entre la TIR del Bonex 89 y la LIBOR, empleándose como fuente Estudio Macroeconómico, transcripto en MAGARIÑOS, Carlos y otros, *El Rol del Estado y la Política Industrial en los '90 - Aportes Preliminares para una Discusión Inconclusa*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1995, p. 44. Confrontar con la opinión de la consultora Institutional Investor, citada por DALLA VÍA, Alberto R., *Transformación Económica y Seguridad Jurídica*, Editora Platense, Buenos Aires, 1994, ps. 48: según ese informe, Argentina brindaba las siguientes cifras: *Ranking* marzo 1992-septiembre 1992: variación de *rating*: 26.2, variación en 6 meses: 2.6, guarismos que la ubicaban en ese momento entre el 74º y el 64º puesto.

(70) Sin embargo, en 1994 Dalla Vía señalaba que "los datos deben tomarse con mucha cautela. La Argentina llevaba una tendencia decreciente continua, muy lejana de sus índices históricos, al punto que aun habiendo mejorado seguimos por debajo de países con graves crisis económicas... Los factores de inseguridad jurídica que percibe nuestra sociedad son también evaluados por los inversores externos, convirtiéndose en el nuevo riesgo-país", conf. DALLA VÍA, *Transformación...*, cit., ps. 45/46.

Sin embargo, la tendencia descripta llega prácticamente a un punto muerto con la crisis que comienza con la ley de emergencia 25.344 de noviembre del 2000, gestándose hasta eclosionar en diciembre del 2001, escenario en el cual “casi cesó cualquier inversión” (71). Vuelve así a tornarse letra muerta el objetivo de prosperidad que el Padre de la Constitución volcara en la Carta Fundamental.

V. A modo de conclusión

La atracción de capitales extranjeros, fijada como objetivo por el Constituyente, confiándolo al Legislador congresional constituye, como vimos, un elemento clave en el crecimiento de nuestro país, una valiosa política tendiente a la ulterior generación de recursos genuinos para solventar el quehacer estatal en condiciones de estabilidad.

Tal como lo vaticinara Alberdi, mediante la inmigración no sólo de personas sino también de capitales se lograría la paz, el orden y el avance como Nación organizada. Esos capitales, y la prosperidad a ellos asociada, a su vez, no necesitarían de garantías de rentabilidad para permanecer, sino sólo un entorno de libertad (72), ajeno al intervencionismo superfluo, para afincarse en estas pampas en vez de elegir otro Estado destinatario. Eso es lo que demuestran las constancias económicas de fines del siglo XIX y de la más reciente década del '90.

Podrá argüirse que la inserción de la cláusula en cuestión, y el especial objeto de fomento al que nos hemos referido —los capitales extranjeros— podría corresponder a una postura que, en tanto aferrada a los hechos económicos contemporáneos a su gestación, implica, por parte de Alberdi, reconocer que “los intereses económicos nos gobiernan a todos”. Ello fue advertido por Fayt hace algunos años (73).

(71) Organization for Economic Co-operation and Development, *International Investment Perspectives...*, cit., p. 10.

(72) Recuerda García Belsunce que “la prosperidad ha de ser obra espontánea de las cosas, más bien que una presión oficial”; conf. GARCÍA BELSUNCE, Horacio, “Juan Bautista Alberdi”..., cit., p. 205.

(73) FAYT, Carlos S., “Homenaje de la Corte Suprema de la Nación en Memoria del Doctor Juan Bautista Alberdi”, en *Juan Bautista Alberdi – Homenaje en el centenario de su fallecimiento*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1987, p. 78.

Empero, claro es que la sana obsesión del Padre de la Constitución era elaborar un instrumento al servicio de elevados fines (74), y no podía, frente a ellos, soslayar incluir entre los objetivos de su plan magistral el vital flujo de los capitales foráneos para posibilitar la vida de un Estado que comenzaba a marchar.

Como sostuviera Linares Quintana, "las ideas de Alberdi no han muerto; viven y tienen hoy más fuerza que nunca" (75). Manteniéndolas vivas, aprendiendo de las experiencias que la Historia nos muestra, y aplicándolas al futuro, la llama del pensamiento y genio alberdiano no sólo se mantendrá viva, sino que nos guiará en la difícil tarea de crecer económicamente, como otrora pudimos hacerlo, cuando los capitales extranjeros migraban en millones hacia nuestro país.◆

(74) FAYT, op. loc. cit.

(75) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Discurso pronunciado en el acto de homenaje a Juan Bautista Alberdi ante el monumento erigido al prócer en la Recoleta, el 29/8/85, en nombre del Colegio de Abogados de Buenos Aires, con motivo del aniversario de su nacimiento y del Día del Abogado", en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, *Anales*, Segunda Época, Año XXX, Nº 23, p. 409 y sigtes., esp. p. 416.

DERECHO E IDEOLOGIA UNA CLAUSULA ILEGITIMA DE LA CONSTITUCION

POR NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

SUMARIO: 1. Aclaraciones preliminares. 2. El caso bajo examen. Normas y fuentes. 3. El debate en la convención constituyente de 1853. 4. Algunos puntos en discusión. La cantidad en juego. 5. Consecuencias de la exclusión. 6. Vigencia de la norma. 7. Críticas al precepto. 8. Reexamen. 9. Situación jurídica actual. 10. Conclusiones.

1. Aclaraciones preliminares

Existen varias maneras de encarar el análisis de una Constitución, y de los conflictos ideológicos que anidan en ella. Una es negarlos, suponer que la constitución carece de ideología, que su concepción es inmaculada, o que es portadora —si no cabe más remedio que reconocerle alguna filiación ideológica— de la mejor ideología imaginable.

El presente trabajo parte de otras premisas. La primera, que una Constitución puede ser buena, regular o mala. La segunda, que como todo producto jurídico, nace al calor de uno o más techos ideológicos, ya que no se dicta por mero *hobby* o entretenimiento, sino para regular una sociedad, y no hay ordenación social sin ideología que la anime. Ordenar y regular al tuntun, por lo demás, sería un acto de locura política.

Por lo demás, cualquier constitución, aún la más perfecta, es un producto humano, y por ende, falible. El dogma de la infalibilidad constitucional no ha sido felizmente promulgado todavía, y es de esperar

que nunca lo sea. De ahí que deba reconocerse que cualquier constitución puede cometer errores e incubar vicios y virus, jurídicos y políticos.

Otra premisa de esta colaboración es que los defectos y las contradicciones ideológicas de una constitución pueden ser concomitantes a su sanción, o escalonados (1). Los primeros se producen en el momento del parto constitucional, vale decir, cuando la constitución es sancionada por el constituyente histórico. Los segundos se producen cuando una constitución es reformada en distintos momentos por también diferentes sujetos constituyentes, de tal modo que uno de ellos puede no coincidir con los anteriores.

Hasta el momento hemos hablado de problemas de la constitución consigo misma. Pero una Constitución puede colisionar también, externamente, con la sociedad a la que debe regir, si enuncia fórmulas y respuestas jurídicas contrarias al sentir mayoritario de esa comunidad, circunstancia que provoca conflictos de legitimidad, en este caso simultáneos al lanzamiento de la norma constitucional. Pero también es posible que una cláusula constitucional posea legitimidad inicial, y sin embargo después, ante cambios en las creencias y valoraciones sociales, o variaciones en el contexto de vida, sea reputada ilegítima (casos de ilegitimidad sociológica sobreviniente). En el supuesto de una constitución antigua, ello puede resultar frecuente.

2. El caso bajo examen. Normas y fuentes

En la constitución argentina formalmente vigente, diversos magistrados y funcionarios deben contar con determinado patrimonio o ingresos económicos para acceder a sus cargos.

El art. 55, en efecto, indica que para ser Senador se requiere, entre otros recaudos, "disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente". Igual exigencia demanda la Constitución para ser Presidente o Vicepresidente (art. 89.), o Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 111).

(1) Sobre las contradicciones constitucionales y sus soluciones, nos remitimos a SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, Buenos Aires, 1998, Ed. Depalma, p. 141 y sigtes.

La primera de estas normas, que se transporta a las demás, proviene del texto constitucional de 1853 (art. 43). En la reforma constitucional de 1860 pasó a numerarse como 47, y atravesó incólume los siglos XIX y XX, a más del XXI, hasta ahora, y cinco reformas constitucionales (incluida la de 1994, que le dio su actual enumeración), no obstante las muchas propuestas tendientes a abolirla (2). Fue derogada, es cierto, por la reforma constitucional justicialista de 1949 (art. 48), de neto corte social y popular, pero esta constitución resultó a su vez dejada sin efecto en 1956.

Las fuentes del actual art. 65 de la constitución vienen de la sección II, capítulo II, art. XI, de la constitución de 1819, que en lo que aquí nos interesa exigía "un fondo de ocho mil pesos, una renta equivalente, o una profesión que lo ponga en estado de ser ventajoso a la sociedad". Para ser representante, (diputado, en la jerga actual), la cantidad demandada era menor: un fondo de cuatro mil pesos al menos, o en su defecto arte, profesión u oficio útil (sección II, capítulo I, art. V) (3).

En la misma línea, el art. 24 de la constitución de 1826 requería "un capital de diez mil pesos, o una renta equivalente o profesión científica, capaz de producirla" (4).

Como puede advertirse, las constituciones de 1819 y de 1826 eran en parte más indulgentes que la actual argentina, ya que la primera se conformaba con que el interesado tuviese, si no poseía el patrimonio exigido, una profesión ventajosa para la sociedad; y la segunda, una profesión científica apta para producir una renta. El actual art. 55, en cambio, exige una renta de dos mil pesos fuertes, o una entrada equivalente (no se conforma, en subsidio de la no tenencia concreta de ingresos, con la posesión de un diploma, o con la posibilidad de obtener la renta).

No se sabe si la regla en cuestión formó parte del esbozo o proyecto constitucional de José B. Gorostiaga, por cierto importante como fuen-

(2) Sobre las tentativas de eliminación de esta cláusula, cfr. COLAUTTI, Carlos, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1996, Ed. Universidad, p. 112.

(3) Cfr. SAN MARTINO DE DROMI, Ma. Laura, *Documentos constitucionales argentinos*, Buenos Aires, 1994, ed. Ciudad Argentina, p. 2318 y sigtes.

(4) *Ibidem*, p. 2406.

te directa de la constitución de 1853, ya que el mismo principia, en la parte que de él se conoce, detallando las competencias del Congreso (5); pero sí existe en el proyecto constitucional de Juan B. Alberdi, con el mismo monto que fijó la constitución de 1853 (“...disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes, o de una entrada equivalente”: art. 62), que se convierte, de tal modo, en la fuente más próxima del texto constitucional argentino (6).

Como detalle curioso, debe indicarse que la condición económica que aludimos no era exigida por la constitución de los Estados Unidos de América, que en cambio, en otros aspectos, sirvió de modelo para la de Argentina.

3. El debate en la convención constituyente de 1853

Un repaso de las actas de la convención constituyente de 1853 alerta que el tema fue especialmente tratado en la sesión del 27 de abril, que dio lugar a una acalorada polémica, y que la norma fue aprobada por un reducido margen de diez votos a favor y ocho en contra, circunstancia que evidencia el escaso consenso que obtuvo.

Al respecto, el convencional Zenteno, al tomar en cuenta el proyecto de la comisión redactora, postuló la eliminación del recaudo económico para ser Senador argumentando que “las guerras y las calamidades habían destruido las fortunas”, y que por ende, la norma inhabilitaría *sin razón* a personas idóneas para ocupar las funciones públicas. La defensa del precepto corrió a cargo de José B. Gorostiaga, quien sostuvo que el Senado “era un cuerpo moderador de las exigencias ardorosas del pueblo, que estaban representadas en la Cámara de diputados”. Anticipó también que si había un hombre virtuoso, patriota o ilustrado, “el mismo Senado, que era el juez de sus títulos, daría lugar a estas excepciones sin necesidad de levantar un sumario para asegurarse de las condiciones de elegibilidad”.

A su turno, el convencional Llerena apuntó que el Senado debía ser “*el templo de la gloria*”, y que la tenencia de dinero no llenaba las cali-

(5) *Ibidem*, p. 2482.

(6) *Ibidem*, p. 2441. En realidad, el proyecto Alberdi estableció esa exigencia para ser Senador (art. 57), diputado (art. 62), y Presidente de la Nación (art. 78), pero no para integrar la Corte Suprema.

dades que había que poseer para acceder a tal recinto. Más todavía: quienes hubiesen prestado anteriores servicios distinguidos a la Patria, no eran generalmente acaudalados. Añadió que la suma de 2.000 pesos fuertes era una suma exagerada, aún en Europa.

El convencional Torrent propuso un enmienda al proyecto: que se requiriese una propiedad de 6.000 pesos, pero no una renta, que era más difícil de evaluar (7).

Repasemos los argumentos vertidos. A favor de la exigencia de los 2.000 pesos fuertes, la razón alegada fue la necesidad de moderar las demandas populares, con una posible corrección: si había alguien ilustre para desempeñar el cargo en juego, el Senado podría hacer una salvedad a su favor (8). En contra, que el dinero no era mérito para acreditar las cualidades para ser Senador; que muchos candidatos dignos quedarían proscriptos, en particular tratándose de un país empobrecido; más todavía, cuando la cantidad requerida era desmesurada.

Según se apuntó, el artículo en cuestión se aprobó por un margen estrecho de diez en pro y ocho por el no.

4. Algunos puntos en discusión. La cantidad en juego

La principal norma en juego (el actual art. 55) provoca una serie de controversias respecto a su intelección y vigencia.

La primera es respecto a la cantidad actual que significan los dos mil pesos “fuertes” a que alude.

Por un lado, podría sostenerse que el requisito ha desaparecido, porque no hay ahora “pesos fuertes”.

(7) Cfr. Por ejemplo GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino*, 3ª ed., Buenos Aires 1931, Ed. Lajouane, t. II ps. 439/40.

(8) Lo que podría llamarse “la excepción Gorostiaga” de la norma sancionada (en el sentido que el Senado podría hacer un distingo, admitiendo aún a quien no tuviere los famosos 2.000 pesos, si era ciudadano distinguido), era relativa y poco convincente. Prácticamente dejaba en manos del Senado exceptuar a alguien de los recaudos para ingresar a la Cámara, si a ésta le parecía bien obviarlos. Además, ¿como se aplicaría al caso del Presidente, Vicepresidente y jueces de la Corte Suprema? ¿También correría para ellos la “excepción Gorostiaga”?

Otra versión toma las palabras “pesos fuertes” en el sentido simple de “pesos” actuales. Se llegaría así a una cantidad realmente baja, que la mayor parte de los habitantes podría cubrir (si se piensa en una actual remuneración mensual mínima, por ejemplo, de cuatrocientos pesos) (9).

Una tercera postura, acorde con la intención original del constituyente, propone traducir los dos mil pesos fuertes en moneda actual. Carlos M. Bidegain, partiendo del hecho de haber la ley 733, de 1875, creado el “peso fuerte” con una valía de un gramo y dos tercios de oro fino, los 2.000 pesos fuertes equivaldrían ahora a 3.332 gramos de oro fino, o 107 onzas troy. De acuerdo con la cotización presente del oro, ello importaría 37.958 dólares, o 123.365 pesos argentinos al 21 de febrero de 2003 (10).

5. Consecuencias de la exclusión

Tal cifra, obviamente importante, coincide con las preocupaciones del convencional Llerena en torno a lo difícil que sería reunirla. Solamente una delgada capa social podría reunir ingresos superiores equivalentes hoy a 3.000 dólares mensuales, y por supuesto, estarían excluidos la enorme mayoría de asalariados, funcionarios públicos, comerciantes propietarios de empresas pequeñas y medianas, y profesionales. Curiosamente, tampoco los convencionales de 1853 podrían

(9) ZARINI, Helio J., *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999, Ed. Astrea, p. 682.

(10) Cfr. BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1981, Ed. Abeledo-Perrot, t. IV p. 44.

El cálculo de Bidegain es discutible, porque el peso fuerte vigente al sancionarse la constitución de 1853 puede no coincidir con el peso fuerte de la ley 733, del año 1875, al que dicho autor toma como base. Para llegar a los resultados finales que citamos en el texto, hemos tomado —partiendo del cálculo de Bidegain— la cotización de la onza troy, del día 20 de febrero de 2003, en la bolsa de Zurich, valor de venta; y el del peso argentino, cotización del mercado libre de la misma fecha, valor de venta. Cfr. Diario *La Nación*, sección Economía, 21/2/03, ps. 1 y 7.

Por su parte, Ekmekdjian explica que teniendo en cuenta las viejas leyes de la época, los dos mil pesos fuertes serían similares a poco menos del doble de la remuneración de un Director Nacional de la administración pública, pero sin fundar exactamente sus cálculos. Cfr. EKMEKDJIAN, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1997, Ed. Depalma, t. IV, p. 273.

haber superado el mínimo exigido, si se tienen en cuenta las penurias económicas que padecían (11).

Por lo demás, el asunto no termina con prohibir la entrada al Senado de quienes no tuvieren esa renta o entrada equivalente. También la Presidencia y Vicepresidencia de la Nación, así como la Corte Suprema, por el juego de los actuales arts. 55, 89 y 111. En definitiva, el Poder Ejecutivo, la cabeza del Poder Judicial, y medio Poder Legislativo, resultarían interdictos para las clases baja y media.

6. Vigencia de la norma

La doctrina argentina es renuente, por lo común, en aceptar que las cláusulas constitucionales puedan abrogarse por vía de derecho consuetudinario (desuetudo). Sin embargo, en este punto la posición mayoritaria reconoce que la exigencia económica del art. 55 de la constitución nacional está abolida por desuso (12). Ocasionalmente, Carlos M. Bidegain cuenta que en 1920 se la intentó aplicar, entre otros argumentos, con el propósito de rechazar un diploma de Senador electo por Mendoza, quien se hallaba concursado (13).

Al decir de Humberto Quiroga Lavié, sin embargo, la cláusula podría recuperar vigencia si el Senado estableciera un índice de actualización monetaria a los consabidos 2.000 pesos fuertes (14).

(11) Cfr. sobre los magros recursos de los constituyentes LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2ª ed., Buenos Aires, 1987, Ed. Plus Ultra, t. 9 p. 227. En cuanto el empobrecimiento general del país, en 1853, con salvedades v. gr. En la provincia de Buenos Aires, cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Historia política y constitucional argentina*, Buenos Aires, 1976, Ed. Ediar, t. I p. 539 y sigtes.

(12) Por ejemplo, en el sentido que la cláusula que comentamos es "letra muerta", V. PADILLA, Miguel, *Derecho Constitucional. Organización del Estado*, Buenos Aires, 1998, Ed. Abeledo-Perrot, p. 72; o que ha caído "en absoluto desuso", V. MIDÓN, Mario A. R., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 1997, Ed. Plus Ultra, p. 408. A su turno, Segundo V. Linares Quintana señala que la exigencia patrimonial que comentamos, nunca fue efectivizada (*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional...*, t. 9 p. 226). En el sentido que no se cumple, GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, 2001, Ed. La Ley, p. 414, aunque aclara que no ha sido derogado.

(13) BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos...*, ob. y p. cit.

(14) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires 1978, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, p. 765. Ver no obstante nota 19.

7. Críticas al precepto

La cláusula que comentamos debe ser la menos simpática de la Constitución. Desde cuestionamientos moderados, al estilo de Joaquín V. González, quien afirmó que el recaudo patrimonial aludido “no es un requisito acorde con nuestro sistema de Gobierno” (15), hasta las impugnaciones de Manuel Montes de Oca (escribió que tales requisitos “no pueden justificarse en ningún caso... a nada conducen, desde que ni garanten independencia, ni constatan posición pecuniaria”) (16), la crítica ha sido casi unánimemente negativa. Ya en el siglo XIX, el colombiano Florentino González, al parecer primer profesor en ejercicio de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, la reputó innecesaria, y en el peor de los casos, si existía, que pudiese ser reemplazada por haber sido el candidato gobernador, ministro, juez de Corte o haber ocupado otro empleo (17).

En definitiva, hemos rotulado a la cláusula referida como el precepto oligárquico de la constitución (18).

Alguna vez se ha intentado explicar la norma en cuestión con el argumento de que, al exigirse la suma que menciona la constitución, se alejarían las sospechas de venalidad en el proceder de los senadores (19).

Ante los habituales denuestos contra la cláusula que comentamos, es posible que tal rechazo haya provocado la inaplicación —o derogación vía desuetudo— de la misma.

(15) GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Ed. Estrada, 24ª ed., Buenos Aires, 1951, p. 352

(16) MONTES DE OCA, Manuel, *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires 1903, imprenta “La Buenos Aires”, t. II p. 120.

(17) GONZÁLEZ, Florentino, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 1ª ed. (Buenos Aires, fecha ilegible), Imprenta Bernheim, p. 214.

(18) SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, 1999, Ed. Astrea, t. 1, ps. 434/5. También la reputamos allí derogada por desuetudo.

(19) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, p. 765. Sin embargo, en la edición de esta obra del año 2001, en colaboración con Miguel A. Benedetti y María de las Nieves Cenicacelaya, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. II, p. 1011/12, el autor apunta que no se exige el cumplimiento del precepto por las obvias implicancias aristocratizantes que posee.

8. Reexamen

Para entender la textura ideológica del requisito patrimonial sentado por el art. 55 de la constitución, derivado, como vimos, del texto constitucional de 1819, debe advertirse, precisamente, que esta última constitución siempre fue visualizada como un documento mixto, no excesivamente democrático, sino con fuertes elementos monarquizantes y aristocráticos (20).

Ello condice con varias cosas. Una de ellas, son las prevenciones de algunos constituyentes de 1853 (entre ellos, y de modo preponderante, Gorostiaga), acerca de la necesidad de moderar “los ardores del pueblo”, según ya vimos. Eso coincide con los temores circulantes—incluso en la constituyente norteamericana de 1787— sobre la “tiranía de la mayoría” (21).

En la época, asimismo, la idea de asociar la riqueza con la instrucción, como garantía de éxito en una propuesta democrática, no era rara. En la convención revolucionaria francesa, por ejemplo, Boissy d'Anglas sostuvo que “En el país gobernado por propietarios, reinará el orden social; aquel que gobiernen los no propietarios, vive en estado de naturaleza” (22). Numerosos textos constitucionales de la época, como los de Bolivia de 1878, Chile de 1833, Costa Rica de 1888, Holanda de 1887, o la Ley Fundamental de Austria de 1867, exigían la posesión de cierta riqueza o determinada renta para acceder al Senado o cámara alta, y algunas veces también a la Cámara de Diputados (23).

(20) Sobre las “veleidades aristocráticas expresas y las monárquicas implícitas” en la constitución de 1819, cfr. LONGHI, Luis R., *Génesis e historia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1945, Ed. Bibliográfica Argentina, p. 347.

(21) Cfr. sobre el tema LÓPEZ, Mario Justo, *Introducción a los estudios políticos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1983, Ed. Depalma, t. II, p. 207 y sigtes.

(22) IZAGA, Luis, *Elementos de Derecho Político*, 2ª ed., Barcelona, 1952, t. I, ps. 338/340, con cita de Barthélemy-Duez.

(23) En otros casos, se privaba de la ciudadanía o de los derechos políticos a los sirvientes a sueldo, peones jornaleros, simples soldados o domésticos. Sobre las constituciones mencionadas en el texto y la de Uruguay de 1830, cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Constitucionalismo social*, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (Director), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1981, Ed. Astrea, t. 2, ps. 668/9.

Tales ideas subsistían incluso en pleno siglo XX. Por ejemplo, Izaga explica que “La riqueza supone la instrucción o da mayores facilidades para adquirirla y perfeccionarla. Y la mayor cultura habilita para la mejor comprensión y realización del servicio público... Solo la posesión de alguna riqueza da la independencia necesaria para usar con libertad el voto; y sólo los que tienen intereses materiales que defender dentro del Estado pueden sentir la responsabilidad del buen gobierno y procurarlo con el recto ejercicio del sufragio” (24).

En pro de la exigencia de un determinado patrimonio para acceder a algunos cargos de gobierno, en síntesis, concluían dos líneas argumentales:

a) una, heredera de la teoría del gobierno mixto como mejor fórmula política, sostiene que una simbiosis de democracia, aristocracia y monarquía sería el mejor antídoto contra las exageraciones y perversiones particulares de cada uno de estos regímenes (25). Por tanto, era *bueno* para la salud del sistema, que éste tuviese condimentos aristocráticos (en el caso, en base a la riqueza-educación).

b) otra variable ideológica procuraba excluir del funcionamiento democrático al que después sería llamado “cuarto estado”, o “proletariado”, reservando el manejo de la cosa pública al “tercer estado” (estado “llano”, o “burguesía”), muchas veces en sus capas superiores.

Para operar esa exclusión se afirmaba, por ejemplo (Locke), que pese a ser todos inicialmente iguales (tesis de la igualdad original, como derecho natural), quien vendía su trabajo a cambio del salario difícilmente tendría el tiempo necesario para razonar sobre los difíciles asuntos de gobierno (26). El discurso ideológico proseguía afirmando

(24) IZAGA, Luis, *Elementos de Derecho Político*, ob. cit., p. 339.

(25) Sobre las formas mixtas de gobierno y sus fundamentos doctrinarios y axiológicos, v. López Mario Justo, *Introducción a los estudios políticos*, ob. cit., t. II ps. 137 y sigtes. Interesa subrayar que el *Manifiesto* que acompaña a la constitución de 1819 (fuente, como vimos, del actual art. 55 de la constitución argentina), detalla que se propone organizar “de un modo mixto” a los tres poderes del Estado, y que intenta corregir en la formación de la ley “las obras del error, del tumulto y de las pasiones”. V. SAN MARTINO DE DROMI, Ma. Laura, *Documentos constitucionales...*, ps. 2350/1.

(26) Sobre el pensamiento de Locke, por ejemplo, cfr. MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo*, trad. De J. R. Capella, Barcelona, 1970, Ed.

que votar significaba cumplir una delicada función pública, más que ejercer un derecho personal del elector (el poder de sufragar no residía en cada uno, sino en la nación como conjunto), y por tanto, no era anómalo que el Estado distinguiera entre ciudadanos “activos” (aptos para sufragar y ejercer funciones estatales) y “pasivos” (inhabilitados para el comicio y las magistraturas oficiales). De tal modo, la mayoría de la población quedaba borrada del sistema electoral, estrategia que R. Carré de Malberg explica porque en la Francia revolucionaria, por ejemplo, el “tercer estado” que manejaba la convención constituyente era un estado “burgués”, y no popular ni democrático (27).

Lo cierto es que en Argentina, tal argumentación, quizá comprensible en algunos lugares a mediados del siglo XIX (no se olvide que en países tan significativos como Estados Unidos o Brasil, todavía persistía la esclavitud), tropezó en la propia convención constituyente de 1853 con una fuerte oposición. Diez votos a favor y ocho en contra no eran indicio de un consenso firme. Además, en una sociedad pauperizada por las luchas civiles y con bajo nivel de vida, salvo quizá el caso de la provincia de Buenos Aires (28), la imposición del recaudo patrimonial que comentamos nunca gozó de mayores simpatías ni predicamento.

Con posterioridad, al ingresar Argentina en el marco de una democracia social, el precepto entró además en crisis terminal con las bases igualitarias y participativas de ésta, de tal modo que su inobservancia no fue muestra de descuido o negligencia por parte de los operadores de la constitución, sino de una exigencia sistémica de perdurabilidad del régimen republicano. Dicho de otro modo: la única manera de compatibilizar una imagen actualizada de la democracia con el actual art. 55 de la constitución, en cuanto la exigencia económica para ser Senador (y además, Presidente, Vicepresidente, o juez de la Corte Suprema), consistió en incumplir con tal recaudo patrimonial. Lo llamativo del caso es que la exigencia referida no haya sido deroga-

Fontanella, p. 176 y sigtes., LOCKE, John, *Tratado del gobierno civil*, trad. Por C. C. y L. C., Buenos Aires s/f., Ed. Claridad, p. 13 y sigtes., 29/30, 45, 72, 102.

(27) V. CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, trad. por José L. Depetre, México, 1948, Ed. Fondo de Cultura Económica, ps. 952/3.

(28) Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., ob. y p. cit. en nota 11.

da por ninguna reforma constitucional explícita. Se trata de un caso de inercia jurídico-política realmente incomprensible.

9. Situación jurídica actual

A ciento cincuenta años de la constitución de 1853, lo más práctico es entender derogada por desuetudo a lo que podría hoy llamarse la "cláusula plutocrática" de la constitución.

De todos modos, jurídicamente tampoco es válida. El art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica, hoy con rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la constitución), enuncia el derecho de los ciudadanos de participar en la dirección de los asuntos públicos (inc. a), aclarando la misma convención que tal prerrogativa solamente es reglamentable "por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal" (art. 23, numeral 2).

Por tanto, el art. 55 de la constitución, en lo que estamos tratando, colisiona con el Pacto (también, en lo pertinente, los arts. 89 y 111 de aquélla). Ante tal enfrentamiento, debe prevalecer el Pacto, por varios motivos. Uno, porque los aludidos arts. 55, 89 y 111 están en la segunda parte de la constitución, que debe ceder ante los tratados y convenciones constitucionalizados, según el art. 75 inc. 22 de la misma constitución. Si no se acepta tal tesis, el principio "pro homine" exige priorizar al mejor derecho para la persona, motivo por el cual tendría que habilitarse al excluido por razones patrimoniales (29). En tercer término, los principios *pacta sunt servanda* y de la *bona fide* en materia de cumplimiento de obligaciones internacionales, aconsejan cumplir con el Pacto, pese a las reglas de derecho interno que podrían oponerse a él (30).

(29) La discusión en torno al orden jerárquico normativo entre los tratados "constitucionalizados" por el art. 75 inc. 22 de la Constitución y la misma constitución es larga en el derecho argentino. Sobre las distintas posturas, nos remitimos a nuestros *Elementos de Derecho Constitucional*, ob. cit., t. 1, ps. 263/9.

(30) No puede dejar de apuntarse, en este tema, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en "Alianza Frente", Fallos, 324:3143) ha decidido que la negación por la ley argentina, de derechos electorales a un procesado, infringe el mencionado art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica, que priva de tales derechos a quien tenga "condena". Si bien este fallo resuelve un conflicto entre una ley y el Pacto, sirve de antecedente para acreditar el peso jurídico de éste, frente a una cláusula constitucional que se le oponga.

Concomitantemente, el nuevo art. 37 de la constitución de 1994 señala que ésta “garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular...”. Añade la norma que “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. Es notorio que en ese contexto igualitario la distinción —hoy, ya, discriminación— entre adinerados y no adinerados, para acceder al Senado, la Presidencia y la Vicepresidencia de la Nación, y la Corte Suprema, no puede tener lugar.

La oposición entre los arts. 55, 89 y 111, por un lado, y el 37 de la constitución, por el otro, en el tema que nos ocupa, es inconciliable. Una variable de solución ante este supuesto de contradicción normativa (y, fundamentalmente, ideológica), es hacer prevalecer la última norma dictada y la última ideología imperante (que es el constitucionalismo social, según surge claramente del nuevo art. 75 inc. 19, y que se supone es la preferida por el constituyente actual y por el pueblo actual), por sobre las antiguas reglas decimonónicas. La aplicación analógica del postulado *lex posterior derogat priori* es, en este caso, muy útil para dirimir tal confrontación (31).

10. Conclusiones

El actual art. 55 de la constitución fue portador de un interesante debate ideológico en la convención constituyente de 1853. Tributario a la postre de una constitución anterior (1819), partidaria ésta de un sistema mixto de gobierno, de habérselo efectivizado, quizá más del noventa por ciento de la población del país hubiese estado impedida *de jure* para acceder al Senado, a la Presidencia y Vicepresidencia de la Nación, y a la Corte Suprema de Justicia.

Impuesto en 1853 por una estrecha mayoría, nunca tuvo predicamento. Su falta de sólido consenso inicial, y la apreciación doctrinaria casi unánime de su ilegitimidad, llevaron a su incumplimiento por los operadores de la Constitución, arribándose así a un inusual reco-

(31) Sobre el método indicado para resolver las contradicciones de la constitución, me remito a mi libro *Interpretación judicial de la constitución*, ob. cit., p. 149.

nocimiento de derogación por vía consuetudinaria, de un precepto de la constitución formal.

Actualmente es incompatible, además, con el Pacto de San José de Costa Rica, que posee rango constitucional, y con el nuevo art. 37 de la constitución, como con la ideología propia del estado social de derecho que anima a la reforma constitucional nacional de 1994.◆

ALBERDI, LA CONSTITUCION Y LA INGENIERIA DEL REGIMEN POLITICO

POR MARIO D. SERRAFERO

El pensamiento de Juan B. Alberdi (1) y la Constitución Nacional constituyen un sistema integrado de ideas que atravesó la política, el derecho y las instituciones del país. Apenas hace falta mencionar que el Texto Fundamental sancionado en 1853 —con las reformas de 1860— constituyó una obra de sabiduría jurídica que engarzó magistralmente una sólida y sobria estructura racional-normativa con el sustrato histórico-cultural de una sociedad en formación y un Estado en construcción.

Rodolfo Rivarola realizó una impecable síntesis del tan difícil como logrado equilibrio que significó la elaboración constitucional. Decía: “La Constitución argentina fue concebida históricamente y en contemplación de la realidad contemporánea de su momento inicial, en tránsito de lo pasado hacia lo futuro. Su moral se encuentra en la filosofía del justo medio. No es, pues, extremista en ningún sentido; radical en ningún otro; intransigente con la realidad posible, jamás. Sus virtudes están en el alejamiento de estos tres términos. Por esto se demuestra que no es federal ni unitaria; que no es liberal en sentido absoluto, ni antiliberal; que no crea la forma parlamentaria de gobierno, ni la forma personalista de la presidencia; que no es demagógica ni despótica; que ha cuidado de equilibrar las funciones del gobierno,

(1) Entre los pensadores que influyeron en Alberdi cabe citar, entre otros, a Constant, Smith, Say, De Tocqueville, Locke, Bentham y Rossi. Sobre la figura de Alberdi puede consultarse MAYER, Jorge, *Alberdi y su tiempo*, Bs. As., Eudeba, 1964.

no solamente en los tres poderes de la partición clásica, sino también en la coparticipación de un gobierno central con gobiernos locales, y ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo de la Nación, ni las Legislaturas o Gobernadores Provinciales, pueden usar de sus atribuciones fuera de la Constitución en perjuicio de un derecho o de una garantía individual, sin ser rectificadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación" (2).

En estas páginas se analizan algunas claves del pensamiento de Alberdi en relación con su proyecto de Nación y con la ingeniería del régimen político instaurado por la Constitución de 1853/60. Asimismo, se reflexionará sobre ciertos desvíos históricos que los propios argentinos provocaron del modelo ideado por Alberdi y consagrado en el Texto Fundamental de la República.

El diagnóstico de la situación política y social

Para Alberdi, la caída de Rosas no implicaba la automática resolución de los problemas del país, más bien allí comenzaba un largo camino; desde una situación de vacío de gobierno, de Constitución y de leyes generales (3). Ninguna Constitución de la América del Sur podía ser tomada como modelo, pues respondían a momentos y necesidades que no eran las de entonces. Advierte que existían dos períodos diferentes en la historia constitucional de América del Sur. Uno que comenzaba en 1810 y concluía con la guerra contra España, y otro que llegaba hasta aquel momento (4). Alberdi marcaba los tiempos de una historia tan próxima y lejana a la vez, que proyectaba en el presente una vieja institucionalidad, que descarta de modo concluyente señalando la causa de su desgracia: "Ninguna de estas constitu-

(2) Citado en *Constitución de la Nación Argentina*. Bs. As., Depalma, 1974, ps. 27 y 28.

(3) ALBERDI, Juan Bautista, *Las Bases*, Biblioteca Argentina, Librería de la Facultad, Bs. As., 1915, p. 35. El presidencialismo del siglo pasado es analizado por VALADÉS, Diegos, en "El Presidencialismo Latinoamericano en el siglo XIX"; y por RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos en "El Héroe del Barroco. Imagen del Presidencialismo Latinoamericano", ambos en *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, n. 2 (1986), ps. 49-65 y 67-82, respectivamente.

(4) ALBERDI, Juan Bautista, *Las Bases*, p. 37.

ciones contempló lo necesario para el engrandecimiento y progreso de los nuevos estados” (5).

Observaba una crisis constitucional en orden a cuestiones básicas y necesarias para la nueva etapa que debía emprender América del Sur, estas necesidades eran: población, inmigración y comercio con el fin de superar el estado de atraso y pobreza. Las constituciones que criticaba estaban en contra del progreso material y de las necesidades de la hora. Si bien era lógico treinta años atrás privilegiar la independencia y la libertad, se necesitaban propuestas prácticas más que teóricas. La retórica y los grandes principios no alcanzaban, en cambio debían organizarse “medios prácticos de sacar a la América emancipada del estado oscuro y subalterno” (6) en que se encontraba. Ese y no otro debía ser el fin constitucional en América del Sur.

Alberdi señalaba que las constituciones imitaban a las de Francia y los EE.UU., y ello era un error pues las circunstancias de los países de la región no aconsejaban tal decisión. La Francia revolucionaria había desconocido y perseguido la libertad de comercio y por tal razón constituía un ejemplo peligroso. Los EE.UU. tampoco eran un modelo constitucional a tomar en cuenta, en materia de política exterior y cuestiones económicas (7). A los EE.UU. le convenía una política destinada a proteger su industria por medio de tarifas, en cambio —para Alberdi— la Argentina no tenía fábricas ni marina para proteger y no tenía sentido establecer restricciones con el comercio internacional, más bien todo lo contrario.

La América del Norte y la del Sur se encontraban en situaciones diferentes, y por tanto, no podía seguirse tal cual el modelo norteamericano, pues de lo contrario existía el riesgo de caer en el “embrutecimiento y la pobreza” en forma definitiva. Alberdi situaba estas diferencias en el disímil recorrido de sus pasados coloniales. En el Norte, el liberalismo de su sistema colonial siempre había atraído pobladores, aún antes de la independencia. El Sur, en cambio, era heredero de

(5) *Ibíd.*, p. 38.

(6) *Ibíd.*, p. 64.

(7) *Ibíd.*, p. 40.

un sistema “esencialmente exclusivo, y debía practicar una política estimulante en lo exterior” (8).

Parecería que de un lado objeta la réplica textual o la simple imitación por las diferencias apuntadas, pero del otro lado, intenta repetir la “secuencia” de procesos que se habían dado en el Norte. Se estaba, en otros términos, en un estadio anterior dentro de un desarrollo secuencial, y no se podía imitar una etapa a la cual no se había llegado, había que irse más atrás; en definitiva, encontrarse con la acción del liberalismo que daría respuesta a las necesidades de la hora.

Alberdi no tarda en señalar y reiterar cuales son los medios que deben figurar a la cabeza de las constituciones. Decía: “Así como antes colocábamos la independencia, la libertad, el culto, hoy debemos poner la inmigración libre, la libertad de comercio, los caminos de fierro, la industria sin trabas, no en lugar de aquellos grandes principios, sino como medios esenciales de conseguir que dejen de ser palabras y se vuelvan realidades. Hoy debemos constituirnos... para tener población... para ser navegados los ríos, para ver opulentos y ricos nuestros Estados” (9).

Se advierte que Alberdi concibe el instrumento constitucional como un programa de gobierno más que como una ley que cristaliza el funcionamiento político dentro de un esquema de distribución del poder y competencias. Un programa donde el Constituyente aparece revestido con las dotes de una gran empresa. Las constituciones debían ser una suerte de “contratos mercantiles de sociedades colectivas” para dar población a los desiertos que los habitantes “pomposamente” calificaban con el nombre de repúblicas, y construir ferrocarriles “que supriman las distancias que hacen imposible esa unidad indivisible en la acción política” (10).

Para Alberdi, las constituciones debían expresar las necesidades del presente, no las del pasado ni las del mañana, y constituían andamios para que el arquitecto construyera el edificio político. Claramente diferenciaba entre “constituciones de transición y creación, y constitu-

(8) *Ibíd.*, p. 41.

(9) *Ibíd.*, p. 64.

(10) *Ibíd.*, p. 65.

ciones **definitivas** y de **conservación**". América del Sur necesitaba en aquella hora las del primer tipo que eran también las de los "tiempos excepcionales" (11).

Sería equivocado ver en Alberdi sólo la figura de un constitucionalista, creyente ciego de supuestos efectos milagrosos de las leyes; en realidad sorprende el modo en que reitera —por ejemplo en sus *Escritos Políticos*— la impotencia de la ley para regir los destinos humanos y el curso de las cosas, si ésta no encuentra su razón en la realidad, la necesidad, y el tipo de sujetos a la cual va dirigida. Alberdi practica un diagnóstico de la carencia, auscultando el estado de atraso y pobreza en que se ve sumida Hispanoamérica, diagnóstico que automáticamente se convierte en programa de gobierno para transformar y dominar el terrible desierto americano.

Desierto y Constitución, parecen ser las claves que arroja su diagnóstico; muestra de carencias por un lado e inmediata respuesta por el otro, y que Alberdi articula sugerentemente: "¿Qué nombre daréis, qué nombre merece un país compuesto de doscientas mil leguas de territorio y de una población de ochocientos mil habitantes? Un desierto. Pues bien, ese país es la República Argentina; y cualquiera que sea su constitución, no será otra cosa por muchos años que la constitución de un desierto. Pero, ¿Cuál es la constitución que mejor conviene al desierto? La que sirve para hacerlo desaparecer; la que sirve para hacer que el desierto deje de serlo en el menor tiempo posible, y se convierta en país poblado. Luego éste debe ser el fin político, y no puede ser otro, de la constitución argentina y en general de todas las constituciones de Sud América. Las constituciones de países deshabitados no pueden tener otro fin serio y racional, por ahora y por muchos años, que dar al solitario y abandonado territorio la población de que necesita, como instrumento fundamental de su desarrollo y progreso" (12).

Se trataba de combatir al desierto con los medios señalados que debían figurar a la cabeza de las constituciones, y resultaba claro que para Alberdi la población era el medio y el fin de primer orden para

(11) *Ibidem*, p. 65.

(12) *Juan Bautista Alberdi*, Edición de Aníbal Iturrieta y Eva Román Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1988, ps. 39-40.

lograr el progreso económico. El objetivo de la política constitucional y del gobierno era esencialmente económico, y en América “gobernar es poblar” (13). Pero también diagnosticó las formas políticas que se había dado Hispanoamérica, y la fórmula republicana aparecía como la única posible ante la forma monárquica contra la cual habían luchado tanto los independentistas americanos.

Desde la misma realidad de su ejercicio en la América del Sur, Alberdi sentenciaba: “La República no es una verdad práctica en el suelo. La República deja de ser una verdad de hecho en la América del Sud, porque el pueblo no está preparado para referirse por este sistema superior a su capacidad” (14).

Alberdi y el problema de la fórmula política

Para Alberdi el pueblo no estaba preparado para hacer verdad el contenido de la República, ¿qué alternativas manejaba en relación a las formas políticas? Planteó como primera alternativa una vuelta a la Monarquía y ofreció varias razones para su pronto descarte: a) sería un contrasentido luego de tantos años de guerra contra una Monarquía y la posterior instauración de la República; b) en América no existían nobles y no sería criterioso elegirlos por voluntad popular, además serían “nuestros amigos iguales a nosotros”; c) tampoco parecía sensato ubicar en la cúspide del poder a nobles traídos de Europa. La solución más clara que asomaba en Alberdi era que, si el pueblo no estaba preparado para la República había que ponerlo a su altura, y así expresaba: “El problema del gobierno en la América española, no tiene más que una solución sensata ella consiste en elevar nuestros pueblos a la altura de la forma de gobierno, que nos ha impuesto la necesidad; en darles la aptitud que les falta para ser republicanos; en hacernos dignos de la República que hemos proclamado, que no podemos practicar hoy pero tampoco abandonar: en mejorar el gobierno por la mejora del poder, que es su expresión y resultado directo” (15).

(13) *Ibidem*, p. 40.

(14) ALBERDI, Juan Bautista, *Las Bases*, p. 66.

(15) *Ibidem*, p. 68.

A la elevación paulatina del pueblo —o la sociedad—, correspondía el establecimiento de formas graduales de República, a través de gobiernos “posibles”; dos aspectos planteados como mecánica de relojería a la espera de una hora donde coincidiera la capacidad del pueblo con el perfeccionamiento —y verdad— de la República.

Según Alberdi, afortunadamente, la fórmula republicana presentaba grados según fuera “la edad y el espacio” de su aplicación. La adopción de la fórmula requería saber acomodarla a tales las dimensiones (16). Estimaba que en América había un precedente inmediato y coexistente que era la República de Portales que había ordenado políticamente al vecino Chile. Expresa que este país: “Ha encontrado en la energía del poder del presidente, las garantías públicas que la Monarquía ofrece al orden y la paz, sin faltar a la naturaleza del gobierno republicano. Se atribuye a Bolívar este dicho profundo y espiritual —los nuevos estados de la América antes española necesitan **Reyes con nombres de Presidentes**— Chile ha resuelto el problema sin dinastías y sin dictadura militar, por medio de **una Constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma**: la ley que anuda a la tradición de la vida pasada, la cadena de la vida moderna” (17).

Establece así una suerte de transición o quizá transacción, solución que implicaba un esquema institucional que tuviera el sedimento de las formas políticas arraigadas en la sociedad —manteniendo la imagen subyacente del viejo Monarca—, pero también la clave del cambio la situaba en la propia sociedad, y el instrumento no podría ser otro que la acción civilizadora de Europa.

En estricta materia de institucionalidad política, las sugerencias de Alberdi —como es sabido— tuvieron especial significación en la Convención Constituyente de 1853 (18). En cuanto al modo o forma de

(16) *Ibíd.*, ps. 68 y 69.

(17) *Ibíd.*, ps. 68 y 69.

(18) Existieron además otros antecedentes e influencias que estuvieron presentes en el texto que elaboró la Convención Constituyente de 1853 fueron: a) el anteproyecto de José Benjamín Gorostiaga, b) los propios antecedentes argentinos —estatutos, reglamentos, proyectos elaborados a partir de 1810 y la Constitución de 1826—, c) la Constitución de los Estados Unidos; d) los textos constitucionales franceses de 1791 y 1793, y la Constitución española de Cádiz de 1812; e) la Constitución de Chile de 1833 y otras constitu-

organización política, Alberdi estableció una fórmula pragmática que intentaba fundir dos tendencias contradictorias en la vida nacional, dos criterios de estructuración política con diferentes fundamentos, el federalismo y el unitarismo. Reiteraba la contradictoria noción de "federalismo unitario", con la cual quería dar cuenta del sistema mixto, que le aparecía como única fórmula de compromiso entre las tensiones condicionadas por la propia historia, la cual mostraba antecedentes de los dos principios: "el federativo y el unitario" (19).

Alberdi se empeñaba en señalar las causas por las cuales era imposible tanto la unidad pura como la pura federación, y desarrollaba en profuso equilibrio las dos clases de argumentos que parecían sostener una vía dicotómica. He ahí el profundo problema que en su pensamiento no tenía otra solución que un sistema mixto que conciliara las libertades de las provincias con las prerrogativas de la Nación. De la articulación de las dos entidades del problema político argentino —la Nación y las provincias— debía resultar una "combinación armónica de la individualidad con la generalidad, del localismo con la Nación, o bien de la libertad con la asociación" (20).

La organización mixta era expresión y consecuencia de los hechos pasados y las necesidades presentes (21). Además las formas puras de federación o de unidad no podían ser adoptadas por razones de pobreza, incultura y escasez de población (22).

Indicaba que la constitución helvética, la germana y la norteamericana eran ensayos a tener en cuenta para el sistema organizativo; y así

ciones latinoamericanas (venezolana de 1811, mexicana de 1824, uruguaya de 1829). Ver BIDEGAIN, Carlos María, *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, tomo I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1986; SECO VILLALBA, José A., *Fuentes de la constitución argentina*, Bs. As., Depalma, 1943; y VANOSSI, Jorge R., "La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina", en *Revista Jurídica de San Isidro*, n. 10-11 (1976), ps. 73-110.

(19) ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y Puntos de partida para la Constitución de la República Argentina*, —Coordinador Salvador M. Lozada—, Bs. As., Depalma, 1964, p. 55.

(20) *Ibíd.*, p. 55.

(21) *Ibíd.*, p. 77.

(22) *Ibíd.*, p. 69.

presentaba la fórmula de un cuerpo legislativo compuesto por dos Cámaras, en una está representado el pueblo de toda la República —de acuerdo a censos periódicos— donde las provincias diferirían en peso, según fuera su población; en la otra, las provincias gozarían de una misma representación enviando igual número de representantes al Senado. Veía así un equilibrio de relaciones y funcionamiento entre las provincias y la Nación. El Congreso se convertiría en el eco de aquellas, “Congreso federativo y nacional a la vez, cuyas leyes serán la obra combinada de cada provincia en particular y de todas en general” (23).

Alberdi, al examinar las formas de gobierno —Monarquía, República y Aristocracia—, no duda en responder que era la republicana la adecuada para la América postrevolucionaria y aquí vale lo ya expresado en relación a su concepción “gradualista”. Pero el papel y la misión que le asignaba al Poder Ejecutivo eran de significativo relieve en esta República, emergiendo una suerte de “Presidente vigoroso”. Si por un lado establece una República a la que reitera en llamar democrática, por el otro, le parece natural y necesario que el ejecutivo esté dotado de gran energía: “En cuanto a su energía y vigor, el Poder Ejecutivo debe tener todas las facultades que hacen necesarios los antecedentes y condiciones del país y la grandeza del fin para que es instituido” (24).

No ve aparente contradicción entre el —gradual— fondo democrático de su República y un presidente que se ubica en el umbral del déspota; pero que no cruzará esta antesala pues los límites están en la ley y la Constitución: “No, en vez de dar el despotismo a un hombre, es mejor darlo a la ley. Ya es una mejora el que la severidad sea ejercida por la Constitución y no por la voluntad del hombre. Lo peor del despotismo no es su dureza, sino su inconsecuencia, y sólo la Constitución es inmutable. **Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución**” (25).

Intenta justificar el vigor y la fortaleza que propone para este ejecutivo, desde una óptica progresista y afirma: “yo no veo porqué en cier-

(23) *Ibidem*, p. 80.

(24) *Ibidem*, p. 94.

(25) *Ibidem*, ps. 95 y 96.

tos casos no pueden darse facultades omnímodas para vencer el atraso y la pobreza, cuando se dan para vencer el desorden, que no es más que el hijo de aquellas" (26).

En definitiva, la justificación de Alberdi es más amplia y se detiene fundamentalmente en la necesidad de orden y paz, para, a través de la libertad (individual) generar la riqueza necesaria para progreso efectivo: "Este desarrollo del poder ejecutivo constituye la necesidad dominante del derecho constitucional de nuestros días en Sudamérica... la primera de éstas es el gobierno, el poder ejecutivo revestido de la fuerza capaz de hacer efectivos el orden constitucional y la paz, sin los cuales son imposibles la libertad, las instituciones, la riqueza, el progreso" (27).

Un presidente con enormes poderes podía coexistir con su República democrática —restringida—, siempre y cuando, asegurara el orden, la paz, y la libertad a través de una Constitución; en su concepción, era ésta la figura opuesta a la terrible dictadura que en la experiencia había ostentado como rasgos la perpetua pelea, la sangre, el atraso y la "anarquía constituida y convertida en institución permanente" (28).

Se inspiraba en la experiencia de la República de Chile y de allí emergería el fuerte y vigoroso perfil del presidente que proponía. El Ejecutivo fuerte también se encontraba diseñado en la admirada República del Norte (29). Pero Alberdi dejó bien claro que el modelo era la vecci-

(26) *Ibíd.*, p. 95.

(27) *Ibíd.*, p. 96.

(28) *Ibíd.*, p. 96. Estas ideas las sostenía también en "La República Argentina 37 años después de la Revolución de Mayo", en *Obras Completas*, Tomo 3, Bs. As., La Tribuna Nacional, 1886, p. 240.

(29) La idea del Ejecutivo vigoroso estaba muy presente en el modelo norteamericano. Decía Hamilton: "Existe la idea, que por cierto no carece de partidarios, de que un Ejecutivo vigoroso resulta incompatible con el espíritu del gobierno republicano... Al definir un buen gobierno, uno de los elementos salientes debe ser la energía del Ejecutivo... Una ejecución débil no es sino otra manera de designar una ejecución mala". HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, artículo 70, p. 297. Ver también las apreciaciones de Alexis DE TOCQUEVILLE en relación al Ejecutivo norteamericano en *La Democracia en América*, Tomo I, Madrid, Aguilar, 1989, ps. 120-136.

na República e incluso llegó a afirmar que todo era diferente, principalmente el Ejecutivo, entre el diseño de los Estados Unidos y el argentino (30). La Convención Constituyente siguió el modelo institucional de Alberdi, pero —quizás— éste era aun más “ejecutivista” del efectivamente sancionado (31).

Los conceptos de transición y transacción

Otro punto que reviste sumo interés es el juicio sobre el presunto autoritarismo que supone el pensamiento de Alberdi, según algunas opiniones. En este aspecto no cabe duda que sus propuestas no son la construcción paradigmática de una democracia política entendida bajo los parámetros actuales.

Para Ezequiel Gallo, el juicio sobre su pensamiento autoritario debe ser matizado, ya que “la meta que se propuso alcanzar era la república verdadera, es decir, un ámbito de plenas libertades políticas” (32). Halperín Donghi no vacila en calificar la propuesta de Alberdi como un “progresismo autoritario”, que inducía el progresismo en materia económica dentro de un marco político autoritario “sordo a los motivos sociales” (33). Para Natalio Botana (34), Alberdi es interpretado

(30) Decía Alberdi: “Todo es diferente en las dos Constituciones argentina y norteamericana... división general de objetos, sistema de los poderes, distribución e extensión de sus facultades... Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853 y determina toda su fisonomía es completamente diferente del Ejecutivo de los estados Unidos de Norteamérica. No hay más que colocar uno enfrente de otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debe ser... Mil veces más se acerca al de Chile que al de Estados Unidos... Fuerte como el de Chile, republicano en la forma y casi monárquico en el fondo, central como en dos siglos”, en “Elementos del Derecho Público Provincial Argentino”, en *Obras Completas*, tomo V, ps. 156 y 157.

(31) Ver el interesante trabajo de PÉREZ HUALDE, Dardo José, “Alberdi y las atribuciones del Ejecutivo”, en *Atribuciones del Presidente Argentino*, Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Bs. As., 1986, ps. 149-159.

(32) GALLO, Ezequiel en *Juan Bautista Alberdi*, Ediciones de Cultura Hispánica, p. 19.

(33) HALPERÍN DONGHI, Tulio, *Proyecto y Construcción de una Nación (Argentina 1846-1880)*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1980, p. XXXI.

(34) BOTANA, Natalio, *El Orden Conservador*, Bs. As., Ed. Sudamericana, 1985, ps. 25-60.

comprendivamente según el parámetro de concreción efectiva que tuvo la República posible encarnada en el "régimen del 80", con un resultado —al menos respetable— cual fue la producción de un orden o el establecimiento de una "legitimidad de reemplazo"; comprensión que asume también el destino final —e ideal— en una República verdadera. Cree hallar también en su fórmula prescriptiva dos repúblicas, la abierta —de la libertad civil ilimitada y para todos—, y la restrictiva —de la libertad política limitada y para pocos—. Estas dos repúblicas no se excluyen sino que se suman. Alberdi aparece entonces privilegiando al habitante por sobre el ciudadano, tomando eficaz distancia del principio de igualdad que De Tocqueville observaba —no sin temor— latiendo en la sociedad norteamericana.

Un elemento para tener en cuenta a la hora de evaluar el supuesto carácter autoritario —o no— del pensamiento de Alberdi, es su concepto de transición. La idea que maneja Alberdi de transición, en realidad, engloba y absorbe la mayoría de sus "puntos de partida" y es aquí donde la propuesta alberdiana se relativiza en términos de futuro y por propia decisión de aquél, dejando entrever los "puntos de llegada" (35).

La restricción de la libertad política aparece filiada con la concepción de libertad que maneja Alberdi, concepto que tiene como contracara ineludible y fundante, el orden. De ahí su —en algún sentido— ponderación (36) a lo único que para él había hecho Rosas de positivo para el país, en su texto sobre la *República Argentina, 37 años después de la Revolución de Mayo*. Alberdi sabía que la división entre libertad política y libertad civil, era un mero artificio: "esta división es abstracta: en el fondo, la libertad es una, como el hombre" (37).

(35) En la denominada "República verdadera", con amplia libertad política —sufragio universal—, y quizá una organización de tipo unitario —según se desprende de una lectura minuciosa de *Las Bases*—, y poderes más equilibrados.

(36) Decía Alberdi: "Rosas ha enseñado a obedecer a sus partidarios y a sus enemigos; fuera de él, sus enemigos ausentes, no teniendo derecho a gobernar, han pasado su vida en obedecer, y por uno y otro camino han llegado al mismo fin". Alberdi vincula positivamente el hábito de obediencia implantado por Rosas y la necesidad de un orden para la nueva etapa del país. ALBERDI, Juan Bautista, "La República Argentina 37 años ...", en *Obras Completas*, tomo 3, p. 234.

(37) ALBERDI, Juan Bautista, "Estudios Políticos", en *Obras Selectas* —edición a cargo de Joaquín V. González— Tomo XVII, Bs. As., 1920, p. 13.

Pero estaba también convencido que no surgiría por espontánea generación: “la libertad no brota de un sablazo. Es el parto lento de la civilización. La libertad no es la conquista de un día” (38). Es así que en su esquema transicional la República posible brindaba la libertad civil, dejando para la República verdadera la plenitud de la libertad política. En estos términos superaba la lógica de Alberdi, lo que aparece como flagrante contradicción entre su “espíritu liberal” y los rasgos de un pensamiento que ha sido calificado no pocas veces como “autoritario”.

El pensamiento de Alberdi no era sino el eco entre varias tensiones, principios de un lado y urgentes necesidades del otro. Si el ámbito de la libertad requería de un orden como campo ineludible de ejercicio de derechos, ese orden se traducía en producción de un gobierno y, por tanto, construcción de un verdadero poder. Decía Alberdi en sus *Estudios Políticos*: “La libertad moderna en su sentido más positivo y práctico, no es otra cosa que el gobierno del país por el país, o como dicen los sajones, que la han creado primeros, el *self government*... La construcción de un país no es más que la forma y método en que el país ejerce su libertad o poder de gobernarse a sí mismo. Constituir su gobierno no es más ni menos que constituir su libertad. La libertad no es la antítesis del Poder, sino el Poder mismo en su forma más legítima y genuina” (39).

La perspectiva histórica indudablemente serviría de contexto para atenuar algunas concepciones de Alberdi, pero ello no invalida que el autor pudo haber cargado las tintas —al menos en su construcción institucional— en el diseño de un Ejecutivo que a la postre, pudo deslizarse más fácilmente desde la distribución tripartita de Montesquieu a una especie de despotismo constitucional. La libertad civil ilimitada y para todos contrapesaba a la libertad política limitada y para pocos, pero no la suplantaba. Pero, como se verá más adelante, la acción de los actores políticos —especialmente, los gobernantes— tuvieron su importante cuota de responsabilidad en los desvíos que experimentó la República.

El concepto de transición ha sido tenido en cuenta para aminorar la opinión sobre el presunto autoritarismo en el pensamiento de Alber-

(38) Juan Bautista Alberdi, Ediciones de Cultura Hispánica, p. 21.

(39) ALBERDI, Juan Bautista, “Estudios políticos”, p. 2.

di, pero además debe advertirse que todos sus planteos en general, se encuentran bajo esta advertencia o condición de provisoriedad. *Las Bases* era un proyecto para un tiempo de excepción, notas y diseño de una Constitución transitoria. Sus propuestas deben ser pensadas desde una perspectiva de temporalidad, y desde esta óptica cabe advertir que las medidas que aconsejaba implicaban la aceleración del tiempo histórico de la América del Sur, una transformación que deseaba fuera poco menos que inmediata. Aquí el ejemplo del "trasplante" de población es sin duda significativo.

Pero si las propuestas deben ser matizadas por este carácter transicional, que denota un determinado sentido de temporalidad hacia el futuro inmediato, pueden en sí ser explicadas por otro tipo de temporalidad, aquélla que mira al pasado y aquí el concepto relevante —como antes lo fue el de transición— es el de **transacción**. Los puntos de partida de *Las Bases* no son más que transacciones entre un pasado condicionante y un presente de necesidades, una suerte de "empate" que intenta ser traducido en claves institucionales; pero es claro que aunque la letra constitucional buscara el equilibrio, éste no podría hallarse más que en la cruda realidad de los hechos políticos, los cuales sin embargo darían cuenta en el futuro del desequilibrio substancial de los ejes que atravesaban la República.

Así todas las construcciones institucionales de Alberdi, pueden ser revisadas desde el terreno de las transacciones y adquirir coherencia desde esta formal lógica. Si su presidente autoritario representaba un juego imposible dentro de un deseable esquema de *checks and balances*, por otro lado, no hay duda que representaba una evidente transacción entre el viejo Monarca del Antiguo Régimen y el presidente democrático que no fue. La organización política aconsejada respondía también a esta misma lógica, la fórmula —quizá contradictoria— de un régimen "federal-unitario" intentaba ser síntesis que condensara la experiencia dicotómica del pasado, experiencia que para Alberdi condicionaba las decisiones del presente en materia institucional. También aborda la cuestión electoral y percibe un sistema restringido y censitario, como solución más adecuada entre el derecho electoral masivo y directo, y "la supresión brusca de los derechos de que ha estado en posesión la multitud" (40). Transición y transacción pare-

(40) Texto de *Las Bases* coordinado por Salvador M. Lozada, p. 53.

cen ser dos claves a tener en cuenta para medir los alcances y las razones de sus propuestas.

Alberdi: una vuelta de tuerca

Se ha señalado ya que la propuesta de Alberdi no pretendía —como ocurrió— guiar por tiempo indefinido el derrotero político argentino. El diseño de transacciones era un punto de partida, estaba dirigido hacia una ulterior República, en definitiva, también era un diseño de transición.

En este marco de intenciones y en el contexto que ofrecía el país, la paz, la estabilidad y el gobierno, eran tareas tan impostergables como necesarias para lograr la libertad, la riqueza y el progreso. El gobierno fuerte era el remedio contra la “anarquía constituida” o dictadura en términos de Alberdi.

¿Pero este remedio no podía llegar en convertirse en nueva enfermedad? Un excesivo optimismo de Alberdi parece desechar tal posibilidad. Para Alberdi, el límite del Ejecutivo era claro: la Constitución y la ley. Teóricamente no debían existir inconvenientes ni desvíos. Para los teóricos de la división de poderes, era claro que la ley era el instrumento político por antonomasia y que ésta no podía surgir sino del seno de la Asamblea. Locke señalaba con singular fuerza que la Asamblea podía hacer la ley pero nunca legisladores extraños a ella. Por más fuerza que tuviere el Ejecutivo, nunca podía excederse de la ley creada por la Cámara de los Representantes. Eran estas leyes las que sí aparecían como más peligrosas, por eso la necesidad de un Ejecutivo fuerte, dotado también de algunos atributos legislativos. ¿No se advertía la posibilidad que el presidente fuerte se transformara en déspota fuera de la ley?

Con estas consideraciones puede pensarse que el equilibrio del sistema institucional requería dos prácticas institucionales de relativa claridad: 1) Que el presidente cumpliera la Constitución y no intentara ir más allá de las leyes, ni tampoco convertirse en el principal legislador, y 2) Que el congreso retuviera para sí —y por entero— las competencias de su función legislativa.

En otros términos, el equilibrio de poderes entre presidente y Congreso, ¿no requería cierta moderación en el Ejecutivo, y una dosis de

activismo en el Legislativo? ¿Se presintió el personalismo que podría traer dar tantas facultades y poderes a un hombre? Nuevamente se advierte el optimismo o excesiva confianza de Alberdi: "en vez de dar el despotismo a un hombre, es mejor darlo a la ley".

Es esta una idea constante que la sostenía antes de escribir *Las Bases*, cuando afirmaba: "¿Qué contrato más importante que el gran contrato constitucional? Tampoco hay cuestión sobre que haya de ser liberal. Sea despótica, sea tiránica, si se quiere, esa ley; pero haya una ley. Ya es un progreso que la tiranía sea ejercida por la ley en vez de serlo por la voluntad de un hombre. Lo peor del despotismo no es su dureza, sino su inconsecuencia. La ley escrita es inmutable como la fe" (41). ¿No implicaba esto que la valla institucional contra el personalismo despótico del presidente debía ser el Congreso con el pleno uso de los poderes que le otorgaba la Constitución?

Por último cabe advertir otra paradoja implícita en los comentarios y deseos de Alberdi. El buscar el *self government* implicaba avalar los mecanismos de construcción de un poder fuerte, consolidar en definitiva un orden centralista de dominación. En este sentido, la guerra de 1880 —entre las autoridades de Buenos Aires y las de la Nación— fue ponderada positivamente por el autor más allá de lo que creyó ver en relación al problemático tema de la Capital (42). Esta guerra —para Alberdi— creó un presidente superando los dos únicos candidatos o electores que había hasta ese momento. Decía al respecto, "¿Cuál fue su objeto ostensible? Hacer un presidente ¿Cuáles sus factores principales? Los dos candidatos concurrentes: el Gobernador de Buenos Aires y el Presidente de la República" (43).

(41) ALBERDI, Juan Bautista, "La República Argentina 37...", en *Obras Completas*, tomo 3, ps. 237 y 238.

(42) ALBERDI en, *La República Argentina consolidada en 1880 con la ciudad de Buenos Aires por Capital*, se mostró optimista en cuanto a los efectos que tendría la federalización de Buenos Aires, pues se eliminaba la situación de dos gobiernos nacionales, uno de derecho (el Estado Nacional) y otro de hecho (el Estado de Buenos Aires) y los riesgos de división del gobierno y del país. Se expedía a favor de la mayor centralización política y señalaba que ésta era la idea recurrente de los grandes hombres del país (Mariano Moreno, Bernardino Rivadavia, José de San Martín y Manuel Belgrano). Esto iba a redundar en la seguridad que requería la inmigración de la Europa más adelantada y civilizada y, por tanto, en el progreso.

(43) ALBERDI, Juan B., "La República Argentina consolidada en 1880 con la ciudad de Buenos Aires por Capital", en *Obras Completas*, tomo 8, p. 212.

En *La omnipotencia del Estado* Alberdi afirmaba, “La Patria es libre, en cuanto no depende del extranjero; pero el individuo carece de libertad en cuanto depende del Estado de un modo omnímoto y absoluto. La Patria es libre en cuanto absorbe y monopoliza las libertades de todos sus individuos, pero sus individuos no lo son, porque el Gobierno les tiene todas sus libertades” (44).

Como bien afirma Botana, la palabra Estado calificaba dos realidades opuestas en la teoría de Alberdi. Por un lado la entidad política que sometía el feudalismo regional y lograba la centralización política, el orden y la seguridad; por el otro, el Estado que se hace “fabricante, constructor, banquero, comerciante, editor”, y reproduce el mal de la corrupción (45). ¿Hasta qué punto esta creación de un presidente en 1880 no significaba también avanzar en los dos tipos de Estado que, por cierto, ponderaba de muy diferente forma Alberdi?

Alberdi volvería no pocas veces y en otros momentos sobre las consecuencias de la “ingeniería política” de sus Bases. Así sobre el exagerado acento de su ejecutivo vigoroso, en el cual no advertía riesgos sino todo lo contrario, tiempo después diría: “Los que parecen ser tres poderes, no son sino secciones del poder ejecutivo; y como la división del poder en tres órdenes de mandatarios (que se llaman ejecutivo, legislativo y judicial), es toda la garantía del gobierno libre, su desaparición equivale en el hecho, a una confiscación absoluta de la libertad del país” (46). Es que el “Presidente-Monarca” podía ser progresista

(44) ALBERDI, Juan B., “La omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual”, *Obras Completas*, tomo 8, p. 159. En este trabajo —en el cual cita a Spencer y fundamenta a Adam Smith— advierte que la tradición greco-romana y, posteriormente, la española, llevó al extremo el concepto de Patria y del Estado. El Estado absoluto y el gobierno omnímoto usurpaban la libertad y el individualismo que eran los motores del crecimiento, el progreso y la riqueza. Decía además en este trabajo: “Todos los crímenes públicos contra la libertad del hombre, han podido ser cometidos, no solo impune, sino legalmente en nombre de la Patria omnipotente, invocada por su gobierno omnímoto. La libertad del hombre puede ser no solamente incompatible con la libertad de la Patria, sino que la primera puede ser desconocida y devorada por la otra. Son dos libertades diferentes, que a menudo están reñidas y en divorcio. La libertad del hombre es la independencia del individuo respecto del gobierno, de su país propio”, p. 175.

(45) BOTANA, Natalio, *La Tradición Republicana*, Bs. As., Ed. Sudamericana, 1984, p. 444.

(46) ALBERDI, Juan Bautista, “Estudios Políticos”, p. 191.

en materia de desarrollo económico, pero no por ello —el ocupante del cargo— dejaría de resistirse a la atracción de un despotismo, vecino siempre de la legalidad de un poder excesivo.

La accidentada experiencia institucional de la Argentina

¿Qué ocurrió en la experiencia concreta de la Argentina? Existieron, sin duda, desvíos históricos que implicaron un alejamiento tanto de las ideas de Alberdi como de los vectores esenciales de nuestra Constitución. El sistema republicano se violó recurrentemente de una forma grosera a través de los sucesivos golpes de Estado que sufrió el país y que significaron que, al menos, una parte de la Constitución, fuera efectivamente violada. Pero aún en períodos de “normalidad constitucional” algunos rasgos propios de la República se fueron desdibujando ostensiblemente y el propio Estado de Derecho se fue debilitando en forma progresiva.

Existió una falta de respeto a las instituciones, principalmente a la Constitución nacional en lo que atañe al modo de sucesión en el poder. Según las épocas y las circunstancias, tanto los partidos políticos, los grupos de interés y los propios líderes tuvieron poca consideración sobre la importancia de una continuidad institucional sin rupturas y se instaló una inestabilidad crónica de las instituciones. Como consecuencia de ello se incurrió en la extralimitación y la concentración del poder, principalmente a través de la legitimidad superior que se endilgó el propio Ejecutivo para empalidecer el papel del Parlamento, acallar al Poder Judicial independiente y clausurar el disenso entre el Gobierno, los grupos y los individuos.

Predominó durante parte de nuestra historia una cultura política de confrontación entre sectores y partidos políticos, incluso con la apuesta en el fracaso del adversario percibido en ocasiones como “enemigo”. Partidos políticos que no fueron oposición, sino que hicieron oposición “semileal o desleal” y recorrieron no pocas veces el atajo de la creación del “vacío de poder”, en contra de la estabilidad del régimen.

Se extendió una fuerte cultura personalista en oposición a una cultura institucionalista y, con ello, la propia vida de las instituciones reposó excesivamente en el humor de los hombres y no en la garantía de las leyes. Gobierno de hombres y no de leyes. Tal fue la fórmula que primó en gran parte de nuestra historia. Y la salida mesiánica o pater-

nalista fue un derivado lógico de tal personalismo que desembocan, finalmente, en la identificación con el líder carismático o la eterna espera del “salvador”. Antesala o pasaje desde una legitimidad legal a otra carismática —como diría Weber— y reforzamiento circular del proceso personalista.

En cuanto a los actores estelares del régimen institucional, los partidos políticos, desplegaron una confusa y dudosa representación, más interesados en el culto al líder, el clientelismo y el reparto de las dádivas, que en el ejercicio de una representación responsable, transparente y honesta. Y, finalmente, el populismo como ideología y modo de hacer política desarrolló una concepción que relativizó la importancia de las instituciones de corte democrático-liberal. Por el contrario, acentuó la perspectiva del movimientismo, el lugar preponderante y absoluto del Estado omnímodo y la apelación directa al pueblo más allá de la mediación institucional y, generalmente, a través de un líder que presumía “encarnar” los atributos del Estado, la Nación y el pueblo. Todo este diagnóstico se complementa con una ciudadanía que fue tolerante, complaciente y, no pocas veces, cómplice de los desvíos apuntados.

A lo largo del tiempo se buscaron responsables por los accidentes institucionales sufridos en el país y, desde determinadas posiciones ideológicas se sostuvo que el ideario alberdiano y la Constitución fueron en gran parte responsables del derrotero argentino. Se trató, sin duda, de una confrontación política que utilizó herramientas ideológicas para su cometido. En realidad, tales imputaciones olvidaron o tergiversaron cuestiones esenciales de la vida política e institucional y, en este sentido, conviene realizar las siguientes precisiones relativas a la arquitectura institucional que consagraba la Constitución y que reposaba en el sistema de ideas de Alberdi.

Algo más sobre la ingeniería institucional

Las concepciones de Alberdi y su consagración constitucional implicaban un sistema de ideas políticas e institucionales que enhebraban un proyecto de país y un programa de gobierno, cuyos ejes destacables eran, entre otros y sintéticamente, los siguientes.

Un Sistema republicano: Se establecía la superioridad y la conveniencia de la República y de todos los atributos que de ella se deriva-

rían. Régimen que tenía como mecanismo de funcionamiento la organización clara y precisa del andamiaje institucional conformado por tres poderes independientes y armónicos con competencias y atribuciones determinadas normativamente.

La primacía institucional a través de la Constitución y de la ley: Era claro que en el modelo de Alberdi el cumplimiento de la Constitución y de la ley se convertían en el eje del cambio político y la transformación de la vida económica y social de la Argentina. Ley que se encarnaba profundamente en el marco de las condiciones culturales y las necesidades sociales y debía ser reflejo de objetivos hacia el futuro.

La cultura política: El sistema republicano y el papel central del respeto a la ley conllevaría a la tarea de una progresiva construcción de una cultura política republicana, legalista y, en su momento, plenamente democrática.

Poder Ejecutivo fuerte: Tanto Alberdi como nuestra Constitución consagraron un Ejecutivo vigoroso como herramienta de transformación política, económica y social. Pero lo sometían a los dictados de la Constitución, a sus restricciones y límites. La idea implícita era que se requería de la "energía del gobierno" y para ello la fórmula era un presidente fuerte. Lo mismo pensaba Hamilton para el caso de los Estados Unidos.

Presidecentrismo más que hiperpresidencialismo: Es habitual considerar que el propio Alberdi y el modelo consagrado en la Constitución diseñan un régimen hiperpresidencialista. En realidad, se establece un presidencialismo fuerte o vigoroso que no es ajeno al tipo de régimen presidencial latinoamericano. Pero lo cierto es que este régimen no genera, de por sí y siempre, un presidente todopoderoso. Es más, a pesar de las facultades y atributos normativos del presidente, han existido mandatarios débiles. Convendría hablar de una suerte de "presidecentrismo" (47) que implica que todas las miradas y expectativas están concentradas en el presidente de la República, centro del sistema institucional.

Valores del sistema político: El orden, la paz, el bienestar, la justicia y el progreso fueron esenciales objetivos que se trazó el ideario alber-

(47) El término lo tomo del trabajo de BARILLEAUX, Ryan J., "Is the presidency in decline?", en *Congress & the Presidency*, Vol. 17, N° 1 (1990), p.16.

diano y la empresa constitucional. Para ello, la apuesta en un marco amplio de libertades civiles, el pluralismo de ideas —que incluía las religiosas— y la generosidad hacia “todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino” resultaba fórmula eficaz para promover el desarrollo y el bienestar general.

Concepto de transición y de transacción: Como he sostenido aquí, Alberdi tenía en mente una metodología de diseño y de ingeniería institucional del régimen político que incluía las nociones de transición y de transacción. La primera significaba que las instituciones políticas se daban en ciertos contextos y que podrían evolucionar y variar de acuerdo a cambios de condiciones y de objetivos de los propios actores sociales y políticos. Asimismo, el concepto de transacciones de alguna manera implicaba establecer puentes entre distintas fuerzas operantes representantes de la tradición o la innovación o, en términos generales, de intereses contrapuestos.

La Constitución de 1853/60 implicó no sólo un cuerpo jurídico-político de regulación de derechos y de estructuración de los poderes estatales, sino la articulación de un proyecto que, en su faz política, instituyó el gobierno republicano, representativo y federal, con distribución tripartita de poderes y respeto teórico de las soberanías provinciales. En su aspecto económico y social, acorde con su inspiración liberal, pretendía un sistema competitivo de libre mercado, el desarrollo de la sociedad civil y el libre funcionamiento de las contrataciones privadas.

El espíritu de Las Bases de Alberdi estaba presente en esta Constitución. ¿No había dicho acaso que la Constitución debía ser un programa y que su función era de índole económica en los tiempos que le tocaba transitar al país? El esquema institucional que propuso era el de la república con división del poder. No obstante, al presidente le estaba reservado un lugar de relevancia en este diseño institucional, según Alberdi se trataba de un Rey con nombre de Presidente.

La necesidad de un orden político justificaba esta figura institucional. Un orden político necesario para la aceleración del tiempo histórico en su faz económica. Orden y progreso son dos conceptos que se complementaban para el logro económico del programa y el único que podía garantizarlos era un presidente vigoroso ubicado en la cúspide del poder político. ¿Se contradecía el modelo con la inquietud

básica liberal sobre la limitación de los gobernantes y el control del poder? En realidad, la propuesta de Alberdi y la Constitución emergente descansaba sobre máximas fundamentales de la teoría. Estaba claro que en sus grandes trazos instauraba el principio del "gobierno de leyes" y no de los hombres, se establecía la división de poderes y se consagraba en el texto el gobierno representativo. Además, se instituía el federalismo y el autonomismo municipal. Está claro que en Alberdi existía una correlación entre orden y libertad, pero no por ello se eliminaba sin más el conflictivo dilema entre autoridad y liberalismo en el emergente Estado Latinoamericano. Pero así y todo, los dos tipos de libertades —civiles por un lado y políticas por el otro— incluidas en un esquema de gradualismo, implicaban apostar por la sociedad civil, de donde —según Alberdi— surgiría el mejoramiento del poder, antesala deseada y necesaria de la República verdadera. Se ha dicho más de una vez que las libertades civiles ilimitadas y para todos, contrapesaban las libertades políticas limitadas y para pocos. Puede decirse algo más. La vigencia de estas libertades jurídicamente protegidas era también una forma indirecta de controlar los límites del gobierno.

En síntesis, la fórmula política y el diseño institucional de Alberdi —especialmente, su presidencialismo fuerte— se enmarcaban en un formato republicano cuya clave de bóveda era la vigencia de la Constitución y la ley, y el control al poder descansaba no sólo a los mecanismos del juego interinstitucional de los poderes, sino también y fundamentalmente, en la acción de las amplias libertades civiles que obrarían indirectamente como freno de los posibles excesos de los gobernantes. Orden político, buen gobierno y libertades civiles plenas encontrarían como resultado final, más tarde o más temprano, una República más verdadera y una sociedad civil más desarrollada.

Final a dos voces: Montesquieu y Alberdi

¿Cómo ha llegado la Argentina a naufragar en un mar atravesado por las corrientes de la corrupción, la ineficacia política, la irresponsabilidad pública y la desesperanza? ¿Qué olvidos esenciales experimentaron las generaciones que pilotearon una nave que parece no encontrar puerto seguro? ¿Qué nueva brújula requiere el país para enderezar el rumbo hacia un horizonte más calmo y que genere el milagro colectivo de una renovada ilusión de futuro?

Las obras clásicas siguen siendo una fuente de reflexión que no cesa. A veces sugieren preguntas, otras brindan respuestas. Son, siempre, interpelaciones que con palabras del pasado se hunden en las raíces pivotantes del presente. Para la Argentina de nuestros días vuelven con la fuerza dos párrafos de dos autores clásicos.

Montesquieu en *Del espíritu de las Leyes*, al analizar los principios de los tres tipos de Gobierno advertía la importancia de la virtud en el estado popular democrático. Decía: "cuando en un gobierno popular las leyes dejan de cumplirse, el Estado está ya perdido, puesto que esto sólo ocurre como consecuencia de la corrupción de la República... Cuando la virtud deja de existir, la ambición entra en los corazones capaces de recibirla y la codicia se apodera de todos los demás... Antes, los bienes de los particulares constituían el tesoro público, pero en cuanto la virtud se pierde, el tesoro público se convierte en patrimonio de los particulares. La República es un despojo y su fuerza ya no es más que el poder de algunos ciudadanos y la licencia de todos".

Cuando los argentinos, en 1983, retornamos a la democracia existía un legítimo entusiasmo que incluía cierta sensación de que la forma de gobierno haría lo suficiente para mejorar el bienestar de los ciudadanos. Faltó la conciencia general de la convicción particular de Montesquieu: la democracia requiere de la virtud como condición misma de posibilidad. En su defecto, la corrupción concluirá en una República de despojos, con el poder en manos de unos pocos, y la licencia de todos.

El principio de esta forma de gobierno, entonces, tiene una fuerte sentido y contenido ético. Es un estado de tensión ciudadana, de extensión de la virtud y por tratarse de un gobierno de todos, impone obligaciones a cada uno y cada cual, sin excepción, ni excepciones. No es, por lo tanto, un estado de relajamiento de los deberes colectivos, sino un aumento de la responsabilidad individual.

Si el párrafo de Montesquieu nos da la clave de la situación básica individual y social, sobre la cual es esperable la germinación de la democracia, el párrafo que se traerá de Alberdi nos da la cuenta precisa de las claves de un buen gobierno dentro de tal forma de gobierno. En los diferentes espacios y tiempos de la Argentina el programa de Alberdi tuvo mayor o menor presencia, épocas de intenso predicamento y momentos de debilitado seguimiento. Son muchos los pasajes de

la obra de Alberdi que tienen vigencia para la atribulada vida política de hoy. Me permito rescatar sólo un párrafo de sus "Bases" que ha permanecido oscurecido frente a los caminos más transitados por los comentaristas y exégetas que ha tenido el autor a lo largo del tiempo. Unas pocas líneas que han crecido en significación por la propia acción errada de los hombres y que convendría ubicarla junto a aquellas otras que han ocupado un espacio preciso en la forma y la geometría del "modelo de Alberdi".

Decía Alberdi: "La **división del poder** es la primera de las garantías contra el abuso de su ejercicio... La **responsabilidad de los mandatarios** es otro rasgo esencial del gobierno libre... La **publicidad de los actos del poder** es otro rasgo del gobierno libre, como preservativo de sus abusos... La **movilidad de los mandatarios** es otro requisito de la República representativa...".

¿No se condensan aquí, paradójicamente, los objetivos más próximos a las inquietudes de los argentinos de estos días? Nótese que constituye el engranaje, dentro de otros engranajes que aparecen en Alberdi y que conectaban la política, la sociedad y la economía. Un núcleo duro perfectamente aislable del resto de su "programa o modelo". Un glosario que continuaba la tradición de la búsqueda que conformaría el "buen gobierno" y que reconocía como punto de partida la filosofía política clásica y que se detenía en la proximidad de los autores de los cuales Alberdi abrevaba.

¿No se encuentran retratados los remedios contra los vicios que ha mostrado ostensiblemente la democracia refundada? ¿No aparece un engranaje funcional que requiere de todos los elementos allí incluidos en mecánica de perfecta relojería? Y la especificidad de lo político aparece no sólo en su relativa autonomía de contenidos, sino en la armonía de cada elemento con el todo.

La división del poder como medio de evitar su concentración y abuso, de efectuar la distribución del poder social, de lograr la estabilidad del sistema institucional y el control de los actos del poder. La responsabilidad de los mandatarios como establecimiento de premios y castigos, forma de mejorar progresivamente la calidad de la representación, de controlar el poder de los gobernantes, de acercar a los electores de los elegidos. La publicidad de los actos públicos como elemento esencial para que el ciudadano esté debidamente informado, pue-

da tomar decisiones, intervenga en la "res publica", controle más y mejor, pueda hacer valer sus opiniones. La movilidad de los mandatarios para que la vida institucional no depende de ciertas figuras consideradas como "esenciales", para que se produzca una sana circulación de las élites, un recambio de la clase política, se formen de nuevas dirigencias, se instaure un clima de renovación de ideas y procedimientos.

No es que todo lo apuntado lo haya expresado Alberdi, pero un clásico lo sigue siendo en la medida que brinda algunas respuestas y sugiere otras. Lo que sugiere viene dado por la acción de la historia de la cual cabe tomar sus lecciones, la experiencia y la necesidad de corregir los defectos que nos envuelven. Es claro que las ideas de Alberdi y la Ley Fundamental de 1853/60, terminaron siendo capítulos esenciales de nuestra constitución como República y, lejos de ser opacadas por el concepto de transición, no pudieron ser superadas aún como proyecto lúcido de una Nación moderna y vigorosa, abierta al futuro y al progreso.

Si la Argentina de principios del siglo XX mostraba signos de una ética política resquebrajada, podía no obstante augurarse una oportuna reacción frente a la conciencia resurgente y bajo el cielo protector del modelo alberdiano y la Constitución de 1853/60. A principios del nuevo siglo, dentro del espacio ampliado de convicciones difusas, las relatividades éticas, el viejo realismo disfrazado de nuevo pragmatismo, el pensamiento amputado y la neutralidad valorativa, con otros "modelos" y con una Carta Magna reformada, un buen punto de partida es retomar este otro "fragmento" de Alberdi. Desde allí podría vislumbrarse el buen presagio de una Argentina que en ritmo espasmódico y cíclico se ha encontrado, de nuevo, con la cuestión ética, el problema de la mejor forma de gobierno y la vuelta a los valores esenciales de la Constitución de 1853/60. ♦

EL PREAMBULO DE LA CONSTITUCION NACIONAL

POR GUIDO SANTIAGO TAWIL (*)

SUMARIO: 1. Razones de la elección del Preámbulo como objeto del presente trabajo. 2. El Preámbulo de la Constitución de 1853 y sus antecedentes. Los ideales de los constituyentes. 3. El Preámbulo como parte integrante de la Constitución Nacional. Su valor jurídico. 4. El Preámbulo y su contenido. 5. El Preámbulo de la Constitución Nacional frente a su antecedente norteamericano de 1787. 6. Las enseñanzas del Preámbulo y su trascendencia en el tiempo.

"(...) hay muchas Constituciones que carecen de preámbulo, como hay muchos templos que no tienen pórtico. Al fin, la regla que ha predominado, regla hija de la razón, del convencimiento y de la discusión detenida, es que todas las Constituciones deben contener á su cabeza esta declaración genérica de principios, que, como aspiración moral, es una especie de himno, que se levanta de todos los corazones, á las puertas del templo de la ley, espresando las legítimas y nobles aspiraciones de un pueblo, que tiende hacia la libertad, á la perfección del orden político y social. Así es como se define esta invocación solemne, la posición de los que dan las Constituciones, y la de aquellos en cuyo nombre se dan, y el objeto á que se dedican. Como doctrina es un corolario, como precepto afirma la parte dispositiva, como jurisprudencia constitucional es la antorcha, como comentario ilustra los puntos dudosos, como declaración de principios dá su sentido filosófico á la Constitución, revistiendo la obra de ese carácter moral que debe presidir á las inspiraciones de los hombres y de los pueblos,

(*) El autor agradece muy especialmente la colaboración del Dr. Ignacio J. Minorini Lima, sin cuya asistencia el presente trabajo no hubiera sido posible.

en los momentos solemnes de su vida, dándose cuenta racional de sus propósitos, y elevando su corazón y su mente, para que Dios sea con los trabajadores y bendiga la cosecha. En una palabra, el preámbulo de una Constitución, es su síntesis". Bartolomé Mitre, sesión de la Convención Constituyente de Buenos Aires del 30 de junio de 1871 (1).

1. Razones de la elección del preámbulo como objeto del presente trabajo.

El primer desafío que enfrentamos cuando recibimos la gentil invitación para participar en esta publicación en conmemoración del sesquicentenario de la sanción de la Constitución de 1853, fue la elección del tema que desarrollaríamos en el presente trabajo.

Dos fueron las razones que motivaron nuestra elección.

En primer lugar, el motivo de la convocatoria. La Constitución de 1853 resultó un hito sin igual en el desarrollo y la institucionalización de nuestra Nación. En consecuencia y en tanto el preámbulo constituye la síntesis más perfecta de su espíritu (2), nada más apropiado para el merecido homenaje que traduce esta publicación que ocuparse, aunque más no sea brevemente, de los ideales que guiaron a nuestros constituyentes, plasmados magistralmente en estos breves párrafos (3).

(1) *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires, 1870 — 1873*, publicación oficial hecha bajo la dirección del convencional Luis V. Varela, Buenos Aires, Imprenta de La Tribuna, 1877, T. I - Entrega 8°, ps. 325 - 326. Los errores de gramática y ortografía que pudieran encontrarse en todas las citas transcritas en el presente trabajo corresponden al original, que hemos reproducido textualmente.

(2) Como señalaba SARMIENTO (*Comentarios de la Constitución*, en *Obras escogidas*, T. III, Buenos Aires, Librería "La Facultad", 1917, p. 58) "el preámbulo de las constituciones políticas es el resumen, digámoslo así, de todas sus disposiciones, el objeto que éstas se proponen asegurar, y como una tesis que todos los párrafos siguientes vienen a comprobar (...)".

(3) Lucio V. LÓPEZ (*Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, 1891, p. 59) describía así al preámbulo como la exposición de los objetos y de los propósitos de nuestra Constitución. Otros autores como Salvador DANA MONTAÑO (*La revisión de las constituciones provinciales. [Proposiciones para la de la Prov. de Santa Fe, aplicables a las demás provincias argentinas]*, Revis-

Segundo, la delicada situación que atraviesa actualmente nuestra Argentina. Frente al escaso apego al orden jurídico que caracteriza a nuestro presente y la gravedad de la crisis que atraviesan nuestras instituciones, nada más apropiado que abrevar nuevamente en los ideales que guiaron a nuestros padres fundadores para imbuirnos de su espíritu y el sentido de unión nacional que denota el preámbulo de nuestra Constitución.

El preámbulo sintetiza en forma sencilla pero magistral los antecedentes que dieron origen a la sanción de la Constitución, la voluntad de nuestro pueblo de presentarse al mundo como nación civilizada y los males que se pretendían erradicar a través de la proclamación de un plexo de valores vigente no sólo en ese entonces sino también en la actualidad (4). Los derechos, garantías y potestades conferidos por la Constitución fueron reconocidos y concedidos justamente en función de tales valores, los que debían guiar la incipiente organización de nuestra nación.

Constituyó, a su vez, la declaración de propósitos más noble, liberal y generosa de un pueblo que daba los primeros pasos hacia la organización nacional. A través de él y de sus demás cláusulas, nuestra ley suprema otorgó un renovado sentido a las constituciones de la época (5) al tratarse —como bien se destacó ya en ese entonces— de *“la única en el mundo que haya sido dada, no solo para un pueblo y para*

ta La Ley, T. 98, p. 833) lo han calificado como *“una declaración solemne de los altos fines o propósitos que persigue el legislador; al dictar una constitución o una ley; constituye algo así como la motivación sintética de sus objetivos”* y más recientemente Germán BIDART CAMPOS (*Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1ª reimpression, 1998, p. 296) ha afirmado que *“el preámbulo contiene y condensa las decisiones políticas fundamentales, las pautas del régimen, los fines y objetivos, los valores y principios propugnados, el esquema del plan o programa propuesto por el constituyente”*.

(4) Como bien se ha señalado *“el preámbulo de un Estatuto revela la intención del legislador; hace conocer los males que ha querido remediar y el fin que quiere alcanzar”*. CALVO, Nicolás A., *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos, traducida del Comentario abreviado de J. Story*, Buenos Aires, Imprenta “La Universidad” de J. N. Klingelfuss, 4ª edición, 1888, T. I, p. 345.

(5) BARRAQUERO, Julián, *Espíritu y práctica de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Tip. Lit. y Enc. del Colegio PIO IX de Artes y Oficios, 1889, p. 60. *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires*, T. I, ob. cit., p. 326.

sus ciudadanos, sino para el hombre en su calidad de tal, cualquiera que sea su condicion y el suelo en que haya nacido" (6).

Asumido que el futuro de la patria dependía de la unión de una nación que crecía abriendo sus puertas a la inmigración y que el reconocimiento universal de los derechos individuales era a la vez tanto una herramienta indispensable para asegurar el progreso como el principal estímulo para los extranjeros que quisieran formar parte de la nueva nación, nuestros constituyentes intentaron inculcar en nuestro pueblo un sentimiento de hermandad ecuménica sin precedentes para la época.

El propósito de este trabajo es destacar tanto el valor jurídico, ético y político del magnífico preámbulo que contiene nuestra Constitución como su importancia como expresión de anhelos e ideales que perduran en la actualidad y que, como tales, deberían guiar tanto el accionar presente de nuestros conciudadanos como el de las generaciones futuras al constituir la síntesis más ajustada del verdadero sentido de nuestra Nación.

2. El preámbulo de la Constitución de 1853 y sus antecedentes. Los ideales de los constituyentes.

La responsabilidad asumida por los constituyentes no era menor, especialmente cuando en tiempos no tan lejanos otros hombres habían intentado sin éxito la ardua tarea de alcanzar la organización nacional. El preámbulo debía sintetizar los motivos que justificaban el dictado de la Constitución e imponer con autoridad solemne sus cláusulas. Probablemente sea por ello que se ha sostenido que el preámbulo es una plegaria fundida con expresiones propias de un edicto (7).

En el lenguaje utilizado, nuestros constituyentes siguieron el modelo de la constitución norteamericana de septiembre de 1787. Basta comparar someramente sus preceptos para hallar ese sustrato idéntico, más allá de las sutiles diferencias existentes en la redacción.

(6) *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires*, T. I, ob. cit., p. 326.

(7) ARCE, José, *Las instituciones de la Constitución Argentina. Estudio histórico y jurídico de la comunidad argentina y de la organización de la República, analizadas a la luz de la experiencia política y parlamentaria del autor*, Buenos Aires, 1963, p. 33.

Si bien no debe deducirse de ello que su sentido, su significado más profundo, coincida totalmente con el antecedente norteamericano como si se tratara de una mera tarea de copia sin fundamento alguno (8), no es menos cierto que la posición contraria —la que sostiene que para su interpretación debe recurrirse exclusivamente a los antecedentes nacionales y al desarrollo posterior de la doctrina y jurisprudencia argentina desechando las enseñanzas de la doctrina y jurisprudencia norteamericana (9)— carece de justificación suficiente.

La cuestión generó en su momento célebres polémicas.

Así, basta recordar la posición extrema de Sarmiento, quien sostenía que la Convención Constituyente renunció a “(...) *toda vana pretensión de originalidad [y] adoptó la letra del preámbulo de la Constitución Federal de los Estados Unidos*” y que —en virtud de ello, de las sesiones constituyentes y de las principales disposiciones de nuestra Ley Fundamental— “(...) *el derecho constitucional norteamericano, la doctrina de sus estadistas, las declaraciones de sus tribunales, la práctica constante, en los puntos análogos ó idénticos, hacen autoridad en*

(8) En este sentido, son valiosas las palabras de Mitre, quien si bien reconoce a la Constitución de los Estados Unidos como modelo de nuestro preámbulo ratifica su originalidad al señalar que “*cuando los Legisladores Argentinos, invocando a Dios y al pueblo, dieron la Constitución Nacional que hoy nos rige, tomaron por modelo el preámbulo de las de los Estados-Unidos, que tradujeron casi testualmente, para marcar la intencion y no borrar el rastro de la fuente en que habian bebido su inspiracion, sin embargo, de que nuestro preámbulo tiene su originalidad. Los Constituyentes Argentinos, al coronar con él la ley fundamental, que iba á ser la norma de los pueblos, le agregaron algunas declaraciones, que si no eran nuevas en el sentido de los adelantos morales, son todavia nuevas en el cuerpo del derecho público constitucional. Me refiero al sentimiento cosmopolita y fraternal de que está impregnado, al declarar que la Constitución se dá “para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino.” Y en efecto, señores, la Constitución Argentina, es la única en el mundo que haya sido dada, no solo para un pueblo y para sus ciudadanos, sino para el hombre en su calidad de tal, cualquiera que sea su condicion y el suelo en que haya nacido*”. (Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires, T. I, ob. cit., p. 326).

(9) Por esta posición parecería inclinarse José Manuel ESTRADA (*Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, ECYLA, 2ª edición, 1927, T. III, apéndice B, p. 373) al señalar que “*la semejanza [de los textos] es vivísima. Dudo, no obstante, que haya más de una palabra que esté empleada en sentido idéntico, que exprese exactamente el mismo designio, obedezca el mismo móvil y provea a la misma necesidad social*”. En sentido concordante, ver BARRAQUERO, *Espíritu y práctica de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, ob. cit., ps. 54-55.

la República Argentina, pueden ser alegadas en juicio, sus autores citados como autoridad reconocida, y adoptada su interpretación como interpretación genuina de nuestra Constitución” (10).

Afirmaciones como la expresada motivaron la reacción de Alberdi, quien las consideraba un ataque a la Constitución, una teoría que ponía a un lado la vida anterior de la Argentina y se despojaba de los antecedentes nacionales para valerse únicamente de los comentarios sobre la constitución norteamericana (11).

Nuestra historia permite sostener que, en la redacción de la Constitución de 1853 y en particular de su preámbulo, los constituyentes abrevaron en ambas fuentes y que el texto finalmente sancionado resulta el producto de tales influencias.

No cabe duda que —como lo destacó José Benjamín Gorostiaga en la sesión de la Convención Constituyente del 20 de abril de 1853— el proyecto de Constitución “*estaba vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo*” (12). Menos duda cabe aún que los constituyentes conocían perfectamente el largo y sangriento proceso que precedió a la organización nacional, al punto de haber sido varios de ellos actores protagónicos en él. En función de esa experiencia, moldearon la Constitución en base al precedente norteamericano, adaptando sus

(10) SARMIENTO, *Comentarios de la Constitución*, ob. cit., p. 59.

(11) ALBERDI, Juan B., *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, en *Grandes escritores argentinos*, T. XXIV, Buenos Aires, Librería El Ateneo, 1929, ps. 21 y 29, quien señalaba que “*para falsear y bastardear la Constitución nacional de la República Argentina, no hay sino que comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos*” (íd., p. 19-20). Sin embargo, a pesar de no otorgarle en modo alguno el alcance que postulaba Sarmiento, Alberdi no negaba cierta influencia al precedente norteamericano al destacar “*(...) la ley extraña debe ser interrogada siempre, después de la ley propia* (...)” (íd., p. 24). Afirmaba, al respecto, que “*las fuentes naturales de comento son: 1.º la historia del país, 2.º los antecedentes políticos; 3.º los motivos y discusiones del legislador; 4.º los trabajos preparatorios de los publicistas; 5.º las doctrinas aplicadas de la ciencia pública; 6.º la legislación comparada o la autoridad de los textos extranjeros y sus comentaristas*” (íd. p. 22).

(12) Citado por Juan A. GONZALEZ CALDERON en su *Derecho Constitucional Argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía. editores, 1917, T. I, p. 296.

disposiciones a la realidad histórica, social y política de nuestro país y a los antecedentes y proyectos de organización previos (13).

Particular interés reviste la visión de nuestra Corte Suprema sobre el punto. Probablemente como consecuencia del escaso desarrollo alcanzado hasta entonces en la materia por la doctrina y jurisprudencia nacional y la lógica seducción que generaba en los intérpretes la creciente riqueza de la teoría constitucional en la doctrina y jurisprudencia norteamericana, nuestro alto tribunal pareció inclinarse inicialmente por la posición sostenida por Sarmiento al señalar ya en 1877 en la conocida causa *Lino de la Torre* que *"el sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia, y nos lo hemos apropiado"*.

(13) Recuerda así Segundo V. Linares Quintana que la Comisión del Congreso General Constituyente que redactó el proyecto de Constitución expresó en su informe que *"el proyecto que la Comisión tiene la honra de someter a examen de Vuestra Honorabilidad, no es obra exclusivamente de ella. Es la obra del pensamiento actual argentino, manifestado por sus publicistas y recogido en el trato diario que los miembros de la Comisión mantienen con sus dignos colegas"*. Destaca además el mencionado constitucionalista que *"nuestra Constitución no es el resultado milagroso de una elucubración genial de sus autores. Es el fruto laboriosamente gestado en largos años de lucha y sacrificio. A través de las breves y pequeñas páginas de nuestro Código Político, flota el recuerdo imperecedero de la sangre, sudor y lágrimas de varias generaciones de argentinos. Cada uno de sus artículos, cada una de sus cláusulas, cada una de sus palabras, tiene profundas raíces en el pasado histórico de la Nación. Es por eso que como un roble añoso, vivificado por extensas y ramificadas raíces, la Constitución ha perdurado tantos años sin agrietarse ni envejecer, e ilumina al pueblo argentino el único sendero por el cual ha de seguir su marcha ascendente en el concierto de las naciones libres y civilizadas de la tierra"*. Más adelante, Linares Quintana culmina expresando que *"no existe duda acerca de que los Constituyentes argentinos del 53, para realizar su admirable obra, tuvieron muy en cuenta todos los ensayos y proyectos constitucionales anteriores y en particular a la Constituciones de 1819 y 1826 y, desde luego y como ya hemos dicho, el proyecto constitucional de Alberdi fundamentado en las Bases"*. Ver LINARES QUINTANA, Segundo V., *El espíritu de la Constitución*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, ps. 59-60 y 63. Ver también RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Establecimiento Gráfico Standard, 1960, p. 63 y TAU ANZOÁTEGUI, Víctor y MARTIRÉ, Eduardo, *Manual de historia de las instituciones argentinas*, Buenos Aires, La Ley, 2ª edición, 1971, ps. 591-592. Luego de citar al informe de la Comisión que redactó el proyecto de Constitución, estos últimos autores destacan como las tres fuentes principales de nuestra Ley Suprema a la constitución de los Estados Unidos, la constitución argentina de 1826 y las Bases de Alberdi. Señalan que *"cabe, además, reconocer particular influencia a la experiencia política del país, revelada principalmente a través de la formación del Estado Federal, del régimen de las autonomías locales, de los pactos interprovinciales, de las delegaciones provinciales, y muy especialmente derivada del pacto de 1831 y del Acuerdo de San Nicolás"*.

do. Y se ha dicho, con razón, que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares” (14).

Sin embargo, el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia nacional y, principalmente, la dinámica propia de nuestra vida constitucional llevó a que la doctrina y jurisprudencia norteamericana perdiera en el tiempo su rol de principal herramienta interpretativa en favor de las fuentes nacionales (15). Así, nuestro alto tribunal dejó de referirse a la apropiación del sistema de gobierno y reglas fundamentales de los Estados Unidos mencionada en sus primeros fallos para sostener que los constituyentes simplemente adoptaron como modelo a su organización constitucional, reconociendo los aspectos originales de nuestra Constitución y aquellas disposiciones que, aún siendo semejantes a las cláusulas de la constitución norteamericana, deben ser interpretadas conforme a la historia y práctica constitucional argentina (16).

En esa tendencia e inclinándose más por la posición esbozada por Alberdi, nuestra Corte Suprema destacó en 1897 en la causa *“Ferrocarril Central Argentino”* que *“si bien es cierto que hemos adoptado un gobierno que encontramos funcionando, cuyos precedentes y cuya jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es que, en todo lo que expresamente nos hemos separado de aquél, nuestras instituciones*

(14) C.S.J.N., *Lino de la Torre*, sentencia del 21 de agosto de 1877, Fallos: 19:231.

(15) Cabe aclarar, por cierto, que en tanto las fuentes nacionales fueron elaboradas en numerosos casos en base a la doctrina norteamericana, su influencia perdura no sólo directamente sino también de modo indirecto a través de aquéllas.

(16) Por una posición similar se pronuncia Segundo V. LINARES QUINTANA (*Gobierno y administración de la República Argentina. Derecho constitucional y administrativo argentino y comparado*, Buenos Aires, Tipográfica editora argentina, 1946, T. I, ps. 205-206) al señalar que *“(…) nuestros constituyentes, si bien tomaron en cuenta y se inspiraron en las instituciones políticas norteamericanas en muchos aspectos de su obra, hicieron una Constitución original, que amasaron con la tradición, sentimientos y espíritu esencialmente argentinos, ajustada a la realidad política y social de la Nación, y que estructuró orgánicamente la doctrina de la Revolución de Mayo que dio vida independiente al país”*.

son originales y no tienen más precedentes y jurisprudencia que los que se establezcan en nuestros propios tribunales” (17).

Admitida la importancia del precedente norteamericano como *molde* de nuestra Ley Suprema al que se adicionaron los antecedentes propios de la formación de nuestra nación, ha primado en general la idea que —más allá de su similitud con el preámbulo norteamericano— los constituyentes plasmaron en él las motivaciones y fines que los impulsaban a dictar la constitución (18) y que el precedente norteamericano debe ser utilizado como herramienta de interpretación de nuestro preámbulo en la medida en que los elementos nacionales —doctrina, jurisprudencia y antecedentes constitucionales argentinos— no indiquen lo contrario (19).

En función de ello y asumida la importancia que reviste la historia de cada pueblo para comprender adecuadamente el verdadero sentido de los preceptos constitucionales (20), resulta de interés examinar someramente algunos antecedentes nacionales en la materia.

En algunos aspectos, los constituyentes recogieron principios ya presentes en el período revolucionario. Así, el decreto del 4 de sep-

(17) C.S.J.N., *Ferrocarril Central Argentino c/ la provincia de Santa Fe*, sentencia del 3 de julio de 1897, Fallos: 68:227.

(18) En las palabras de Alberdi “*finés esenciales y únicos de todo gobierno racional posible, sea cual fuere su forma y país de aplicación*”. Ver, así, ALBERDI, *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, ob. cit., p. 30. Al respecto, este mismo autor expresaba en su más célebre obra (*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, en *Obras escogidas*, Buenos Aires, editorial “Luz del día”, 1952, T. I, p. 212, nota d)) que “*los estatutos constitucionales, lo mismo que las leyes y las decisiones de la justicia, deben ser motivados. La mención de los motivos es una garantía de verdad y de imparcialidad, que se debe a la opinión, y un medio de resolver las dudas ocurridas en la aplicación por la revelación de las miras que ha tenido el legislador, y de las necesidades que se ha propuesto satisfacer. Conviene, pues, que el preámbulo de la constitución argentina exprese sumariamente los grandes fines de su instituto*”. Por una posición distinta a la expresada en el texto se pronunciaba BARRAQUERO (*Espíritu y práctica de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, ob. cit., p. 60), para quien “*(...) la historia política de ambos países y la razón filosófica demuestran hasta la evidencia que los dos preámbulos responden a distintos fines; y que por tanto la doctrina del Dr. Alberdi no tiene asidero en ninguna de las fuentes del derecho constitucional*”.

(19) ALBERDI, *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, ob. cit., p. 24.

(20) ESTRADA, *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 33.

tiembre de 1812 sobre inmigración dictado por el Triunvirato (21) permite advertir que la generosa invitación formulada en nuestro preámbulo a "(...) *todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino* (...)" no fue una creación propia de nuestros constituyentes sino una preocupación ya presente en el fomento a la inmigración cuatro décadas antes.

El propósito de hermanar a la incipiente nación y alcanzar la organización nacional también resultaba visible en numerosos acuerdos inter-provinciales suscriptos con anterioridad a la sanción de la Constitución. En ese sentido, bien pueden considerarse como parte de los "(...) *pactos preexistentes* (...)" referidos en el preámbulo al Pacto Federal de 1831 que perseguía, entre otros objetivos, establecer una unión ofensiva y defensiva; el Pacto de Unión y Alianza de 1830 entre cuyos fines se hallaba consensuar la seguridad y defensa común por todos los medios posibles; el pacto de Córdoba del 5 de julio de 1830; el de Alta Gracia del 16 de abril de 1830; el de Corrientes del 11 de diciembre de 1827; el del Cuadrilátero de 1822; el de Vinará y Tucumán de junio y septiembre de 1821; el de Avalos de 1820; el de Venegas y del Pilar de 1820; el tratado de alianza entre Tucumán y Santiago del 19 de septiembre de 1821; y el tratado solemne, definitivo y perpetuo de paz entre Santa Fe y Buenos Aires del 27 de noviembre de 1820, entre otros (22).

Asimismo, diversas actas, estatutos y reglamentos dictados con posterioridad a la Revolución de Mayo incorporan de manera expresa o implícita los objetivos explicitados en nuestro preámbulo. Cabe mencionar así al Estatuto Provisional del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1811; el decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811; el Oficio del Excelentísimo Cabildo solicitando la creación del Gobierno Intendencia de Buenos Aires; el decreto del 24 de octubre de 1812 que convoca para elecciones de

(21) En el mencionado decreto se señalaba que "*el Gobierno ofrece su inmediata protección a los individuos de todas las naciones, y a sus familias que quieran fijar su domicilio en el territorio del Estado, asegurándoles el pleno goce de los derechos del hombre en sociedad, con tal que no perturben la tranquilidad pública, y respeten las leyes del país*". Ver CASSAGNE SERRES, Blanca A., *La Constitución Nacional. Filiación histórica del preámbulo argentino*, Buenos Aires, Librería "El Ateneo" Editorial, 1945, p. 39.

(22) CASSAGNE SERRES, *La Constitución Nacional*...., ob. cit., ps. 87-96. Ver, asimismo, ARCE, *Las instituciones de la Constitución Argentina*...., ob. cit., ps. 37-38.

diputados a la Asamblea General; el Estatuto provisional del 5 de mayo de 1815; el Acta de Independencia de las Provincias Unidas del Río de la Plata; el decreto sobre seguridad individual del 14 de febrero de 1822; el Reglamento Provisorio del 5 de enero de 1825; entre otros (23).

Corresponde también mencionar al Manifiesto del Soberano Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas en Sudamérica al dar la Constitución de 1819 y al Manifiesto del Congreso General Constituyente a los Pueblos de la República Argentina de 1826.

El Manifiesto de 1819 resulta un claro antecedente de las primeras líneas del preámbulo. Al dejar asentado el principio de soberanía del pueblo del siguiente modo: "*El pueblo es el origen y el credo de todo poder; pero no pudiendo ejercer por sí mismo el legislativo, es este augusto Congreso el depositario de su confianza para este ministerio*" (24) otorga el fundamento de los términos: "*Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente (...)*" volcados en el preámbulo de 1853 (25).

Por su parte, el Manifiesto de 1826 recogía ya algunos de los fines expresados posteriormente en el preámbulo al señalar que "*(...) el Congreso (...) no ha perdido jamás de vista lo que todo patriota argentino debe reputar como el más grande, y más caro interés de la República: la consolidación de nuestra unión, a la cual están íntimamente ligados nuestra prosperidad, nuestra felicidad, nuestra seguridad y nuestra existencia nacional*" (26).

Como es sabido, el camino hacia la consolidación institucional argentina no fue en modo alguno sencillo. Sin embargo, aún en plena anarquía, términos tales como unión, constitución, congreso, conven-

(23) CASSAGNE SERRES, *La Constitución Nacional. ...*, ob. cit., ps. 102-113; Cámara de Diputados de la Nación Argentina, *Digesto Constitucional de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso Nacional, 1941, ps. 11-12.

(24) Citado por CASSAGNE SERRES, *La Constitución Nacional. ...*, ob. cit., p. 111. La redacción de este manifiesto se atribuye al Deán Gregorio Funes. Cfr. VANOSI, Jorge R. A., voz *Preámbulos de las constituciones*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1964p. 732, nota 13.

(25) CASSAGNE SERRES, *La Constitución Nacional. ...*, ob. cit., p. 111.

(26) Citado por CASSAGNE SERRES *La Constitución Nacional. ...*, ob. cit., p. 114.

ción, gobierno nacional o principios como el de libre navegación de los ríos se encontraban presentes en diversos pactos y acuerdos (27). Aquellos actos, "*aunque letra muerta por el momento, debían revivir como la buena semilla escondida en el surco*" (28) y se transformaron en el tiempo en un valioso legado que se plasmaría en el preámbulo, acreditando que —aún sin olvidar los antecedentes y elementos de su derecho positivo— nuestros antecesores grabaron a fuego dichos principios "*en el frontis del templo sagrado de la ley comun de los Argentinos*" (29).

Particular relevancia asume a estos efectos el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos del 31 de mayo de 1852. Aún sin la claridad visible en el texto finalmente adoptado por nuestros constituyentes, en el preámbulo que precede a sus 19 artículos se advierten ya en importante medida varios de los fines finalmente recogidos por nuestros constituyentes (30).

Quizás como consecuencia de su defectuosa redacción, este documento llevó a considerar que los objetivos proyectados eran limitados y mereció la visión crítica de Alberdi (31). Sin embargo, su examen demuestra que la mayor parte de los propósitos declarados en el preámbulo de nuestra Ley Suprema —como la necesidad de consti-

(27) Ver, así, el Pacto Federal del 4 de enero de 1831.

(28) *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires*, T. I, ob. cit., p. 375.

(29) *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires*, T. I, ob. cit., p. 375.

(30) El preámbulo del mencionado acuerdo expresaba: "(...) *Teniendo por objeto acercar el día de la reunión de un Congreso General que con arreglo a los tratados existentes y al voto unánime de todos los pueblos de la República, ha de sancionar la Constitución política que regularice las relaciones que deben existir entre todos los pueblos argentinos como pertenecientes a una misma familia, que establezca y defina los altos poderes nacionales y afiance el orden y prosperidad interior y la respetabilidad exterior de la Nación (...)*". Ver, al respecto, VANOSSI, voz *Preámbulos de las constituciones*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XXII, ob. cit., p. 732, nota 15; CASSAGNE SERRES, *La Constitución Nacional* ..., ob. cit., ps. 68-69.

(31) Así, tras calificar de apocado al programa enunciado en él, ALBERDI (*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, ob. cit., p. 98) señaló que sus fines "(...) *son excelentes sin duda; la constitución que no los tuviera en mira, sería inservible; pero no son todos los fines esenciales que debe proponerse la constitución argentina*".

tuir la unión nacional y consolidar la paz interior (32), afianzar la justicia (33), promover el bienestar general (34) y proveer a la defensa común (35)— ya se encontraban presentes allí (36).

Probablemente en función de una visión distinta del rol que debía cumplir el preámbulo (37), Alberdi optó en su proyecto de constitución más por expresiones específicas y concretas (38) —una enunciación de medios que tuviera el valor de un programa de acción (39)— que por una exposición de fines con alcance universal como la que se vio finalmente plasmada en el texto constitucional.

(32) “(...) que regularice las relaciones que deben existir entre todos los pueblos argentinos como pertenecientes a una misma familia; que establezca y defina los altos poderes nacionales (...)”.

(33) “(...) afiance el orden (...)”.

(34) “(...) prosperidad interior (...)”.

(35) “(...) respetabilidad exterior de la Nación (...)”.

(36) Ver, en sentido concordante, CASSAGNE SERRES, *La Constitución Nacional*. ..., ob. cit., ps. 70-82.

(37) Ya que en sus palabras, “abrazando la mente de la constitución, vendrá a ser la antorcha que disipe la obscuridad de las cuestiones prácticas, que alumbré el sendero de la legislación y señale el rumbo de la política del gobierno”. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, ob. cit., p. 212, nota d).

(38) En el proyecto de constitución concebido según lo desarrollado en sus “Bases”, Alberdi esbozó el siguiente preámbulo: “Nos, los representantes de las provincias de la Confederación Argentina, reunidos en Congreso general constituyente, invocando el nombre de Dios, Legislador de todo lo creado, y la autoridad de los pueblos que representamos, en orden a formar un Estado federativo, establecer y definir sus poderes nacionales, fijar los derechos naturales de sus habitantes y reglar las garantías públicas del orden interior, de seguridad exterior y de progreso material e inteligente, por el aumento y mejora de su población, por la construcción de grandes vías de transporte, por la navegación libre de los ríos, por las franquicias dadas a la industria y al comercio, y por el fomento de la educación popular, hemos acordado y sancionado lo siguiente”: ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, ob. cit., p. 212.

(39) VANOSSI, voz *Preámbulos de las constituciones*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, ob. cit., p. 734. De manera concordante con ello, ALBERDI (*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, ob. cit., p. 42) expresaba

El preámbulo fue aprobado por unanimidad y sin discusión previa en la sesión del Congreso General Constituyente del 21 de abril de 1853. Su redacción estuvo a cargo de la Comisión de Negocios Constitucionales, que preparó el "Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina" presentado en la sesión del 18 de abril de 1853 (40).

Desde su aprobación, el preámbulo no ha sufrido prácticamente reforma alguna, con las siguientes salvedades. La Convención Constituyente de 1860 sustituyó el término "Confederación Argentina" por el de "Nación Argentina" (41). Por su parte, a pesar de carecer de habilitación legislativa para ello, el texto ordenado emitido por la Convención Nacional Constituyente de 1994 (42) omitió incluir la coma tras

que *"hoy se busca la realidad práctica de lo que en otro tiempo nos contentábamos con proclamar y escribir. He aquí el fin de las constituciones de hoy día: ellas deben propender a organizar y constituir los grandes medios prácticos de sacar a la América emancipada del estado oscuro y subalterno en que se encuentra"*.

(40) CASSAGNE SERRES, *La Constitución Nacional*. ..., ob. cit., p. 21.

(41) El 23 de septiembre de 1860, en la tercera sesión ordinaria de la Convención Constituyente de 1860, la comisión designada para informar sobre todas y cada una de las reformas presentadas por Buenos Aires —integrada por Mármol, Seguí, Elizalde, Gorostiaga, Vélez Sársfield, Cáceres y del Carril— presentó un proyecto de resolución que, entre las enmiendas propuestas, disponía la agregación de un artículo que establecía: *"Las denominaciones adoptadas sucesivamente, desde 1810 hasta el presente, a saber: PROVINCIAS UNIDAS DEL RÍO DE LA PLATA, REPÚBLICA ARGENTINA, CONFEDERACIÓN ARGENTINA, serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del Gobierno y territorio de las Provincias, empleándose las palabras: NACIÓN ARGENTINA, en la formación y sanción de las leyes"*. El proyecto de resolución, que actualmente constituye con mínimas variantes el artículo 35 de nuestra Carta Magna, fue votado afirmativamente por los convencionales y se dispuso, por medio de una indicación de Elizalde asentida por todos, que en una próxima sesión se firmaría la Constitución con las reformas ya intercaladas en su cuerpo. En consecuencia, en la última de las sesiones ordinarias, que tuvo lugar el 25 de septiembre de 1860, la Convención aprobó el texto concordado de la Constitución Nacional, que sustituyó la expresión *Confederación Argentina* por *Nación Argentina*. Por lo tanto, el preámbulo que rezaba *"Nos, los representantes del pueblo de la Confederación Argentina"* pasó a proclamar *"Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina"*. Cfr. RÉBORA, Juan Carlos, *25 de septiembre de 1860. Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, 27-952.

(42) Publicado en el Boletín Oficial del 23 de agosto de 1994. Una fe de erratas fue publicada posteriormente en la edición del 24 de agosto de ese mismo año.

el vocablo inicial "Nos" y reemplazó el punto y coma que precedía a la cláusula invocativa de Dios por dos puntos (43).

3. El preámbulo como parte integrante de la Constitución Nacional. Su valor jurídico

A. ¿El preámbulo forma parte de la Constitución?

Como es sabido, una de las reglas básicas de la hermenéutica jurídica—de plena aplicación en materia de interpretación constitucional—es la que impide determinar el sentido preciso de una disposición en forma aislada y sin examinar el texto en su conjunto.

En este sentido y en tanto el preámbulo constituye la explicación más clara de los principales fines y designios que ella se propone alcanzar (44), se transforma en una de las fuentes de interpretación más valiosas de nuestra Ley Suprema.

A pesar de ello, se ha discutido tanto en los Estados Unidos de América como en nuestro país si el preámbulo constituye efectivamente parte de la constitución.

(43) Ver, en igual sentido, SAGÜES, Néstor P., *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994. Estudio comparativo con el articulado anterior. Tratados internacionales con jerarquía constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2ª edición, 1994, p. 35. Lamentablemente, los antecedentes existentes no acreditan la existencia de debate alguno en el seno de la Convención en relación a estas reformas. Ver así, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, confeccionada por el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales del Ministerio de Justicia. Ello permite suponer que se trató de un mero error tipográfico que alteró desacertadamente el texto de nuestra Constitución. La coma no debió ser suprimida ya que su ubicación era gramaticalmente correcta conforme a la respuesta brindada ante nuestra consulta por la Academia Argentina de Letras. Por otra parte, el reemplazo del punto y coma por los dos puntos introdujo una innecesaria ambigüedad en la interpretación de nuestro preámbulo. Con anterioridad a la reforma, surgía claramente que los representantes del pueblo, invocando a Dios, sancionaban la Constitución. En cambio, en la actualidad, alguien podría alegar basándose en el texto del preámbulo, que éste proclama los beneficios de la libertad para todos los hombres que quieran habitar el suelo argentino y, asimismo, invoquen la protección de Dios. Esta ambigüedad a la que da lugar la nueva redacción no se condice con el espíritu de nuestra Constitución y debió ser evitada.

(44) AXLER, Eric M., *The power of the preamble and the ninth amendment: the restoration of the people's unenumerated rights*, 24 Seton Hall Legis. J. 431 (2000), p. 431 ("To discover the spirit of the Constitution, it is of first importance to attend to the principal ends and designs it has in view").

Para un sector de la doctrina nacional, el preámbulo no sólo constituye parte de ella sino que se trata de la primera y más importante de sus cláusulas (45). En función de ello, sostener que se trata de un bello enunciado que antecede —pero no integra— a la Constitución, equivaldría a desmerecer su importancia, restringir *a priori* los derechos fundamentales del hombre y descalificar una valiosa guía de acción gubernamental.

A pesar de haberse propugnado desde antaño la necesidad de otorgarle una operatividad mayor (46), la posición predominante en el derecho norteamericano parece ser la contraria. Se ha señalado así que la etimología de la palabra preámbulo —derivada de los términos del latín “*prae*” (“antes”) y “*ambulare*” (“camina”)— indicaría que él no integra la Constitución y que, en consecuencia, su valor jurídico se limita a determinar la correcta interpretación de sus diversas cláusulas (47).

En la Argentina, la visión de los especialistas no ha sido en modo alguno pacífica. Mientras que destacados constitucionalistas como

(45) ARCE, *Las instituciones de la Constitución Argentina...*, ob. cit., p. 39.

(46) Así lo sostenía ya en agosto de 1789 el constituyente Roger Sherman del estado de Connecticut durante los debates que precedieron a la incorporación de la célebre declaración de derechos, tomando una posición contraria a la expresada por el constituyente Thomas Tudor Tucker, quien afirmaba que éste no era parte de la Constitución. Ver, al respecto, MARCIN, Raymond B., “*Posterity*” in the preamble and a positivist pro-life position, 38 Am. J. Juris. 273 (1993), nota 34 y Axler, *The power of the preamble and the ninth amendment: the restoration of the people's unenumerated rights*, ob. cit., p. 440.

(47) WATSON, David K., *The Constitution of the United States. Its history application and construction*, Chicago, Callaghan & Company, 1910, T. I, p. 92, quien cita en apoyo de su posición el voto del juez Fuller en el caso *Yazoo and Mississippi Valley Railroad Co. v. Thomas* al sostener que el preámbulo no es parte de la ley, y no puede extender ni conferir poderes, ni controlar las palabras de la ley salvo en caso de duda o ambigüedad (“*The preamble is no part of the act, and can not enlarge or confer powers, nor control the words of the act unless they are doubtful or ambiguous*”). Similar opinión expresaba Corwin al señalar que “*en rigor, el Preámbulo no es parte de la Constitución, sino que ‘camina adelante’ de la misma*”. CORWIN, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual*, traducción de la 14ª edición norteamericana, Buenos Aires, Editorial Fraternal, 1987, p. 19

Vanossi (48); Bidart Campos (49) y Sagüés (50) se han pronunciado en favor de considerarla como parte integrante de nuestra Constitución, otras no menos autorizadas opiniones como las de Bielsa (51) y Badeni (52) se han enrolado en la tesis contraria.

Como bien señala Vanossi, se trata de una materia opinable en la que puede argumentarse con sustento similar en un sentido o en otro (53). Sin perjuicio de ello y de las objeciones que pudiera presentar su denominación como preámbulo —en función de las connotaciones etimológicas antes referidas— la redacción de algunos de sus términos (54) indicaría la presencia de una orden o cláusula imperativa, fórmula de sanción o solemne promulgación propia de una norma jurídica (55). Asimismo, la afirmación allí vertida respecto a la sanción de “*esta* Constitución” permitiría sostener que nuestros constituyentes consideraban al preámbulo como parte de ella.

(48) VANOSSI, voz *Preámbulos de las constituciones*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, ob. cit., p. 737, quien aclara —sin embargo— que “*es materia opinable en la que puede argumentarse con igual fuerza en un sentido o en otro*”.

(49) BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 127, quien afirma que “*el preámbulo no es un decorativo introductorio, sino que tiene contenido y valor normativos como todo el complejo de la constitución a la que precede*”.

(50) SAGÜES, Néstor P. *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993, T. I, p. 212, para quien integra la Ley Suprema al haber sido introducido por los constituyentes como su prólogo o introducción.

(51) BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Roque Depalma editor, 2ª edición, 1954, p. 71, para quien el preámbulo “*no es la parte dominante de la Constitución —como erróneamente se ha dicho— ni siquiera es parte integrante de ella*”.

(52) BADENI, Gregorio, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994, p. 93.

(53) VANOSSI, voz *Preámbulos de las constituciones*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, ob. cit., p. 737.

(54) Como “*(...) ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina (...)*”. Lo propio acontece con algunos términos de la constitución norteamericana como aquellos que señalan que “*(...) ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América.*” (“*[...] do ordain and establish this Constitution for the United States of America*”).

(55) SEISDEDOS, Felipe, *El preámbulo*, en *La Ley*, 91-914.

B. El preámbulo y su valor jurídico

Más allá de la estrecha relación existente entre ambas cuestiones, no debe confundirse aquella vinculada con la integración o no del preámbulo en la Constitución con el valor jurídico que corresponde otorgarle (56). Así, bien podría sostenerse que el preámbulo forma parte de ella aún cuando se considere que carece de fuerza normativa.

En cuanto a su relevancia jurídica, si bien se ha admitido en forma prácticamente uniforme el gran valor que presenta desde el punto de vista interpretativo, surgen diferencias cuando se trata de asignarle funciones más activas.

Su función interpretativa

Como hemos visto, aún quienes niegan al preámbulo valor normativo o que él forme parte de la Constitución admiten su importancia como fuente de interpretación constitucional (57).

(56) VANOSSI, voz *Preámbulos de las constituciones*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, ob. cit., p. 737.

(57) Señalaba así DANA MONTAÑO (*La revisión de las constituciones provinciales. (Proposiciones para la de la Prov. de Santa Fe, aplicables a las demás provincias argentinas)*), ob. cit., p. 833) que "(...) es indiscutible la conveniencia y utilidad de esta motivación, llamada *Preámbulo*, porque abre la inteligencia de las leyes y sirve de pórtico a las constituciones. Al enunciar los fines, pierde vigor la opinión, que pretende restar importancia jurídica a esta parte de la ley, porque no tiene fuerza de tal. El preámbulo, efectivamente, carece de valor preceptivo; no es una disposición de la ley, pero sirve indiscutiblemente para confrontar el acierto y los medios elegidos para realizar los fines en él expuestos, o para graduar la extensión de los poderes conferidos para su realización, en relación con los textos o disposiciones que le siguen". En igual sentido, se pronunciaba Joaquín V. GONZÁLEZ (*Manual de la Constitución Argentina. Concordado con las Obras Completas del autor; edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Angel Estrada y Cia. S.A. editores, 26ª edición, 1971, p. 718.) quien si bien realzó en sus obras la practicidad del preámbulo y su función interpretativa, sostenía que carecía de fuerza imperativa como una de las cláusulas del texto constitucional. LINARES QUINTANA (*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, T. III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1977/1988, p. 719) y BADENI (*Reforma constitucional e instituciones políticas*, ob. cit., p. 93) adoptan una posición similar al destacar que si bien el preámbulo carece de valor jurídico positivo, ello no significa que se trate de una simple formulación teórica sino que reviste particular relevancia en materia de interpretación constitucional.

Según Sarmiento, su importancia ya resultaba visible durante el debate de la Asamblea Constituyente francesa de 1848 al rechazar Lamartine su eliminación y ratificar el papel fundamental que él debía jugar dentro de la normativa constitucional "*para asegurar y fijar la inteligencia é interpretación de sus disposiciones*". Compartiendo tales afirmaciones, el ilustre sanjuanino sostenía que "*el preámbulo de las Constituciones es, pues, no sólo parte de la ley fundamental, sino también la pauta, y la piedra de toque para la resolución de los casos dudosos, conformando su interpretación y práctica con los fines para que fueran adoptadas las subsiguientes disposiciones y el espíritu que prevaleció en su adopción*" (58).

El preámbulo brinda pautas útiles para la interpretación constitucional y así ha sido admitido tanto por la doctrina norteamericana (59) como argentina. En tal sentido, se ha señalado con acierto que, en tanto se fijan en él los principios generales que orientan a nuestra Ley Suprema, en caso que alguna disposición fuese susceptible de más de una interpretación, debe primar aquella más compatible con el preámbulo (60); o que en la medida en que el preámbulo constituye una guía

(58) SARMIENTO, *Comentarios de la Constitución*, ob. cit., ps. 58-59. En sentido concordante se pronunciaba Agustín DE VEDIA (*Constitución Argentina*, Buenos Aires, Imprenta y casa editora de Coni Hermanos, 1907, p. 26) al afirmar que el preámbulo "*es la exposición de motivos, destinada á hacer conocer el objeto principal del acto, y á ella será necesario referirse toda vez que se trate de fijar la índole, extensión y aplicación de esa declaraciones y facultades, cuyo sentido no puede ser otro que el que mejor consulte los fines de gobierno, de modo que no resulten excedidos ni menoscabados, por la regla de interpretación que se adopte*".

(59) En tal sentido, destacando su utilidad como instrumento para identificar el espíritu y las razones que dieron origen a las previsiones constitucionales se pronunciaron Story, Chester, Cosgrove, Corwin, Willoughby y Watson y, más recientemente, Marcín y Axler, entre muchos otros. Ver CALVO, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, T. I, ob. cit., ps. 344-345; CORWIN, *La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual*, ob. cit., p. 20, nota 2 con cita de Story; WILLOUGHBY, Westel W., *Principles of the Constitutional Law of the United States*, New York, Baker, Voorhis & Co., 1935, p. 43; WATSON, *The Constitution of the United States...*, T. I, ob. cit., p. 92; MARCÍN, "*Posterity*" in the preamble and a positivist pro-life position, ob. cit., p. 282 y nota 30 y AXLER, *The power of the preamble and the ninth amendment: the restoration of the people's unenumerated rights*, ob. cit., p. 437 y nota 20.

(60) BARRAQUERO, *Espíritu y práctica de la Constitución Argentina*, ob. cit., p. 53, quien señala que "*un preámbulo al frente de una constitución escrita jamás debe considerarse como una mera fórmula. El, es una especie de resumen de la constitución en el*

esclarecedora de los preceptos constitucionales (61), sus cláusulas deben interpretarse de conformidad con los fines y objetivos del preámbulo a punto tal que una ley que contradiga tales objetivos —conspirando, por ejemplo, con el objetivo de constituir la unión nacional, consolidar la paz interior o proveer a la defensa común— de- vendría en inconstitucional del mismo modo que si estuviese en pugna con cualquier otra cláusula de la Constitución (62).

En función de la lógica preocupación derivada del hecho que la amplitud de las declaraciones del preámbulo pudieran servir como justificación de actos arbitrarios o contrarios a la seguridad jurídica (63), Bielsa no sólo negaba al preámbulo fuerza imperativa sino también cualquier valor interpretativo sobre las cláusulas constitu-

que se consignan de una manera general los principios que le sirven de norma, á la vez que las declaraciones de derechos de que fluyen las disposiciones y leyes reglamentarias. Es la mejor clave para interpretar una constitución porque explica los motivos y objetos tenidos en vista al formularla; y si alguna disposición fuese susceptible de dos interpretaciones debe adoptarse la que esté más en relación con la cláusula del preámbulo". Ver, asimismo, CALVO, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, T. I, ob. cit., ps. 345-346.

(61) Destacaba en tal sentido ARCE (*Las instituciones de la Constitución Argentina...*, ob. cit., p. 38) que los propósitos del preámbulo "*constituyen la mejor fuente de interpretación del texto escrito, hasta el punto de haberse dicho que lo que no está en el preámbulo, no está en la Constitución*". Ver, asimismo BIDART CAMPOS, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, ob. cit., p. 128; RAMELLA, *Derecho constitucional*, ob. cit., p. 62; ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, ob. cit., p. 212, nota d); *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires*, T. I, ob. cit., ps. 325-326; Sarmiento, *Comentarios de la Constitución*, ob. cit., ps. 58-59.

(62) SAGÜES, *Elementos de derecho constitucional*, T. I, ob. cit., p. 212. En sentido concordante se pronunciaba Perfecto ARAYA (*Comentario de la Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, 1908, Tomo I, ps. 5-6, citado por Segundo V. LINARES QUINTANA en *Gobierno y administración...*, T. I, ob. cit. p. 204) al señalar que "*las interpretaciones que atenten contra los fines expresados en él o que nos arrastren a consecuencias análogas, no pueden ser constitucionales*".

(63) Respecto a la preocupación que nos genera la vaguedad de ciertas previsiones constitucionales, ver nuestro trabajo titulado *La cláusula ambiental en la Constitución Nacional*, en *Estudios sobre la reforma constitucional*, Depalma, Bs. As., 1995, ps. 21 y ss., donde señalamos que "*En conclusión, pocas palabras, pero claras y precisas. Y a tal punto claras, que los principios allí reflejados guíen el obrar de la comunidad y reinen indubitadamente en la escala de valores de la sociedad a la cual se dirige*" (id., p. 40).

cionales (64). En una posición análoga, otros autores han destacado sus aspectos emotivos y programáticos, calificándolo esencialmente como un rezo cívico o un mero catálogo de creencias y valores (65).

Aún sin dejar de reconocer la válida preocupación de Bielsa, negar toda fuerza interpretativa al preámbulo parece excesivo. Como es sabido, la vaguedad o indeterminación es un defecto propio e inevitable del lenguaje y, como tal, se traslada a las normas jurídicas sin que ello obste a su aplicación o a la delimitación de su alcance.

En ese sentido, sabido es que la indeterminación de los términos no debe ser vista en la actualidad como atribución de discrecionalidad o exención a la fiscalización judicial. Superada la identificación entre discrecionalidad y falta de norma determinante o laguna legal, la estimación subjetiva o discrecional por parte de los órganos estatales sólo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido con ese carácter.

(64) Señalaba así BIELSA (*Derecho constitucional*, ob. cit., ps. 71-72) que “*Tampoco tiene valor de fuente de interpretación de los preceptos constitucionales, o, como la ha dicho la Corte Suprema, no puede deducirse de sus expresiones una interpretación que permita aumentar o disminuir potestades ('Fallos', t. 137, p. 47). Tampoco puede tomarse como fuente de interpretación el preámbulo por otra razón, y es la amplitud y generalidad de sus proposiciones; esa latitud resulta imprecisión en el sentido jurídico. Se puede hacer mérito de declaraciones inspiradas en loables propósitos, como el de 'promover el bienestar general'; pero ésta es una fórmula genérica y común que nunca deja de expresarse en los actos de gobierno y de administración. Ella sirve tanto para hacer prevalecer el predominio transitorio de las ventajas de una mayoría, a costa de la justicia y de la seguridad jurídica, como para fundar un sistema draconiano en materia represiva o medidas defensivas de la colectividad con el sacrificio de las libertades personales, contra el sistema mismo de la Constitución, y no en la apreciación subjetiva de los gobernantes, ni en la aprobación o desaprobación de una mayoría. En la proposición 'afianzar la justicia', tanto puede significarse su independencia en absoluto, como su elevación e ilustración, o bien consolidar un poder; o hacer prevalecer las decisiones de la mayoría, aunque no sean justas, o —como decía Cicerón— 'si las decisiones de los jueces o los decretos de los jefes de Estado fuese suficiente fundamento de derecho, el hurto, el adulterio y los testamentos falsos podrían sancionarse como justos cuando la multitud les diera el apoyo de sus sufragios'. Y lo que las multitudes un día creen justo, al día siguiente lo juzgan injusto*”.

(65) En este sentido se pronunciaba César Romero. Ver, al respecto, SAGÜES, *Elementos de derecho constitucional*, T. I, ob. cit., p. 211.

Si bien la confusión entre lo que constituía el ejercicio de potestades discrecionales y la interpretación de los conceptos no determinados por la norma fue, durante largo tiempo, una constante en el derecho público, convirtiéndose —con anterioridad a la consagración de los conceptos jurídicos indeterminados como categoría con significado propio— en uno de los más amplios espectros de la discrecionalidad administrativa, la autonomía obtenida por esa noción ha llevado a que su asimilación con la discrecionalidad —inconveniente en cualquier rama del derecho pero de singular peligrosidad en el campo del derecho administrativo— carezca en la actualidad de justificación suficiente. Por ello, en aquellas ocasiones en que la norma legal emplea conceptos indeterminados, no delega estimación discrecional alguna en el órgano encargado de su aplicación. Muy por el contrario, si bien la tarea integrativa de ese concepto obliga a dicho órgano a un juicio de adecuación, éste debe conducir necesariamente a la solución tenida en mira por la norma que, si bien incorpora el concepto sin predeterminedar su resultado, lo entiende único y cierto (66).

En consecuencia y en tanto el preámbulo sirva como norte del obrar estatal, la determinación de la legalidad o ilegalidad de los actos dictados por los gobernantes para alcanzar tales fines no debería quedar sujeta a su mera apreciación subjetiva. Por el contrario, los principios y derechos consagrados en la Constitución, sus antecedentes y la interpretación constitucional construida a lo largo del tiempo deberían delimitar su significado tal como acontece con tantos otros conceptos jurídicos.

Nuestros tribunales han otorgado en general relevancia al preámbulo en la interpretación de la finalidad perseguida por los constituyentes, el sentido de los derechos reconocidos a los habitantes de la Nación y las potestades otorgadas a los poderes estatales (67) tanto

(66) Ver, al respecto, TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, I, Depalma, Bs. As., 1993, ps. 371 y ss., especialmente 410 y ss.

(67) En un caso en el que se discutía la validez de una concesión de un yacimiento petrolífero y el dominio exclusivo, imprescriptible e inalienable del Estado Nacional sobre dicho yacimiento, la Corte Suprema afirmó —citando lo expresado por el miembro informante en el Senado de la Nación con motivo del debate parlamentario de la que habría de ser la ley 14.773— que “(...) es el Congreso de la Nación el que tiene la potestad de dictar el Código de Minería y, dentro del contenido de este Código, lo relativo

con el objeto de definir el contenido y alcance de las normas —cualquiera fuera su jerarquía normativa— como para brindar una solu-

al régimen del dominio del subsuelo. Nuestro Preámbulo considera que proveer a la defensa común es uno de los objetivos que fundamentan la formación de la Nación Argentina. Todo lo que hace al petróleo y a sus derivados es materia típica de defensa nacional. Surge del propio Preámbulo (...)". Luego, la Corte agregó que "Los propósitos de "proveer a la defensa común" y "promover el bienestar general" enunciados en el Preámbulo indican, conforme a lo expuesto, que compete al Congreso Nacional la regulación jurídica del dominio y explotación de los citados yacimientos". (C.S.J.N., *Yacimientos Petrolíferos Fiscales*, sentencia del 3 de mayo de 1979, Fallos: 301:341). En otra ocasión, la Corte se pronunció sobre la nulidad de un proceso penal que se había extendido por un lapso superior a los 24 años destacando que "(...) salta a la vista que resultaron agraviados hasta su práctica aniquilación, el enfático propósito de afianzar la justicia, expuesto en el Preámbulo, y los mandatos explícitos e implícitos, que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de su inocencia y la inviolabilidad de su defensa en juicio y debido proceso legal (arts. 5°, 18 y 33). Ello es así, toda vez que dichas garantías constitucionales se integran por una rápida y eficaz decisión judicial (...)" (C.S.J.N., *Camilo Mozzatti y otro*, sentencia del 17 de octubre de 1978, Fallos: 300:1102). A su vez, en un caso donde la presentación de una prueba esencial que hacía al derecho del demandante se produjo tardíamente, la Corte destacó que "las particulares circunstancias de la causa comprometen a la Corte Suprema, en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, a ponderar aquellas circunstancias a fin de evitar que la aplicación literal e indiscriminada de normas procesales conduzca a vulnerar el derecho sustancial, a desinteresarse de la consideración de un medio probatorio que se muestra como decisivo para la solución de la causa y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto; todo lo cual, por lo demás, va en desmedro del propósito de "afianzar la justicia" enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional". (C.S.J.N., *Juan Carlos Oílher v. Oscar Norberto Arenillas*, sentencia del 23 de diciembre de 1980, Fallos: 302:1611). En otras ocasiones, la Corte Suprema consideró que "para no frustrar el propósito de "afianzar la justicia" que incluye el preámbulo de la Constitución Nacional y preservar el derecho a la propiedad que consagra su art. 17, el reajuste de los créditos debe ser admitido cuando media mora culpable del deudor". (C.S.J.N., *Oscar Felipe Vera v. S.A. Sanidad*, Fallos: 300:655) e, inclusive, extendió la teoría de la imprevisión al campo del derecho administrativo utilizando el propósito de afianzar la justicia como pauta de interpretación dinámica y progresista que habilitaba la extensión de dicha teoría al ámbito del derecho público al señalar "que la norma del art. 1198 del Código Civil ha receptado en forma expresa la mencionada teoría de la imprevisión, ínsita, como sostuvo la doctrina y la jurisprudencia —con anterioridad a la sanción de la ley 17.711— en la entraña misma del derecho. Representando ésta una construcción jurídica basada en la justicia —cuyo afianzamiento exige el Preámbulo de la Constitución Nacional—, nada obsta a que su aplicación se extienda al derecho administrativo —cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquélla—, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina (...)" (C.S.J.N., *Vialco S.A. v. Agua y Energía Eléctrica*, sentencia del 29 de junio de 1982, Fallos: 304:919).

ción justa en los casos donde se presenta una laguna normativa o axiológica (68).

Sin embargo, las posiciones adoptadas no han resultado uniformes. Así, mientras que algunos pronunciamientos denotan una visión restrictiva, limitando la utilización del preámbulo a una mera herramienta de interpretación constitucional (69), en otras ocasiones se ha llegado, inclusive, a otorgar efecto imperativo a sus disposiciones (70).

(68) BIDART CAMPOS, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, ob. cit., p. 128.

(69) Señalándose, por ejemplo, que el "*valor del preámbulo, en efecto, como elemento de interpretación, no debe ser exagerado*", afirmándose a continuación —siguiendo a Willoughby— que "*(s)ólo constituye un positivo factor de interpretación cuando el pensamiento de los redactores no aparece en aquél nítido y definitivo*". C.S.J.N., *Causa de "Hábeas Corpus" deducido por Simón Scheimberg y Enrique U. Corona Martínez, en representación de 33 extranjeros detenidos por el Poder Ejecutivo a quienes se les ha aplicado la ley 4144*, sentencia del 6 de mayo de 1932, Fallos: 164:344. Al respecto, expresaba Willoughby que "*el valor del Preámbulo de la Constitución para los fines de interpretación es similar al valor dado al preámbulo de una norma ordinaria. No puede basarse en él para otorgarle al cuerpo del instrumento un significado diferente del que surge de su claro lenguaje, pero puede ser aplicado en casos de ambigüedad, donde la intención de los redactores no aparezca de manera clara y definitiva*". [*"The value of the Preamble to the Constitution for purposes of construction is similar to that given to the preamble of an ordinary statute. It may not be relied upon for giving to the body of the instrument a meaning other than that which its language plainly imports, but may be resorted to in cases of ambiguity, where the intention of the framers does not clearly and definitely appear"*]. (WILLOUGHBY, *Principles of the Constitutional Law of the United States*, ob. cit., p. 43)

(70) Así, nuestra Corte Suprema consideró en una ocasión que el propósito de afianzar la justicia, en consonancia con la garantía de la retribución justa prevista en el artículo 14 de la Constitución, *exige* que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores. C.S.J.N., *Manuel R. Suarez v. Provincia de Córdoba*, sentencia del 21 de marzo de 1989, Fallos: 312:377 ("*... el principio de "afianzar la justicia" y la garantía de la retribución justa (Preámbulo y art. 14, Constitución Nacional), exigen que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores y a la finalidad de cada una de ellas; situación equitativa que resulta alterada cuando por culpa del deudor moroso la prestación nominal a su cargo ha disminuido su valor real, su poder adquisitivo, en relación a sus fines propios de naturaleza alimentaria, por influencia de factores que no dependen del acreedor*"). En sentido similar, señaló en otra ocasión que el propósito de afianzar la justicia *exige* que la garantía constitucional de la defensa en juicio y del debido proceso se extienda a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial. C.S.J.N., *Fundación San Martín de Tours*, sentencia del 22 de abril de 1980, Fallos: 302:299. ("*La garantía constitucional de*

El preámbulo como fuente de derechos. Su importancia creciente en situaciones de excepción

Como hemos visto, destacados autores nacionales niegan al preámbulo valor preceptivo alguno. Su postura encuentra apoyo en prestigiosa doctrina norteamericana que ha negado desde antaño —siguiendo a Story (71)— que el preámbulo pueda ser fuente de derechos.

Si bien se ha negado en general que el preámbulo pueda servir como fuente autónoma y directa de derechos en circunstancias ordinarias, lo cierto es que —probablemente como consecuencia de la necesidad aún mayor de recordar en esas ocasiones las bases propias de la institucionalidad— se le ha reconocido una relevancia y operatividad mayor en circunstancias de excepción.

En efecto, aún cuando no se admitiera que el preámbulo pudiera ser una fuente autónoma de derechos, parece indudable que —en cuanto él constituye la prueba más acabada del espíritu de nuestra Constitución— su invocación se potencia en aquellos supuestos donde se pone en pugna la existencia de valores y garantías constitucionales básicas. Así ocurrió por ejemplo en el ya célebre caso “Smith” (72)

la defensa en juicio y del debido proceso no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional; así lo exige, por lo demás, el propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional”).

(71) Para quien “su oficio verdadero y único (...)” era ser fuente de interpretación. Ver al respecto Calvo, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, T. I, ob. cit., p. 345.

(72) C.S.J.N., *Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”*, sentencia del 1 de febrero de 2002, al señalar que “*el derecho a disponer libremente de los fondos invertidos o depositados en entidades bancarias y financieras se sustenta (...) en los principios de la Ley Fundamental; y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia. Tal afectación de los mentados principios constitucionales, dada la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia legal que la provoca, no puede entenderse como fruto de una reglamentación razonable de tales principios, ni encuentra respaldo, por ende, en el art. 28 de la Carta Magna*”.

en donde nuestro más alto tribunal reconoció valor operativo no sólo al principio de intangibilidad del patrimonio —con sustento en el artículo 17 de la Constitución— sino también al propósito de afianzar la justicia, enunciado en el preámbulo (73).

Similar fenómeno se observa tanto en el caso de los derechos constitucionales implícitos —basados en el artículo 33 de la Constitución— como en la garantía de razonabilidad contemplada en su artículo 28, transformándose así —conjuntamente con dichas disposiciones— en el basamento central del reconocimiento de derechos no enumerados expresamente en el texto constitucional.

El principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno reconocidos en el preámbulo se vuelven de ese modo operativos a través de la referencia efectuada en el artículo 33 (74), transformándose así en fuente de derechos implícitos (75).

En sentido similar, aún cuando el artículo 28 de la Constitución limita su referencia al articulado de la Constitución —al referirse a la prohibición de alterar los principios, garantías y derechos allí reconocidos por las leyes que reglamentan su ejercicio— sin incluir expresamente al preámbulo, lo cierto es que —al plasmar él sus objetivos esenciales— aquellas disposiciones que lo contradigan difícilmente puedan superar el test de razonabilidad allí previsto” (76).

(73) Ver, en igual sentido, la disidencia de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez en la causa *Hugo Oscar Carrizo y Otros*, sentencia del 15 de julio de 1997, Fallos: 320:1395.

(74) En cuanto señala que “*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”.

(75) Ver, en sentido similar, GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 1.

(76) Señala al respecto BIDART CAMPOS (*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, ob. cit., p. 129) que “...cuando la Corte sostiene que los jueces no pueden inaplicar normas vigentes si no fundan la inaplicación en una declaración de inconstitucionalidad de las normas descartadas, se nos plantea el problema de las leyes injustas que, a lo mejor, no pugnan directa o claramente contra una norma de la Constitución. Pues bien, siempre decimos que si la inconstitucionalidad de una ley intrínsecamente injusta no puede ser apoyada judicialmente con referencia directa a tal o cual norma o

El preámbulo, la atribución de potestades y la división de competencias entre el gobierno federal y las provincias

Hace ya cerca de un siglo la Suprema Corte norteamericana destacó en el conocido caso *Jacobson v. Massachusetts* que el preámbulo no puede ser considerado como fuente independiente de potestades o competencias estatales no reconocidas de otro modo en forma expresa (77). De ello se ha derivado que el cuerpo de la Constitución es la

*artículo de la Constitución, el tribunal está en condiciones de declarar inconstitucional a esa ley injusta con la sola invocación del mandato preambular de "afianzar la justicia", porque una ley intrínsecamente injusta —o cualquier otra norma derivada— no sólo no afianza la justicia, sino que alberga a su disvalor en contra de la constitución suprema". Más clara aún resulta su afirmación en el sentido que "el preámbulo que encabeza a la constitución es tan norma jurídica como el articulado que le sigue, y revisite la misma fuerza normativa —obligatoria— de todo el conjunto textual". Ver, BIDART CAMPOS, Germán J., *El Sesquicentenario de la Constitución de 1853*, en diario *La Ley* del 15 de noviembre de 2002, p. 3.*

(77) *Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts*, 197 U.S. 11, 22, (1905). La cuestión a dilucidar por la Corte era si resultaba constitucional que la ciudad de Cambridge requiriera a todos sus habitantes que se aplicaran una vacuna contra la viruela bajo apercibimiento de aplicación de una multa de cinco dólares. Una ley estadual facultaba a los comités de sanidad locales a establecer tal tipo de regulaciones a su discreción, en el caso de que considerasen que era necesario para la salud o seguridad públicas. Jacobson se negó a recibir la vacuna, por lo que se le imputaron los cargos correspondientes y se inició un proceso en su contra a fin de cobrarle la multa pertinente. Ante tales circunstancias, el imputado sostuvo que la ley estatal contradecía los derechos asegurados por el preámbulo de la constitución y daba por tierra los fines declarados en él. La Suprema Corte rechazó tales argumentos y manifestó: "*Pasamos sin mayor discusión al argumento de que el artículo de la ley de Massachusetts ahora en cuestión (...) se halla en contradicción con los derechos asegurados por el preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos. Aunque el preámbulo indica los propósitos generales por los cuales el pueblo ordenó y estableció la Constitución, jamás ha sido considerado como fuente de algún poder sustantivo conferido al gobierno de los Estados Unidos, o a alguno de sus departamentos. Esos poderes abarcan únicamente aquellos expresamente conferidos en el cuerpo de la Constitución, y los que pudieran ser deducidos de aquellos así conferidos. Aunque, entonces, uno de los fines declarados por el preámbulo era asegurar las bendiciones de la libertad para todos aquellos que se encuentran bajo la jurisdicción y autoridad soberana de los Estados Unidos, ningún poder puede ser ejercido a tal fin por los Estados Unidos, salvo que se funde —aparte de en el preámbulo— en una expresa atribución de poder o en algún poder deducido apropiadamente de aquellos*". ("We pass without extended discussion the suggestion that the particular section of the statute of Massachusetts now in question (...) is in derogation of rights secured by the preamble of the Constitution of the United States. Although that preamble indicates the general purposes for which the people ordained and established the Constitution, it has never been regarded as the source for any substantive power conferred on the government

única fuente constitucional que habilita la acción del gobierno federal (78).

Ese criterio —enunciado por Story y ratificado por constitucionalistas clásicos de la talla de Watson (79), Willoughby (80) o Corwin (81)— mantiene su vigencia hasta el presente (82).

En sentido similar, asumido que en tanto las provincias conservan el poder no delegado en la Nación (83) la atribución de potestades

of the United States, or on any of its departments. Such powers embrace only those expressly granted in the body of the Constitution, and such as may be implied from those so granted. Although, therefore, one of the declared objects of the Constitution was to secure the blessings of liberty to all under the sovereign jurisdiction and authority of the United States, no power can be exerted to that end by the United States, unless, apart from the preamble, it be found in some express delegation of power, or in some power to be properly implied therefrom”).

(78) En igual sentido, ver RAMELLA, *Derecho constitucional*, ob. cit., p. 63. y LINARES QUINTANA, *Gobierno y Administración...*, T. I, ob. cit., ps. 204-205.

(79) Quien señalaba que un preámbulo no es parte de la ley y que sólo puede ser invocado para determinar el significado de una ley y hallar una correcta interpretación de sus disposiciones. Por el contrario, no puede ser alegado con el objeto de ampliar los poderes conferidos por la ley, conferir nuevos poderes o determinar su sentido, salvo que su significado fuera dudoso y ambiguo. [*“It is well established that a preamble is not a part of a statute and that it can only be referred to for the purpose of ascertaining the meaning of a statute and aid in a correct interpretation of its provisions, and not for the purpose of enlarging the powers conferred by it, or for conferring new powers or controlling its language, unless its meaning is doubtful and ambiguous”*]. Watson, *The Constitution of the United States...*, T. I, ob. cit., p. 92.

(80) Al afirmar —haciendo referencia a *Jacobson v. Massachusetts*— que el preámbulo no puede ser invocado como fuente de autoridad federal [*“That the Preamble may not be resorted to as a source of Federal authority is so well established as scarcely to need the citation of authorities”*]. WILLOUGHBY, *Principles of the Constitutional Law of the United States*, ob. cit., p. 43.

(81) Al sostener —haciendo referencia al caso citado en la nota anterior— que el preámbulo “*en sí mismo y solo no aporta la base de una pretensión de poder gubernamental o de derecho privado*”. CORWIN, *La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual*, ob. cit., p. 19.

(82) AXLER, *The power of the preamble and the ninth amendment: the restoration of the people's unenumerated rights*, ob. cit., p. 440.

(83) Artículo 121 de la Constitución Nacional, en cuanto señala que “*las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*”.

implícitas a la Nación deber ser efectuada en forma restrictiva a riesgo de afectar la esfera de acción exclusiva de aquellas, se ha negado desde antaño en nuestro país que el preámbulo pueda ser invocado para aumentar las facultades de las autoridades federales en desmedro de las potestades de las provincias (84) y de los derechos y garantías individuales. Así lo reconoció Bermejo —siguiendo a Story— en “Horta c/ Harguindeguy” (85).

El preámbulo como programa de acción gubernamental

Si bien el preámbulo no debiera ser considerado fuente de nuevas potestades estatales, ello no obsta a que —como hemos expresado— resulte una herramienta de interpretación útil para delimitar el alcance de aquellas ya conferidas.

En este sentido, los objetivos asentados en el preámbulo constituyen pautas de particular utilidad para entender tanto el alcance de las potestades atribuidas en forma expresa a los distintos poderes estatales como, por ejemplo, los límites de los poderes implícitos otorgados al Congreso en el actual artículo 75 inc. 32 de la Constitución (86).

Así, en tanto los poderes implícitos se refieren a *“atribuciones que puedan considerarse adecuadas y compatibles con el diseño general de la Constitución, tanto en lo que hace a la distribución del poder, como al nexo entre éste y los derechos y garantías de los individuos”* (87), no

(84) MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de derecho constitucional. Notas tomadas de las conferencias del Dr. M. A. Montes de Oca por Alcides V. Calandrelli*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1927, ps. 16 y 17.

(85) C.S.J.N., *Horta, José c/ Harguindeguy, Ernesto s/ consignación de alquileres*, sentencia del 21 de agosto de 1922, Fallos: 137:47, al señalar que *“el preámbulo nunca puede ser invocado para ensanchar los poderes conferidos al gobierno general o a alguno de sus departamentos. El no puede conferir poder alguno per se, ni autorizar, por implicancia, la extensión de algún poder expresamente dado, o ser la fuente legítima de algún poder implícito. Su verdadero oficio es exponer la naturaleza, extensión y aplicación de los poderes actualmente conferidos por la Constitución y no crearlos substancialmente”*. Respecto a la cita de Story ver en idioma castellano, CALVO, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, T. I, ob. cit., p. 345.

(86) Los artículos de la Constitución mencionados se corresponden con la numeración dispuesta por el texto ordenado según la reforma de 1994.

(87) C.S.J.N., *Victor Peláez*, sentencia del 19 de octubre de 1995, Fallos: 318:1967.

podrían ser ellos utilizados, por ejemplo, en detrimento del régimen federal o de la forma republicana de gobierno (88).

Refiriéndose a una disposición similar de su constitución (89), la Suprema Corte norteamericana destacó en el célebre caso *McCulloch v. Maryland* que el ejercicio de tales poderes por parte del Congreso será considerado apropiado siempre que sea consistente con la letra y el espíritu de la constitución, responda a un fin legítimo y los medios elegidos para su consecución sean razonables (90).

(88) Señaló así nuestro más alto tribunal en la causa citada en la nota anterior que “es principio arquitectónico de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder pueda arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente (...) Hay, en todo esto, bases esenciales que tienden, en definitiva, a “asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino” (Preámbulo). Dicha libertad no sólo se vería amenazada cuando los poderes ejercieran facultades no concedidas, sino también cuando las concedidas fueran ejercidas por poderes extraños a la concesión. Si hay algo que ha consagrado la Constitución, y no sin fervor, es la limitación del poder del gobierno, y la separación de los órganos en los que fue depositado (...) La teoría de los poderes implícitos (...) sólo atiend(e) a la valoración de atribuciones que, no depositadas expresamente en rama alguna, puedan considerarse razonablemente apropiadas y relevantes para el ejercicio de los poderes expresamente otorgados a determinado departamento, en cuyo caso pueda admitirse que constituyan un acompañamiento de éstos últimos. (...) Decir poderes implícitos es, en suma, decir poderes imprescindibles para el ejercicio de los expresamente concedidos, esto es, atribuciones que no son sustantivas ni independientes de estos últimos, sino auxiliares y subordinadas. Es, también, aludir a facultades que tampoco han sido dadas expresamente a órgano alguno. Y es, asimismo y muy especialmente, referirse a atribuciones que puedan considerarse adecuadas y compatibles con el diseño general de la Constitución, tanto en lo que hace a la distribución del poder, como al nexo entre éste y los derechos y garantías de los individuos. Estas consideraciones, a su vez, circunscriben los alcances de los poderes implícitos entre márgenes estrechos. En efecto, supuesta su existencia, la extensión no podría ir más allá de lo que fuere rigurosamente necesario para que la facultad expresa no resulte ilegítima y gravemente impedida, por lo que mal podría depender el establecimiento de sus límites, de la discreción del órgano que los ejercite.”

(89) La sección octava del artículo I de la Constitución de los Estados Unidos que dispone: “[El Congreso tendrá la potestad] (...) De expedir todas las leyes que sean necesarias y apropiadas para ejecutar los poderes antedichos y todos los restantes que esta Constitución confiere al gobierno de los Estados Unidos o cualquiera de sus departamentos o funcionarios”. “[The Congress shall have the power] (...) To make all Laws that shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by the Constitution in the Government of the United States, or in any Department of Officer thereof”].

(90) *McCulloch v. State of Maryland et al*, 17 U.S. 316 (1819), ps. 420-421. “El resultado de la más cuidadosa y atenta consideración de esta cláusula es que, si no amplía, no

En consecuencia, así como los cometidos expresados en el preámbulo delimitan el alcance de las potestades gubernamentales, también compelen a los poderes estatales a ejercer sus deberes atendiendo a dichos fines, ya que en función de ellos les han sido otorgadas las potestades presentes en el texto constitucional (91).

puede ser interpretada a fin de restringir los poderes del Congreso, o menoscabar el derecho de la legislatura de ejercer su mejor criterio para la selección de los medios para ejecutar los poderes constitucionales de gobierno. (...) La razonable interpretación de la Constitución debe permitir que la legislatura nacional haga uso de su discreción para elegir los medios por los cuales ejecutará los poderes que le han sido conferidos, lo que permitirá que dicho cuerpo cumpla con las importantes deberes que le han sido asignados de la manera más beneficiosa para el pueblo. Que el fin sea legítimo, que se encuentre dentro del ámbito de la Constitución, y todos los medios que sean apropiados, que se hallen plenamente adaptados a ese fin, que no estén prohibidos y sean consistentes con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales". ("The result of the most careful and attentive consideration bestowed upon this clause is, that if it does not enlarge, it cannot be construed to restrain the powers of the Congress, or to impair the right of the legislature to exercise its best judgment in the selection of measures to carry into execution the constitutional powers of the government. (...) the sound construction of the constitution must allow to the national legislature that discretion, with respect to the means by which the powers it confers are to be carried into execution, which will enable that body to perform the high duties assigned to it, in the manner most beneficial to the people. Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional").

(91) Ver, así, C.S.J.N., *Ana María Pérez de Smith*, sentencia del 21 de diciembre de 1978, Fallos: 300:1262, donde señaló que "(...) los otros poderes del Gobierno de la Nación se encuentran también vinculados por el propósito inspirador del dictado de la Constitución —que tanto vale como su propia razón de ser— integrado por los enunciados del Preámbulo, entre éstos el de "afianzar la justicia". Por consiguiente, aquellos poderes han de brindar toda su asistencia a los órganos del Poder Judicial, para que éstos puedan hacer efectivos los derechos y garantías instituidos por el citado Estatuto". En la causa mencionada, se habían presentado abundantes constancias, emanadas de diversos tribunales, de las que resultaba que los magistrados habían rechazado recursos de hábeas corpus en razón de que las autoridades pertinentes habían informado, sin más, que las personas a cuyo favor se interpusieron no se registraban como detenidas. Esta circunstancia motivó el citado pronunciamiento de la Corte y la decisión de poner en conocimiento de la situación al Poder Ejecutivo Nacional y exhortarlo a que urja las medidas necesarias para que el Poder Judicial pudiera cumplir adecuadamente su función jurisdiccional. Así, el objetivo de afianzar la justicia constituyó el fundamento que impuso una obligación determinada de cooperación en cabeza de todos los órganos estatales. Asimismo, en el caso *Operadora de Estaciones de Servicios S.A. (OPESSA) y Otro v. Municipalidad de Escobar*, sentencia del 2 de abril de 1998 (Fallos: 321:658), en el que un municipio bonaerense había prohibido la construcción de una estación de servicio que se hallaba autorizada por el Poder Ejecutivo Nacional, el alto tribunal se-

No cabe duda que el objetivo esencial que debe tener en mira todo gobierno es el alcanzar el *bonum commune*, en tanto de éste depende en forma directa la legitimación última del poder estatal. Por ello, la finalidad de todo acto estatal deberá estar de acuerdo con los principios y disposiciones constitucionales y normativas —subordinadas a estas últimas— que determinan en el derecho positivo los fines perseguidos por el Estado (92).

4. El preámbulo y su contenido

Seis fueron los objetivos centrales enunciados por los constituyentes en el preámbulo.

A pesar de su relevancia individual, ellos se encuentran a tal punto vinculados entre sí que las dificultades a enfrentar en la consecución de uno de ellos afectaría inexorablemente a los restantes. Así, imposible resultaría, por ejemplo, constituir la unión nacional o consolidar la paz interior sin afianzar la justicia de modo tal de contar con una organización judicial que hiciera cumplir el ordenamiento jurídico en todo el territorio de la nueva nación.

ñaló: "la Constitución Nacional encarga al gobierno federal proveer lo conducente "a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias", todo ello en consonancia con uno de los elevados propósitos contenidos en el Preámbulo de la Carta Fundamental de promover el bienestar general, síntesis que encierra la acción del gobierno dirigida a impulsar el desarrollo de las fuerzas sociales (...) Que en cumplimiento de tales fines (...) el Poder Ejecutivo (...) aprobó el respectivo contrato de concesión".

(92) TAWIL, Guido S., *La "desviación de poder": ¿noción en crisis?*, en La Ley, 1989-E, 832. Admitiendo este principio y ratificando a la vez la limitación de la intervención judicial a un control de legitimidad, nuestro más alto tribunal destacó en la conocida causa Nordensthol —al hacer suya la opinión del Procurador Fiscal— que "las grandes metas de la política del Estado están fijadas en el Preámbulo de la Constitución. La acción del poder político estatal para lograr esas metas no es revisable judicialmente en cuanto decisión política. Pero como ésta, necesariamente, debe instrumentarse mediante normas jurídicas —"ubi societas ibi ius"—. Y, bajo este aspecto, cabe la valoración judicial de razonabilidad de los medios empleados. Esto no es otra cosa que contrastar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado. Ese medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional". C.S.J.N., *Gustavo Jorge Nordensthol v. Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado*, sentencia del 2 de abril de 1985, Fallos: 307:326.

Constituir la unión nacional

El primer objetivo enunciado por nuestros constituyentes fue el de constituir la unión nacional.

La unión (93) del pueblo argentino —entendida ésta como unidad de sentir nacional— existía ya con anterioridad a 1853. En efecto, más allá de las luchas internas y de la anarquía reinante, la identidad de origen, la tradición y aún las vivencias comunes marcadas por el proceso de independencia permiten afirmar que la nacionalidad argentina se encontraba presente desde tiempo atrás (94).

A pesar de existir un sentimiento de nación (95), no existía un esta-

(93) Como expresa QUIROGA LAVIÉ (*Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 3ª edición, 1993, p. 61) la alusión al término "unión" y no "unidad" parece indicar que los constituyentes intentaron evitar cualquier término que pudiera ser interpretado como postulando un estado unitario.

(94) En este sentido, algunos autores como Barraquero (*Espíritu y práctica de la Constitución Argentina*, ob. cit., ps. 59-60) sostienen que ella había sido proclamada en 1810 y reafirmada en 1816. Ver, asimismo, GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino...*, T. I, ob. cit., p. 318.

(95) Prueba de ello fue el discurso pronunciado por el propio presidente del Congreso General Constituyente, Facundo Zuviría, en su sesión inaugural. A pesar que la provincia de Buenos Aires no se hallaba representada, el constituyente exaltó la confraternidad que unía a toda la nación, calificó de hermana a dicha provincia y reconoció el sentimiento uniforme de unidad en el pueblo argentino. Afirmó así Zuviría que "*sin perjudicar la opinión del soberano Congreso, sin comprometer sus ulteriores resoluciones, permitidme, señor; que os exprese francamente, que sin el más profundo dolor no puedo ver vacíos aquellos asientos, que con tanto júbilo y gloria de la Confederación deberán estar ocupados por los representantes de la primera entre nuestras hermanas, la inmortal provincia de Buenos Aires. Ese vacío deja otro igual en todo pecho argentino: deja otro igual en el júbilo de este día. Al emitir estas ideas, no creo contrariar los votos de alguno de mis dignos colegas: lejos de ello, los creo dominados de los mismos sentimientos de confraternidad que animan a toda la nación, que animan al excelentísimo señor Director provisorio, que los consigna en el solemne documento que acaba de leerse. Si, pues, lo dominan 'simpatías por el gran pueblo de Buenos Aires', si lo ama, 'si desea que todos formemos una sola familia', si conoce que siendo la primera víctima de la tiranía y del terror; es el que más reclama la reparación de sus males, si se duele de la ausencia de sus representantes en este sagrado recinto, ausencia que él cree un 'accidente transitorio', si por fin, declara, que 'la provincia de Buenos Aires no puede existir sin sus hermanas ni sus hermanas sin ella', justo es, pues, que no omitamos medio, que no excusemos sacrificio por satisfacer tan patrióticos votos, por llenar deseos tan generalmente expresados, sentimientos tan uniformes en todo el pueblo argentino. (...)*". Homenaje al

do organizado (96) como unión política de todas sus provincias (97). Pese a los fuertes vínculos morales e históricos presentes, las provincias se encontraban disgregadas, debatiéndose en el intento de hacer predominar sus intereses parciales mediante el establecimiento de políticas económicas, aduaneras y comerciales restrictivas, utilizadas más como herramientas de agresión mutua que de desarrollo común.

En esas condiciones, el propósito de los constituyentes de constituir la unión nacional perseguía organizar constitucionalmente el país, fundar los cimientos institucionales de la República (98) y estructurar un estado federal sobre bases sólidas que aseguraran su supervivencia y progreso. Aún respetando las autonomías provinciales, resultaba imprescindible alcanzar acuerdos mínimos que permitieran sentar las bases para la construcción de un único Estado del que las provincias formarían parte y que —tanto como mecanismo de defensa como de desarrollo— obtuviera el reconocimiento interno como externo (99).

Congreso General Constituyente en el centenario de su instalación. Discurso del presidente del Congreso, Dr. Facundo Zuviría, en la sesión inaugural, Colegio de Abogados de Buenos Aires, ps. 5 y 6.

(96) Señalaba así ARCE (*Las instituciones de la Constitución Argentina...*, ob. cit., p. 36) que “antes de 1853 existía, evidentemente, una colectividad nacional, la “nación argentina”; pero no existía la “Nación” en el sentido que le atribuyó Alberdi en *Las Bases y que se le atribuye, actualmente, de un “Estado Nacional” organizado con el propósito de regir sus destinos*”. Ver también MONTES DE OCA, *Lecciones de derecho constitucional...*, ob. cit., p. 26; LINARES QUINTANA, *Gobierno y administración...*, T. I, ob. cit., ps. 206-207; BIELSA, *Derecho constitucional*, ob. cit., p. 73.

(97) RAMELLA, *Derecho constitucional*, ob. cit., p. 66, quien señalaba que “el espectáculo que ofrecía nuestro país en 1853 estaba lejos de indicar que había una unión entre las diversas provincias”. Ver, asimismo, GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino...*, T. I, ob. cit., p. 317.

(98) GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino...*, T. I, ob. cit., p. 318.

(99) La situación existente hasta el momento era descrita por ALBERDI (*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, ob. cit., p. 122) en duros términos al señalar que “una provincia en sí es la impotencia misma, y nada hará jamás que no sea provincial, es decir, pequeño, oscuro, miserable (...) Sólo es grande lo que es nacional o federal. La gloria que no es nacional, es doméstica, no pertenece a la historia. El cañon extranjero no saluda jamás una bandera que no es nacional. Sólo ella merece respeto, porque sólo ella es fuerte”. Según Aristóbulo del Valle (*Derecho Constitucional*, II, p. 29, citado por González Calderón, *Derecho Constitucional Argenti-*

Si bien el objetivo de la unión nacional como unión política e institucional se alcanzó formalmente a partir de 1853 (más aún a partir de 1860), no resultaría acertado sostener que él se agotó con la formación de la Nación ni que el enunciado presente en el Preámbulo carezca en la actualidad de todo sentido.

Por el contrario, constituir (o afianzar) la unión nacional resulta un objetivo permanente de toda Nación que se proyecta para el futuro sin límite temporal. En consecuencia, su afianzamiento debería resultar una aspiración permanente, especialmente en países como el nuestro en los que, a pesar de haberse constituido formal y políticamente las instituciones básicas de la Nación, ellas no se han consolidado con la solidez esperada (100).

Afianzar la justicia

El segundo de los objetivos centrales enunciados en el Preámbulo fue el de afianzar la justicia. El panorama existente en esta materia a mediados del siglo XIX era tan desolador que se ha afirmado, con acierto, que el verdadero objetivo que se propusieron alcanzar nuestros constituyentes fue en realidad el de establecer la justicia, no únicamente afianzarla (101).

Al tiempo de sancionarse la Constitución, la administración de justicia en el país se hallaba sujeta a la mera voluntad de los caudillos provinciales, quienes actuaban sin apego a la ley ni a nociones básicas de derecho. En gran parte del actual territorio argentino, los gobernadores detentaban la suma del poder público, concentrando en

no..., T. I, ob. cit., p. 317) si la institucionalización de la República no hubiese tenido lugar, un día u otro la provincia más fuerte hubiera dominado a la vecina más débil y la evolución nacional se habría efectuado por la fuerza y la conquista. Inmersa en un estado anárquico, la Argentina hubiese quedado sometida al peligro de ser despedazada por las naciones limítrofes. Así, el imperio del Brasil se habría extendido hasta el Río de la Plata; Chile se habría apropiado fácilmente de la Patagonia y Paraguay habría ocupado Entre Ríos y Corrientes.

(100) Ni han adquirido —en la mayor parte de los casos por la conducta (o inconducta) de quienes han estado a cargo de ellas— el reconocimiento o la reputación deseada.

(101) GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino...*, T. I, ob. cit., p. 319.

la práctica potestades ejecutivas, legislativas y judiciales, con el peligro que ello encerraba para la seguridad de los individuos y el respeto de sus derechos.

A esta situación se sumaban los problemas derivados de las luchas internas entre las provincias. Práctica frecuente entre ellas era la de adoptar medidas hostiles contra sus hermanas, recurrir a la fuerza o imponer restricciones económicas para hacer valer sus intereses parciales en menoscabo de la integridad federal. Imposible resultaba así alcanzar un orden institucional mínimo sin la existencia de un Poder Judicial común a toda la nación que asegurase la aplicación imparcial del derecho, equilibrando las diversas pretensiones provinciales (102). El establecimiento de una justicia a nivel federal debía apaciguar y resolver los conflictos interprovinciales —incluyendo las controversias surgidas entre vecinos de diferentes provincias—, para asegurar la imparcialidad de los fallos y evitar así disputas que pudieran derivar en nuevos conflictos internos (103).

Así entendido, del afianzamiento de la justicia dependía la unión nacional, la consolidación de la paz interior y la posibilidad de asegurar los beneficios de la libertad para todos quienes habitaran el suelo argentino.

Cumplir con semejante objetivo exigía tanto la institucionalización de un Poder Judicial común a todo el territorio argentino como el establecimiento de un conjunto de normas que garantizara debidamente el respeto y ejercicio de los derechos individuales. No menor relevancia asumía la necesidad de asegurar la obligación legal y moral de los jueces de impartir justicia en cada caso concreto y de las autoridades de respetar y hacer cumplir tales decisiones. Afianzar la justicia como norte institucional exigía, en consecuencia, no sólo organizar un poder judicial común a todos los argentinos, sino asegurar la existencia de los mecanismos necesarios para garantizar el imperio de la justicia en todos los ámbitos de la vida jurídica nacional (104).

(102) LÓPEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., ps. 61-62.

(103) GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino...*, T. I, ob. cit., p. 319; Montes de Oca, *Lecciones de derecho constitucional...* ob. cit., ps. 35-36.

(104) SEISDEDOS, *El preámbulo*, ob. cit., p. 919; VANOSI, *voz Preámbulos de las constituciones*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, ob. cit., p. 736. Una posición contraria sus-

Asumido que sin un Poder Judicial independiente y eficaz, no era posible hablar de "justicia" (105), los constituyentes plasmaron su intención de desterrar los excesos cometidos en los años anteriores a la institucionalización de la República incluyendo cláusulas inexistentes en la constitución norteamericana como los artículos 29, 109 y cierta parte del 18 (106).

Además, los constituyentes exigieron a las provincias que asegurasen su administración de justicia (107); dispusieron que los jueces de los tribunales federales no podían serlo al mismo tiempo de los tribunales de provincia (108) y reservaron a la competencia de la Corte Suprema y de los tribunales federales inferiores la resolución de conflictos suscitados entre dos o más provincias, entre una provincia y los vecinos de otra, entre los vecinos de diferentes provincias y entre una provincia o sus vecinos contra un estado o ciudadano extranjero (109). Por último, consagraron la competencia exclusiva y origina-

— tentaba BIELSA (*Derecho constitucional*, ob. cit., p. 74), para quien la expresión se refería únicamente a establecer un poder judicial independiente, "*pues el sentimiento de justicia y la función de administrarla ha existido siempre, aunque sin las efectivas garantías de su afianzamiento (...)*". En su opinión, el objetivo del preámbulo fue concretado con la institución de la Corte Suprema.

(105) Ya que, como observaba RAMELLA (*Derecho constitucional*, ob. cit., p. 66), "*no puede hablarse de Estado bien constituido sin una buena organización de justicia que garantice debidamente los derechos personales*". En palabras de ALBERDI (*Bases y puntos de partida...*, ob. cit., ps. 99-100) "*tanto [las] leyes como la Constitución serán susceptibles de dudas en su aplicación. Un poder judicial permanente y general será indispensable para la República Argentina*".

(106) GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino...*, T. I, ob. cit., p. 319. El artículo 18 de la Constitución disponía: "*(...) Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento, los azotes y las ejecuciones a lanza o cuchillo. (...)*" Esta oración carece de declaración similar en el precedente norteamericano, habiendo sido incluida con el objeto de reafirmar la condena hacia actos crueles cometidos en el pasado por déspotas. Según explica el mencionado autor (ob. cit., loc. cit.) la referencia a "*ejecuciones de lanza o cuchillo*" fue suprimida por la Convención de 1860 "*porque decían mucho en contra de la civilización argentina*".

(107) Artículo 5 de la Constitución Nacional.

(108) Artículo 34 de la Constitución Nacional.

(109) Artículo 116 de la Constitución Nacional.

ria de la Corte Suprema para dirimir las disputas en que una provincia fuese parte (110).

El objetivo perseguido no se agotó, por cierto, con la organización de la justicia federal o con la emisión de las normas dictadas a partir de 1853. Afianzar la justicia exige impulsar su respeto y el acatamiento del orden jurídico en todos los ámbitos de la vida nacional sin distinción de tiempo o espacio. Como bien se ha señalado, hoy afianzar la justicia significa lograr que ese principio guíe la conducta de gobernantes y gobernados (111), en la medida en que no existe unión, paz, libertad, ni bienestar general posible sin ella.

Consolidar la paz interior

En los albores de la Constitución, la paz no era moneda corriente y asegurarla era un objetivo de cumplimiento imprescindible para el desarrollo de la joven nación.

Los conflictos armados entre las provincias y aquellos que se producían en el seno de cada una de ellas habían dividido a nuestro país, creando recelos que menoscababan el orden y progreso de la patria. Cada provincia actuaba como feudo que llevaba a la guerra a sus vecinas de acuerdo con su política e intereses internos (112). Por ello, resultaba necesario desterrar definitivamente la hipótesis de conflicto interno permanente invistiendo al gobierno federal con la autoridad necesaria para pacificar al país e imponer el orden.

Asumido que el progreso de toda nación requiere tanto seguridad jurídica —a cuyo fin se enunció la necesidad de *afianzar la justicia*— como un marco pacífico de desarrollo, la consolidación de la paz interior se convirtió en uno de los objetivos prioritarios de nuestros constituyentes.

El preámbulo develó la voluntad de los constituyentes de crear un poder central con facultades suficientes para poner fin a las insurrec-

(110) Artículo 117 y 127 de la Constitución Nacional.

(111) BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, ob. cit., p. 297.

(112) RAMELLA, *Derecho constitucional*, ob. cit., p. 66.

ciones civiles, evitar el derramamiento de sangre y el desgarramiento de un pueblo (113).

En función de ello, nuestra Ley Suprema adoptó una serie de medidas a fin de consolidar la paz interior. En primer lugar, organizó la administración de justicia a través de la institucionalización de un Poder Judicial independiente e imparcial. Además, atribuyó al Gobierno Federal la facultad de intervenir en el territorio de las provincias (114) y declarar el estado de sitio (115), prohibió a las provincias adoptar medidas económicas en desmedro del régimen federal (116), condenó a toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuyera los derechos del pueblo y peticionara a nombre de éste (117), reconoció el principio de legalidad (118) y los derechos de libertad (119) y propiedad (120), y prohibió que las provincias mantengan conflictos armados entre ellas (121) y formen ejércitos (122).

Proveer a la defensa común

La guerra debe ser, por cierto, la última *ratio* a la que debe recurrir un pueblo civilizado para la defensa de sus derechos (123). Sin em-

(113) MONTES DE OCA, *Lecciones de derecho constitucional...*, ob. cit., p. 37. Ver asimismo, López, *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 62.

(114) Artículo 6 de la Constitución Nacional.

(115) Artículos 23, 75 inc. 29 y 99 inc. 16 de la Constitución Nacional.

(116) Artículos 9 a 12 de la Constitución Nacional.

(117) Artículo 22 de la Constitución Nacional.

(118) Artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

(119) Artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional.

(120) Artículo 17 de la Constitución Nacional.

(121) Artículo 127 de la Constitución Nacional.

(122) Artículo 126 de la Constitución Nacional.

(123) MONTES DE OCA, *Lecciones de derecho constitucional...*, ob. cit., p. 38.

bargo, la defensa común frente a las agresiones exteriores podrá resultar en ocasiones extremas una necesidad para la supervivencia de una nación.

En el entendimiento que las provincias y el pueblo argentino deben cooperar al mantenimiento y defensa de la integridad nacional, los constituyentes establecieron cláusulas en la Constitución destinadas a organizar la defensa nacional.

De este modo, se determinó la obligación de todo ciudadano argentino de armarse en defensa de la patria (124). Asimismo, conscientes de que la integridad de la República requería un poder central que aunase el poderío defensivo de todas las provincias (125), los constituyentes otorgaron al Gobierno Federal la potestad de establecer el estado de sitio en caso de ataque exterior (126), disponer la intervención de las provincias para repeler invasiones extranjeras (127), declarar la guerra (128), ordenar represalias (129), fijar y comandar las fuerzas armadas en tiempo de paz y de guerra (130), y permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación (131). En sentido concordante se estableció la obligación del Gobierno Federal de afianzar sus relaciones de paz con los estados extranjeros (132) y proveer a la seguridad de las fronteras (133).

(124) Artículo 21 de la Constitución Nacional.

(125) MONTES DE OCA, *Lecciones de derecho constitucional...*, ob. cit., p. 38.

(126) Artículos 23, 99 inc. 16 y 75 inc. 29 de la Constitución Nacional.

(127) Artículo 6 de la Constitución Nacional.

(128) Artículos 75 inc. 25 y 99 inc. 15 de la Constitución Nacional.

(129) Artículo 75 inc. 26 y 99 inc. 15 de la Constitución Nacional.

(130) Artículos 75 inc. 27 y 99 inc. 12, 13 y 14 de la Constitución Nacional.

(131) Artículo 75 inc. 28 de la Constitución Nacional.

(132) Artículos 27 y 99 inc. 11 de la Constitución Nacional.

(133) Artículo 75 inc. 16 de la Constitución Nacional.

Promover el bienestar general

Los constituyentes de 1853 eran conscientes de que la subsistencia de la incipiente unión sólo sería posible si se aspiraba al desarrollo del país ya que —como bien afirmaba Bielsa (134)— el progreso de las naciones es condición resolutoria de su existencia.

Nuestra historia —pasada y presente— ha sido triste testigo de un hecho incontrastable: el anquilosamiento del pueblo, desprovisto de perspectivas de crecimiento, corroe la vigencia efectiva de los derechos, quiebra la unión nacional y culmina aniquilando los beneficios de la libertad. Por esa razón, asumido que es un fin al que debe tender todo pueblo civilizado (135), los constituyentes se ocuparon especialmente de proclamar la necesidad de promover el bienestar general como obligación común de las autoridades federales y provinciales (136).

Al tiempo de sancionarse la Constitución no existían medios básicos de infraestructura como líneas de ferrocarril, puentes o acueductos, circunstancia que afectaba las comunicaciones y, por ende, el comercio interno e internacional (137). Las provincias carecían en numerosas ocasiones de medios suficientes para impulsar su desarrollo y, de ese modo, permitir a su pueblo alcanzar el bienestar general (138).

Constituir una unión que quebrara el aislamiento y proveyera los recursos indispensables para lograr el tan ansiado bienestar resultaba esencial para el futuro del país (139).

(134) BIELSA, *Derecho constitucional*, ob. cit., p. 75.

(135) LINARES QUINTANA, *Gobierno y administración...*, T. I, ob. cit., p. 208; LÓPEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 63.

(136) En este sentido, la Constitución reconoce en su artículo 125 la facultad concurrente de las provincias de promover el bienestar general.

(137) MONTES DE OCA, *Lecciones de derecho constitucional...*, ob. cit., ps. 40-41.

(138) LÓPEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 63.

(139) En palabras vertidas por nuestro más alto tribunal en 1897 “*nuestros constituyentes comprendieron que, tratándose de un país con tan vasta extensión territorial, los elementos aislados de cada provincia, no podían bastar al desarrollo de sus propias riquezas (...)*”, C.S.J.N., *Ferrocarril Central Argentino c/ la provincia de Santa Fe*, sentencia del 3 de julio de 1897, Fallos: 68:227.

El poder central debía, además, regular sobre los intereses que afectaban a más de una provincia, ya que si se dejara librado su determinación al criterio de cada una de ellas, el bienestar general y, en consecuencia, la unión nacional devendrían en una utopía (140).

Así, por ejemplo, se atribuyó al Gobierno Federal la delicada facultad de legislar en materia aduanera (141); de promover la reforma de la actual legislación en todos sus ramos (142); de afianzar las relaciones de comercio con los estados extranjeros (143) y de reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí (144). Finalmente, en una previsión de relevancia tal que ha sido dada en llamar “la cláusula del progreso” se confirió a la legislatura federal el dictado de la normas necesarias para proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración (145).

Asegurar los beneficios de la libertad

El último objetivo enunciado en el preámbulo fue el de “(...) *asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino (...)*”.

La historia argentina previa a 1853, caracterizada por innumerables restricciones a la libertad como consecuencia de un sistema en el que las luchas internas y la falta de imperio de la ley era una constante y la suma del poder público una característica práctica de gobierno, tornaba imprescindible reafirmar a la libertad como valor supremo de la unión.

(140) MONTES DE OCA, *Lecciones de derecho constitucional...*, ob. cit., p. 41; González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino...*, T. I, ob. cit., p. 324.

(141) Artículos 9 y 75 inc. 1 de la Constitución Nacional.

(142) Artículo 24 de la Constitución Nacional.

(143) Artículo 27 y 99 inc. 11 de la Constitución Nacional.

(144) Artículo 75 inc. 13 de la Constitución Nacional.

(145) Artículo 75 inc. 18 de la Constitución Nacional.

La libertad que el preámbulo se propuso asegurar fue la libertad civil, no la libertad política relacionada con la organización del Estado (146). En efecto, la Constitución no confiere la libertad política a todos los habitantes del mundo que quieran habitar en el suelo argentino, únicamente concede —en su cuerpo— derechos políticos a los ciudadanos argentinos.

El texto de la Constitución constituye un verdadero canto en honor a la libertad, plasmado en cláusulas generosas (147), sin otros límites que los impuestos por la ley y la prohibición de menoscabar los derechos de terceros so pretexto del ejercicio de la libertad individual (148).

La idea de libertad —consagrada fundamentalmente en el artículo 19 de nuestra Ley Suprema— también se vio plasmada en la supresión de la esclavitud en el territorio nacional (149); la protección de los derechos de propiedad (150), igualdad (151), trabajar, publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, asociarse, profesar libremente el culto, enseñar y aprender, comerciar (152), intimidad (153), casarse (154), entre muchos otros.

Asimismo, nuestra Constitución proclamó desde su preámbulo una generosa bienvenida al extranjero, garantizándole la igualdad de

(146) MONTES DE OCA, *Lecciones de derecho constitucional...*, ob. cit., p. 43; GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino...*, T. I, ob. cit., p. 325; LINARES QUINTANA, *Gobierno y administración...*, T. I, ob. cit., p. 208.

(147) Expresó así nuestra Corte Suprema que el derecho de profesar libremente su culto es correlato del objetivo establecido en el preámbulo de "asegurar los beneficios de la libertad". C.S.J.N., *Alfredo Portillo*, sentencia del 18 de abril de 1989, Fallos: 312:496.

(148) Artículo 19 de la Constitución Nacional.

(149) Artículo 15 de la Constitución Nacional.

(150) Artículo 17 de la Constitución Nacional, al declarar que los pocos esclavos que existían quedaban libres desde la jura de la Constitución y que cualquier esclavo era liberado por el sólo hecho de pisar el suelo argentino.

(151) Artículo 16 de la Constitución Nacional.

(152) Artículo 14 de la Constitución Nacional.

(153) Artículo 19 de la Constitución Nacional.

(154) Artículo 20 de la Constitución Nacional.

derechos y postulando una política de inmigración continua y generosa (155).

5. El preámbulo de la Constitución Nacional frente a su antecedente norteamericano de 1787

La constitución norteamericana fue probablemente la primera que expresó en su preámbulo los motivos que impulsaron la organización de esa nación (156). En él, los constituyentes de 1787 resumieron magníficamente los excelsos fines que la unión debía perseguir (157).

El preámbulo fue una de las últimas disposiciones incluidas en la constitución, luego de que otras fórmulas fueran rechazadas. Se desconoce quién fue su autor y si bien algunos lo atribuyen a Hamilton, lo más probable es que todos los miembros del Comité de Estilo (*Committee on Style*) hayan contribuido a su redacción (158).

Como hemos expresado anteriormente, la similitud entre el texto de 1787 y el de nuestro preámbulo evidencia que el primero fue utilizado como guía por nuestros constituyentes (159).

Más allá de las indudables semejanzas, existen ciertas diferencias en la redacción de ambos textos y, principalmente, en las razones que motivaron la inclusión de los diversos objetivos que resulta de utilidad examinar. A ese fin, analizaremos brevemente a continuación el texto norteamericano y lo compararemos con su par argentino.

(155) Artículos 20 y 25 de la Constitución Nacional.

(156) RAMELLA, *Derecho constitucional*, ob. cit., p. 61.

(157) "Nos, el Pueblo de los Estados Unidos, con el Objeto de formar una Unión más perfecta, establecer la Justicia, asegurar la Tranquilidad interior, proveer a la defensa común, promover el Bienestar general, y asegurar los Beneficios de la Libertad para nosotros y nuestra Posteridad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América". (*We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America*).

(158) WATSON, *The Constitution of the United States...*, T. I, ob. cit., p. 91.

(159) GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina...*, ob. cit., p. 718.

Nos, el pueblo de los Estados Unidos (We, the People of the United States)

Mientras que el texto norteamericano comienza con los términos “*Nos, el Pueblo (...)*”, su similar argentino expresa: “*Nos los representantes del pueblo (...)*”.

Con algunas notables excepciones como la de Mitre (160), se ha atribuido mayoritariamente esa diferencia al hecho de que la Convención de 1787 carecía de poderes suficientes para sancionar y poner en vigencia la constitución (161). Como es sabido, la constitución norteamericana fue obra de una convención formada por los delegados de los trece estados que componían la unión, quienes en función del mandato concedido debían revisar y proponer reformas a los Artículos de la Confederación y Unión Perpetua entre los Estados. Las propuestas que surgieran serían luego sujetas a la consideración de las legislaturas locales. Sin embargo, excediendo los límites del mandato, los delegados decidieron elaborar una nueva constitución que superaría los males que aquejaban a la Confederación y consolidaría una verdadera unión, para ser sometida luego a la ratificación del pueblo norteamericano (162). Conforme al artículo VII de la constitución (163), ella debía ser ratificada por las convenciones de por lo

(160) Para quien la expresión “*Nos, el pueblo*” no sólo se justificaba debido a que los delegados de los Estados de Estados Unidos no tenían poderes suficientes para sancionar una constitución, sino también porque defendía la idea de una unión consolidada. Mientras que los partidarios de una unión sólidamente constituida pretendían encabezar el preámbulo con la mención de “*Nos, el pueblo de los Estados Unidos*”, aquellos que presionaban por la autonomía de los Estados, que retuvieran su soberanía y conformaran únicamente una confederación efímera, apoyaban la expresión “*Nos, los representantes de los Estados*”. La diferencia de opiniones superaba el ámbito teórico, para constituirse en la cuestión práctica de ser, o no, Nación unida y sólida. Cfr. *Debatte de la Convención Constituyente de Buenos Aires*, T. I. ob. cit., p. 354.

(161) GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina...*, ob. cit., p. 718; Barraquero, *Espíritu y práctica de la Constitución Argentina*, ob. cit., p. 55; Linares Quintana, *Gobierno y administración...*, T. I, ob. cit., p. 206.

(162) DEVEDIA, *Constitución Argentina*, ob. cit., p. 27; BARRAQUERO, *Espíritu y práctica de la Constitución Argentina*, ob. cit., p. 55; SEISDEDOS, *El preámbulo*, ob. cit., p. 918.

(163) Artículo VII de la Constitución de los Estados Unidos: “*La ratificación por las convenciones de nueve Estados bastará para que esta Constitución entre en vigor en relación a los Estados que la ratifiquen*”. [“*The Ratification of the Conventions of nine States, shall be sufficient for the Establishment of this Constitution between the States so ratifying the Same*”].

menos nueve estados, cuerpos especiales instituidos por el pueblo de cada uno de ellos para la consideración y eventual ratificación de la nueva constitución.

Dos interpretaciones discordantes se tejieron, adicionalmente, alrededor de la frase en examen. Mientras que algunos sostenían que *Nos, el Pueblo de los Estados Unidos* hacía referencia al pueblo de cada estado de esa nación, otros consideraban que ella hacía referencia al pueblo de los Estados Unidos como cuerpo soberano, distinto y diferenciado del pueblo de cada estado en particular (164). El debate fue zanjado definitivamente por los tribunales norteamericanos, quienes se inclinaron por la segunda de las posiciones descriptas (165).

(164) WATSON, *The Constitution of the United States...*, T. I, ob. cit., p. 93. Ver también, González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino...*, T. I, ob. cit., p. 302.

(165) Las palabras vertidas por Marshall en el célebre caso *McCulloch v. Maryland* resuelto por la Suprema Corte en 1819 son, probablemente, las más representativas de la posición adoptada por la jurisprudencia norteamericana en el sentido que el preámbulo de su constitución se refiere al pueblo en general y no, al pueblo de cada estado. *"Al tratar esta cuestión, el abogado del estado de Maryland ha juzgado de cierta importancia, en la interpretación de la Constitución, considerar ese instrumento, como no emanado del pueblo, sino como el acto de estados soberanos e independientes. Los poderes del gobierno general, se ha dicho, han sido delegados por los estados, que, en forma separada, son verdaderamente soberanos; y deben ser ejercitados en subordinación a los estados, que individualmente poseen el dominio supremo. Sería difícil defender esta posición. De hecho, la convención que elaboró la Constitución fue elegida por las legislaturas de los estados. Pero el instrumento, cuando vino de sus manos, era una mera propuesta, sin fuerza obligatoria, o pretensiones de tenerla. Fue elevado al entonces existente congreso de los Estados Unidos, con una petición que manifestaba que podría ser 'sometido a una convención de delegados, elegida por el pueblo en cada estado, bajo recomendación de su legislatura, para su asentimiento y ratificación.'* Este modo de proceder fue adoptado; y por la convención, por el congreso, y por las legislaturas estatales, el instrumento fue sometido al pueblo. Actuó sobre él de la única manera que pueden actuar con seguridad, eficacia y sabiduría en tal asunto, conformándose en convención. Es verdad, se formó en convención en sus diversos estados — ¿y dónde más podría haberse congregado? Ningún soñador político fue alguna vez lo bastante loco para pensar en suprimir las fronteras que separan los estados, y en congregarse al pueblo americano en una masa común; cuando actúa, actúa en sus estados. Pero las medidas que adopta no dejan de ser, en ese sentido, medidas del pueblo mismo, ni devienen medidas de los gobiernos de los estados. De estas convenciones, la Constitución deriva toda su autoridad. El gobierno procede directamente del pueblo; es 'ordenada y establecida' en el nombre del pueblo; y es declarada ser ordenada 'con el fin de formar una unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad interior y asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad.' El asentimiento de los estados, en su carácter de soberanos, deriva implícitamente del llamado a una convención,

En el caso de nuestra Constitución, la situación era diferente. Ella fue sancionada por los representantes de doce provincias elegidos al efecto (166), quienes contaban con mandato suficiente para sancio-

para así someter el instrumento al pueblo. Pero el pueblo se hallaba en plena libertad de aceptarlo o rechazarlo; y su decisión era definitiva. No requería la ratificación, y no podía ser denegado, por los gobiernos estaduales. La Constitución, así adoptada, tuvo plena fuerza obligatoria y limitaba las soberanías de los estados." ("In discussing this question, the counsel for the state of Maryland have deemed it of some importance, in the construction of the constitution, to consider that instrument, not as emanating from the people, but as the act of sovereign and independent states. The powers of the general government, it has been said, are delegated by the states, who alone are truly sovereign; and must be exercised in subordination to the states, who alone possess supreme dominion. It would be difficult to sustain this proposition. The convention which framed the constitution was indeed elected by the state legislatures. But the instrument, when it came from their hands, was a mere proposal, without obligation, or pretensions to it. It was reported to the then existing congress of the United States, with a request that it might 'be submitted to a convention of delegates, chosen in each state by the people thereof, under the recommendation of its legislature, for their assent and ratification.' This mode of proceeding was adopted; and by the convention, by congress, and by the state legislatures, the instrument was submitted to the people. They acted upon it in the only manner in which they can act safely, effectively and wisely, on such a subject, by assembling in convention. It is true, they assembled in their several states—and where else should they have assembled? No political dreamer was ever wild enough to think of breaking down the lines which separate the states, and of compounding the American people into one common mass. Of consequence, when they act, they act in their states. But the measures they adopt do not, on that account, cease to be the measures of the people themselves, or become the measures of the state governments."

"From these conventions, the constitution derives its whole authority. The government proceeds directly from the people; is 'ordained and established,' in the name of the people; and is declared to be ordained, 'in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquillity, and secure the blessings of liberty to themselves and to their posterity.' The assent of the states, in their sovereign capacity, is implied, in calling a convention, and thus submitting that instrument to the people. But the people were at perfect liberty to accept or reject it; and their act was final. It required not the affirmance, and could not be negatived, by the state governments. The constitution, when thus adopted, was of complete obligation, and bound the state sovereignties." McCulloch v. State of Maryland et al, 17 U.S. 316 (1819), ps. 402-404.

(166) DE VEDIA, *Constitución Argentina*, ob. cit., p. 27. En relación a la elección de tales representantes Arce (*Las instituciones de la Constitución Argentina...*, ob. cit., ps. 34-35) señala que "los representantes (...) fueron elegidos por un puñado de hombres; pero quienes los eligieron eran, en ese momento, los más notables de la comunidad. (...) Es por lo menos ridículo pretender que en épocas en que el analfabetismo alcanzaba al 90 por ciento de la población, el pueblo eligiera representantes de otra manera".

narla sin necesidad de su ratificación posterior (167). Ella no fue sometida a ratificación de las provincias, sino promulgada directamente por Urquiza el 25 de mayo de 1853 (168) y jurada el 9 de julio de ese mismo año en todas las provincias (169), previa distribución de ejemplares en los pueblos de aquéllas y su lectura pública en los que fueran cabeza de partido (170).

Existe asimismo, otra diferencia histórica relevante que realiza el valor libertad en el marco de nuestra Constitución. Si bien ambos preámbulos hicieron alusión a los pueblos que en conjunto conforman la nación soberana (171), nuestra Ley Suprema no distinguió entre personas libres y esclavas, sino que abolió la esclavitud en todo el territorio nacional. La nación argentina era —y es— un crisol de razas que no podía admitir tal afrenta a la libertad e igualdad.

(167) BARRAQUERO, *Espíritu y práctica de la Constitución Argentina*, ob. cit., p. 56; SEISDEDOS, *El preámbulo*, ob. cit., p. 918.

(168) El decreto de promulgación establecía: "*Director Provisorio. El Director Provisorio de la Confederación Argentina: Visto la presentación de la Constitución Federal de la República que el Congreso General Constituyente le ha hecho por medio de una comisión especial mandada de su seno; y en cumplimiento de la estipulación duodécima del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos del 31 de Mayo de 1852, Decreta: Artículo 1.º. — Téngase por Ley Fundamental en todo el territorio de la Confederación Argentina, la Constitución Federal sancionada por el Congreso Constituyente, el día 1.º del presente mes de Mayo, en la ciudad de Santa Fe. Artículo 2.º. — Imprímase y circúlese a los Gobiernos de Provincias, para que sea promulgada y jurada auténticamente en comicios públicos. Dada en San José de Flores, a 25 días del mes de Mayo de 1853.*" JUSTO JOSE de URQUIZA". Citada por Juan A. GONZÁLEZ CALDERÓN en *El Congreso General Constituyente de 1853*, en *Boletín de la Biblioteca del Congreso Nacional*, 1940, p. 787).

(169) La fórmula del juramento —que se transcribe a continuación— fue remitida a las provincias por medio de una nota-circular de Urquiza, conjuntamente con un ejemplar de la Constitución. "*Nosotros, ciudadanos argentinos, que formamos el pueblo de la Provincia de....., juramos por la Santa Cruz en que se inmoló el Redentor del mundo, respetar, obedecer y defender la Constitución política de la Confederación Argentina, sancionada por el Congreso General Constituyente en 1.º de Mayo de 1853.*" Citada por GONZÁLEZ CALDERÓN, *El Congreso General Constituyente de 1853*, ob. cit., p. 788.

(170) DEVEDIA, *Constitución Argentina*, ob. cit., ps. 27-28.

(171) CORWIN, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, ob. cit., p. 20; GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino...*, T. I, ob. cit., ps. 302 y 304.

Por el contrario, hasta la abolición de la esclavitud en 1865 (172), no se consideraba en los Estados Unidos que la referencia al pueblo de esa nación incluyera a los esclavos, quienes no eran considerados parte de la masa soberana. La decisión de la Suprema Corte norteamericana en el tristemente célebre caso “*Dred Scott*” —excluyendo expresamente a los individuos de raza negra de esa definición— resulta la prueba más cruda de ello (173).

(172) Enmienda XIII de la Constitución de los Estados Unidos: “*Sección primera: Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria, excepto como castigo por un delito por el cual se haya condenado debidamente al individuo, existirán en Estados Unidos, o en algún lugar sujeto a su jurisdicción. Sección segunda: El Congreso tendrá el poder de aplicar este artículo mediante la legislación adecuada.*” (“*Section 1: Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction. Section 2: Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation*”).

(173) El actor —quien alegaba ser ciudadano del Estado de Missouri— demandó ante los tribunales federales su libertad. El pronunciamiento de la Suprema Corte giró en torno a una excepción de incompetencia interpuesta por el demandado —ciudadano del Estado de Nueva York—, por la cual sostenía que la jurisdicción federal era improcedente porque el actor no podía ser considerado ciudadano del Estado de Missouri, ya que era un negro descendiente de africanos. En consecuencia, según el demandado, el tribunal de apelaciones —que previamente había rechazado la excepción— no podía conocer de la acción de acuerdo con la segunda sección del tercer artículo de la constitución, que establecía la competencia federal para las causas que se suscitasen entre ciudadanos de diferentes Estados. Al emitir la opinión de la Corte, el *Chief Justice* Taney señaló “*La cuestión es simplemente esta: ¿puede un negro, cuyos ancestros fueron importados a este país, y vendidos como esclavos, convertirse en miembro de la comunidad política establecida y traída a existencia por la Constitución de los Estados Unidos, y como tal pasar a ser beneficiario de todos los derechos, y privilegios, e inmunidades, garantizadas por ese instrumento al ciudadano? Uno de esos derechos es el privilegio de demandar ante un tribunal de los Estados Unidos en los casos especificados en la Constitución. (...) Las palabras ‘pueblo de los Estados Unidos’ y ‘ciudadanos’ son términos sinónimos, y significan la misma cosa. Los dos describen el cuerpo político que, de acuerdo a nuestras instituciones republicanas, conforman la soberanía, y que retienen el poder y dirigen el Gobierno a través de sus representantes. Son los que familiarmente denominamos el ‘pueblo soberano’, y cada ciudadano es parte de ese pueblo, y un miembro constituido de esa soberanía. (...) Se torna necesario, entonces, determinar quienes era ciudadanos de los diversos Estados cuando la Constitución fue adoptada. (...) [El preámbulo] declara que [la Constitución] es establecida por el pueblo de los Estados Unidos, es decir, por aquellos que eran miembros de las diferentes comunidades políticas de los diversos Estados; y su gran propósito declarado es asegurar las bendiciones de la libertad para ellos y su posteridad. [La Constitución] se refiere en términos generales al pueblo de los Estados Unidos, y a los ciudadanos de los diversos Estados, cuando dispone sobre el ejercicio de los poderes conferidos o los privilegios asegurados a*

los ciudadanos. No define qué clase de personas se entienden incluidas bajo dichos términos, o quién será considerado como ciudadano y miembro del pueblo. Utiliza esas palabras como términos tan bien comprendidos que no necesitan mayor descripción o definición. Pero hay dos cláusulas de la Constitución que se refieren directa y específicamente a la raza negra como una clase separada de personas, e indica claramente que no eran considerados como una porción del pueblo o ciudadanos del Gobierno que entonces se formó. (...) Indudablemente, una persona puede ser un ciudadano, es decir, un miembro de la comunidad que forma la soberanía, aunque no ejerza porción alguna de poder político, y se halle incapacitada para ocupar ciertos cargos. Las mujeres y los menores que forman parte de la familia política, no pueden votar; y cuando un apropiada cualidad es requerida para votar u ocupar un cierto cargo, aquellos que no poseen la cualidad necesaria no pueden votar u ocupar el cargo, sin embargo, son ciudadanos. Sobre todo esto, entonces, es el juicio de esta corte, que surge del expediente que tenemos ante nosotros que el demandante en error no es un ciudadano de Missouri, en el sentido que la palabra es utilizada por la Constitución; y que la Corte de Circuito de los Estados Unidos, por esa razón, no tenía jurisdicción en el caso, y no podía emitir sentencia al respecto. (...)” *Dred Scott, plaintiff in error v. John F. A. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856), ps. 403, 404, 407, 410, 411, 422 y 454, (“The question is simply this: Can a negro, whose ancestors were imported into this country, and sold as slaves, become a member of the political community formed and brought into existence by the Constitution of the United States, and as such become entitled to all the rights, and privileges, and immunities, guaranteed by that instrument to the citizen? One of which rights is the privilege of suing in a court of the United States in the cases specified in the Constitution. (...)” “The words ‘people of the United States’ and ‘citizens’ are synonymous terms, and mean the same thing. They both describe the political body who, according to our republican institutions, form the sovereignty, and who hold the power and conduct the Government through their representatives. They are what we familiarly call the ‘sovereign people,’ and every citizen is one of this people, and a constituent member of this sovereignty. (...)” “It becomes necessary, therefore, to determine who were citizens of the several States when the Constitution was adopted. (...) It declares that it is formed by the people of the United States; that is to say, by those who were members of the different political communities in the several States; and its great object is declared to be to secure the blessings of liberty to themselves and their posterity. It speaks in general terms of the people of the United States, and of citizens of the several States, when it is providing for the exercise of the powers granted or the privileges secured to the citizen. It does not define what description of persons are intended to be included under these terms, or who shall be regarded as a citizen and one of the people. It uses them as terms so well understood, that no further description or definition was necessary. But there are two clauses in the Constitution which point directly and specifically to the negro race as a separate class of persons, and show clearly that they were not regarded as a portion of the people or citizens of the Government then formed. (...) Undoubtedly, a person may be a citizen, that is, a member of the community who form the sovereignty, although he exercises no share of the political power, and is incapacitated from holding particular offices. Women and minors, who form a part of the political family, cannot vote; and when a property qualification is required to vote or hold a particular office, those who have not the necessary qualification cannot vote or hold the office, yet they are citizens. Upon the whole, therefore, it is the judgment of this court, that it appears by the record before us that the plaintiff in error is not a citizen of Missouri, in the sense in which that word is used in the Constitution.)

Finalmente, si bien el preámbulo norteamericano no contiene una declaración referida a la participación efectiva de los estados en el proceso de organización constitucional, ello no significa que aquellos no hayan tenido una participación activa en la organización institucional de la unión (174). Especialmente cuando, como bien se ha señalado, la referencia a los pactos preexistentes en nuestro preámbulo parece más una frase incidental (175), cuyo objetivo fue el de dejar constancia que el Congreso General Constituyente de 1853 se había conformado en razón de tales acuerdos previos (176).

Con el objeto de formar una Unión más perfecta (in order to form a more perfect Union)

La constitución norteamericana destaca como uno de sus objetivos centrales el de “*formar una Unión más perfecta*” (177), difiriendo del propósito enunciado por nuestros padres fundadores de “*constituir la unión nacional*”.

La diferencia de redacción parece encontrar justificación en el distinto estado de organización en que se encontraban ambas naciones al sancionarse sus respectivas constituciones.

Los Estados Unidos de América se organizaron institucionalmente como nación con anterioridad a la sanción de su constitución. En 1777, el Segundo Congreso Continental elaboró los Artículos de la Confederación y Perpetua Unión —ratificados por los estados en 1781— que establecieron únicamente una firme liga de amistad (178) donde los

(174) GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino...*, T. I, ob. cit., ps. 307-308.

(175) MONTES DE OCA, *Lecciones de derecho constitucional...*, ob. cit., p. 24.

(176) Aristóbulo del Valle, citado por MONTES DE OCA, *Lecciones de derecho constitucional...*, ob. cit., p. 24.

(177) “(...) *in order to form a more perfect Union (...)*”

(178) Artículo 3 de los Artículos de la Confederación: “*Por la presente, los mencionados Estados entran respectivamente en una firme liga de amistad los unos con los otros, a fin de procurar su defensa común, la seguridad de sus libertades, y su mutuo y general bienestar, obligándose a la mutua asistencia contra cualquier fuerza o ataque realizado sobre todos o alguno de dichos Estados por razones de religión, soberanía, comercio, o cualquier otra pretensión*”. (“*The said States hereby severally enter into a firm league of*

estados conservaban su soberanía, libertad e independencia (179). Asimismo, esos Artículos constituyeron una legislatura nacional denominada "Congreso" a ser conformada por delegados de cada Estado, pero no organizaron un poder ejecutivo y un poder judicial sólido. Más aún, las facultades del Congreso eran limitadas y algunas de ellas debían ser ejercidas necesariamente con la cooperación de los estados.

La experiencia demostró que la organización era endeble e inadecuada para los propósitos enunciados, circunstancia que ponía en riesgo la continuidad de la unión (180). Las potestades de la Confederación eran muy limitadas: sólo podía legislar para los estados y no para los habitantes directamente (por lo que sus leyes no poseían fuerza obligatoria directa); carecía de potestades impositivas (por lo que los gastos de la Confederación eran determinados por el Congreso y soportados por los estados) y no tenía control del comercio.

Además, la necesidad de organizar un poder federal más sólido (181) surgía como respuesta a la corriente de opinión que insinuaba frecuentemente que el país era demasiado extenso para un solo gobierno federal y, en consecuencia, debía fragmentarse en varias Confederaciones independientes y soberanas (182), lo que hubiese importa-

friendship with each other; for their common defense, the security of their liberties, and their mutual and general welfare, binding themselves to assist each other, against all force offered to, or attacks made upon them, or any of them, on account of religion, sovereignty, trade, or any other pretense whatever").

(179) Artículo 2 de los Artículos de la Confederación: "*Cada Estado mantiene su soberanía, libertad e independencia, así como todo poder, jurisdicción y derecho que no haya sido expresamente delegado por esta Confederación a los Estados Unidos, reunida en Congreso*". [*"Each state retains its sovereignty, freedom and independence, and every Power; jurisdiction and right, which is not by this Confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled"*].

(180) WATSON, *The Constitution of the United States...*, T. I, ob. cit., p. 99. En igual sentido, BARRAQUERO, *Espíritu y práctica de la Constitución Argentina*, ob. cit., p. 59; LINARES QUINTANA, *Gobierno y administración...*, T. I, ob. cit., p. 207. Según ALBERDI, "[la Confederación] (...) arruinó los Estados Unidos en ocho años, y [la Constitución] (...) los restituyó a la vida y los condujo a la opulencia de que hoy disfrutan". ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, ob. cit., p. 111.

(181) LÓPEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 60.

(182) CALVO, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, T. I, ob. cit., p. 348.

do el desmembramiento de la nación y una gran merma en sus posibilidades de progreso.

La diferencia de redacción con el preámbulo argentino —que propugna “(...) *constituir la unión nacional* (...)”— encontraba así lógica justificación en la medida en que en 1853 nuestro país no se hallaba organizado constitucionalmente, a diferencia de los Estados Unidos que habían establecido una organización, aunque inadecuada, por medio de los Artículos de la Confederación (183).

Establecer la Justicia (establish Justice)

Los Artículos de la Confederación habían otorgado al gobierno federal únicamente el poder de establecer los tribunales a fin de que entendieran y juzgaran en apelación en supuestos muy puntuales. Si bien el Congreso constituyó esos tribunales de apelación a los que los tribunales estatales debían someterse, su autoridad era muy limitada en tanto el Congreso no tenía potestad alguna para ejecutar las sentencias. En función de ello, sus resoluciones rápidamente perdieron relevancia, adquiriendo tan sólo un leve valor moral (184).

El propósito de establecer la justicia estaba dirigido, en consecuencia, a superar la debilidad intrínseca del precario sistema judicial de la Confederación (185) y constituir tribunales federales que actuaran como autoridad suprema en las materias que fueran sometidas a su conocimiento.

Además, la instalación de una “*justicia libre, completa e imparcial*” (186) eliminaría los riesgos que involucraban las decisiones de

(183) GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional...*, T. I, ob. cit., p. 318; LINARES QUINTANA, *Gobierno y administración...*, T. I, ob. cit., ps. 206-207; RAMELLA, *Derecho constitucional*, ob. cit., p. 66.

(184) CALVO, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, T. I, ob. cit., ps. 358-359.

(185) Según Lucio V. López “*bajo la confederación no había nada en aquél país que pudiera considerarse como una autoridad judicial nacional*”. LÓPEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 61.

(186) CALVO, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, T. I, ob. cit., p. 357.

los tribunales estatales cuando entendían en asuntos donde intervenían extranjeros o ciudadanos de otros estados contra sus conciudadanos y permitiría imponer la supremacía del bloque normativo federal.

Si bien nuestro preámbulo utilizó los términos "*afianzar la justicia*", no existe en realidad diferencias conceptuales significativas con el precedente norteamericano. Como hemos explicado, en 1853 la organización de la justicia a nivel federal tampoco se había producido todavía en nuestro país.

Subsistía, sin embargo, una diferencia relevante en tanto nuestra Constitución no sólo impulsaba el establecimiento de un poder judicial federal, sino que se extendía más allá para exigir el imperio de la justicia y la equidad en todos los ámbitos de la vida jurídica argentina (187).

Asegurar la tranquilidad interior (insure domestic tranquility)

La diferencia terminológica entre ambos preámbulos encuentra su justificación principal en las razones que motivaron su inclusión en las respectivas constituciones.

Los constituyentes norteamericanos pretendían *prevenir* cualquier alzamiento o lucha interna toda vez que, si bien habían surgido diferencias entre los estados que presagiaban potenciales conflictos, no se había concretado efectivamente ninguno de ellos (188). En la medida en que, bajo los Artículos de la Confederación, los estados se habían asociado conjuntamente en una firme liga de amistad para su mutuo y general bienestar (189), la paz interior dependía de su

(187) SEISDEDOS, *El preámbulo*, ob. cit., p. 919; VANOSSI, voz *Preámbulos de las constituciones*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, ob. cit., p. 736.

(188) WATSON, *The Constitution of the United States...*, T. I, ob. cit., p. 102.

(189) Artículo 3 de los Artículos de la Confederación: "*Por la presente, los mencionados Estados inician respectivamente una firme liga de amistad los unos con los otros, a fin de procurar su defensa común, la seguridad de sus libertades, y su mutuo y general bienestar, obligándose a la asistencia mutua contra cualquier fuerza o ataque realizado sobre todos o alguno de dichos Estados por razones de religión, soberanía, comercio, o cualquier otra pretensión*". | "*The said States hereby severally enter into a firm league of*

cooperación recíproca y buena predisposición. Por el contrario, el preámbulo de la constitución de 1787 depositó en el gobierno federal el deber de asegurar la tranquilidad interior por encima de los intereses de cada Estado y, así, fortaleció la unión garantizando que no hubiera discriminación contra circunscripción alguna y que todos los habitantes gozarían de los mismos derechos y privilegios sin importar la jurisdicción a la que perteneciesen (190).

El propósito de "*consolidar la paz interior*" contemplado en nuestro preámbulo estaba dirigido, por el contrario, a *poner fin* a décadas de luchas internas que habían desgarrado al país y puesto en peligro sus posibilidades de organizarse constitucionalmente como estado civilizado. Su objetivo central era, en consecuencia, el de dar término a los conflictos internos, para luego sí prevenir que no se produjesen nuevas luchas entre las provincias que pusieran al país al borde de la guerra civil.

Proveer a la defensa común (provide for the common defence)

Los fundamentos que propiciaron la inclusión de esta frase en el preámbulo de la constitución norteamericana son similares a las razones que tuvieron en cuenta nuestros constituyentes: el gobierno federal debe garantizar la defensa de la patria y de su pueblo contra la agresión de enemigos externos e internos. En ambos casos se entendía que la unión otorgaría la fuerza indispensable para hacer frente a tales peligros.

Si los motivos que impulsaron la necesidad de establecer la defensa común eran similares, los medios conferidos a los poderes federales por las correspondientes constituciones fueron también equivalentes. Ambas leyes supremas pusieron en cabeza de los poderes nacionales, entre otras, las potestades de declarar la guerra y celebrar la paz, organizar ejércitos, ordenar represalias, repeler invasiones. Asimismo, prohibieron a las provincias o estados organizar ejércitos.

friendship with each other, for their common defense, the security of their liberties, and their mutual and general welfare, binding themselves to assist each other, against all force offered to, or attacks made upon them, or any of them, on account of religion, sovereignty, trade, or any other pretense whatever"].

(190) WATSON, *The Constitution of the United States...*, T. I, ob. cit., p. 102.

Promover el bienestar general (promote the general Welfare)

Similares razones llevaron a los constituyentes norteamericanos y argentinos a recepcionar este objetivo en los respectivos preámbulos: el convencimiento de que los gobiernos federales, convenientemente organizados, contarían a su disposición con medios más efectivos para alcanzar el bienestar general y una autoridad mayor que la de cada estado de la confederación (191).

Tanto las provincias argentinas como los estados de la Unión carecían de los medios y las facultades necesarias para asegurar el progreso y bienestar de sus respectivos pueblos (192). En función de ello, ambas constituciones otorgaron a los poderes federales potestades suficientes para promover el progreso y armonizar los intereses eventualmente contrapuestos que pudieran surgir entre las provincias o los estados (193).

Asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y nuestra posteridad (secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity)

Si bien la constitución norteamericana fue generosa al enunciar la necesidad de asegurar los beneficios de la libertad tanto para sus ciudadanos como para sus descendientes (194), la fórmula utilizada en ella fue superada en su amplitud por nuestros constituyentes al postular la necesidad de "*asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino*".

El fin prescrito en la constitución norteamericana era más limitado al no alcanzar beneficios o bendiciones de la libertad que se pre-

(191) CALVO, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, T. I, ob. cit., ps. 369-370.

(192) MONTES DE OCA, *Lecciones de derecho constitucional...*, ob. cit., p. 40; CALVO, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, T. I, ob. cit., ps. 366-370; GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino...*, T. I, ob. cit., p. 324.

(193) Así, por ejemplo, se atribuyó en ambos casos al gobierno federal la potestad exclusiva de reglar el comercio internacional y entre sus subdivisiones políticas.

(194) WATSON, *The Constitution of the United States...*, T. I, ob. cit., p. 104.

tendían asegurar para el pueblo de los Estados Unidos a los extranjeros ni a los esclavos (195).

Por el contrario, el preámbulo argentino invocó la libertad como uno de los valores más caros del ser humano, intrínseco a la naturaleza y dignidad del hombre. En palabras de Mitre, "*la Constitución Argentina, es la única en el mundo que haya sido dada, no solo para un pueblo y para sus ciudadanos, sino para el hombre en su calidad de tal, cualquiera que sea su condicion y el suelo en que haya nacido*" (196).

Por último, el preámbulo de nuestra Constitución culmina "*invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia*". Esta invocación —inexistente en el precedente norteamericano— evidencia la mayor relevancia dada a la fe por nuestros constituyentes, quienes quisieron colocar a la Nación bajo la protección divina en el momento fundacional del Estado, para que guíe la consecución de los designios proclamados en el preámbulo (197).

6. Las enseñanzas del preámbulo y su trascendencia en el tiempo

El preámbulo de nuestra Constitución constituye una magnífica expresión de los ideales más nobles a los que puede aspirar una nación civilizada. Imbuido de la filosofía liberal, proclama la libertad del ser humano y la ruptura con las ataduras que socavan el progreso como la desunión, la injusticia y el estado de beligerancia e indefensión.

Ante todo, ratifica con acierto el sistema democrático y el concepto de soberanía popular. El poder reside en el pueblo quien —si bien no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes— tiene la responsabilidad de ejercer sus deberes cívicos adecuadamente. Un pueblo no comprometido con el país es una nación que se desmem-

(195) Destacaba en ese sentido MONTES DE OCA (*Lecciones de derecho constitucional...*, ob. cit., p. 44) que la anomalía era curiosa, por un lado propiciaba la libertad y, por el otro, mantenía la esclavitud como institución legítima, reduciendo al esclavo a la categoría de cosa, de un bien comercial.

(196) *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires*, ob. cit., p. 326.

(197) GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino...*, T. I, ob. cit., p. 327.

bra y resigna la soberanía que no supo usufructuar para caer en la decadencia. Los constituyentes dictaron la constitución que su pueblo les había encomendado y que, por lo tanto, éste debía —y debe— honrar.

Asimismo, el preámbulo confirma la preexistencia de las provincias y el régimen federal de gobierno, bajo el cual las autonomías provinciales y las facultades no delegadas por éstas deben ser respetadas.

Por último, enuncia los propósitos que el estado republicano, democrático, representativo y federal debe perseguir para alcanzar el bienestar general en el marco del respeto de los derechos individuales.

Los constituyentes concibieron esos fines con la firme convicción de que su efectivo cumplimiento garantizaría una Nación Argentina pujante, progresista y respetuosa de los derechos de los habitantes. Para ello, se valieron tanto de los antecedentes nacionales que tenían como horizonte común la organización del Estado Argentino sobre esos sabios fines como del modelo norteamericano, propio de un país que se alzaba como ejemplo de libertad y progreso.

Los propósitos enunciados en el preámbulo designan un programa de acción que jamás prescribirá, cuyo deber de cumplimiento recae por igual sobre gobernantes y gobernados.

La unión nacional, el afianzamiento de la justicia, la consolidación de la paz interna y externa, la libertad y el bienestar general no son objetivos que puedan considerarse agotados en el tiempo, sino que exigen el esfuerzo cotidiano y constante para su perfeccionamiento progresivo. Del mismo modo, el bienestar del pueblo y la consolidación de las instituciones argentinas requieren que la consecución de esos grandes fines sea alcanzada en forma equilibrada, de manera tal que la supremacía de uno no opaque a los demás y culmine destruyendo nuestra organización constitucional (198).

(198) En las sabias palabras vertidas por Bermejo en su más célebre disidencia, *"nuestra constitución, que en su preámbulo se propuso asegurar los beneficios de la libertad y en su art. 33 mantiene explícitamente los derechos y garantías derivados del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, no admite la subordinación absoluta del individuo a la sociedad y desecha la idea de un bienestar general*

A 150 años de la sanción de nuestra Constitución, el gran desafío de nuestro tiempo es reconocer la sabiduría de nuestros constituyentes y tomar debida conciencia de que únicamente la efectiva realización de los fines enunciados en su preámbulo garantizarán el progreso del país. Los constituyentes sabían cuál debía ser el rumbo a seguir por la Argentina para insertarse en el concierto de las naciones y, en función de él, fijaron la proa proclamando ese magnífico prólogo sobre el que se asienta nuestro orden jurídico. ♦

adquirido a expensas del derecho y de la libertad individual, que, en definitiva, conducirán seguramente a un bienestar social más perfecto, no obstante transitorias perturbaciones". C.S.J.N., Agustín Ercolano v. Julieta Lanteri de Renshaw s/ consignación, sentencia del 28 de abril de 1922, Fallos: 136:161.

EL REGIMEN MUNICIPAL EN LA CONSTITUCION NACIONAL Y LA ORGANIZACION DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES EN LA LEY DEL 6 DE MAYO DE 1853

POR DANIELA UGOLINI

SUMARIO: 1. El régimen municipal en la Constitución Nacional: A) Introducción. B) Significado de "régimen municipal". C) Concepto de municipio. D) El Cabildo. E) Antecedentes previos a la Constitución de 1853. F) Municipio de carta y por delegación: autonomía y autarquía. 2. La organización de la Ciudad de Buenos Aires, en la ley del 6 de mayo de 1853

I. El régimen municipal en la Constitución Nacional

A. *Introducción*

La Constitución de la Confederación Argentina, sancionada el primero de mayo de 1853, estableció el sistema federal para la organización política del país, reconociendo la existencia y autonomía de las Provincias. Su artículo quinto indicó que las provincias dictarían su propia constitución y que el gobierno federal garantizará el goce y ejercicio de sus instituciones. Sin embargo, para ello se impusieron algunas condiciones, como ser que las constituciones provinciales debían adoptar el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional y que debían asegurar su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria (1).

(1) Constitución de la Confederación Argentina, "art. 5: Cada Provincia Confederada dictará para si una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuer-

Vale la pena destacar especialmente que en el proyecto de constitución de Alberdi (2) que inspiró a los constituyentes, no existe mención a la obligación de asegurar esas funciones básicas del Estado ni el régimen municipal, a pesar de que Alberdi era también su defensor. En efecto, él mismo destaca que la más poderosa garantía de los pueblos de la República Argentina contra la anarquía y el despotismo es la organización municipal. Ella debe ser base de la organización de provincia y alma del nuevo orden general de las cosas. En base a la organización de las comunas o cuerpos municipales comenzó la emancipación de los pueblos que tuvieron que formarse y fueron grandes; el pueblo romano; el pueblo de los Estados Unidos y los pueblos de Europa al salir de la edad media (3).

Evidentemente fue una preocupación de los constituyentes que las provincias tuvieran justicia, educación primaria y régimen municipal, más aún, en este último caso, se aclaró, las provincias debían asegurarlo. Este verbo "asegurar" no significa ni crear ni fundar, es proteger algo que existe previamente y que deberá seguir existiendo. Tan importantes eran estas instituciones, que resultaron condición para que las provincias gozaran de la "garantía" federal (4). Es decir, que la Nación se comprometía a resguardar a las Provincias, y a contribuir a su desarrollo y subsistencia si, a su vez, éstas se constituían según la forma representativa republicana, siguiendo el mismo modelo de la constitución nacional y asumían como propia la obligación de orga-

do con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria gratuita. Las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal garante a cada Provincia el goce y ejercicio de sus "instituciones". "Las constituciones de la Argentina (1810-1972)", Ts. I y II, Recopilación, notas y estudio preliminar de Arturo E. SAMPAY, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1975.

(2) "Proyecto de Constitución de la Confederación Argentina", Art. 4º: "La Confederación garantiza a las provincias el sistema republicano, la integridad de su territorio, su soberanía y su paz interior" ... "Art. 7º: La Confederación garantiza la estabilidad de las constituciones provinciales con tal que no sean contrarias a la Constitución general para lo cual serán revisadas por el Congreso antes de su sanción". Obras de ALBERDI, Juan Bautista; "Bases", Cap. XXXVII, p. 288, Ed. Plus Ultra, undécima edición, p. 288.

(3) ALBERDI, Juan Bautista, "Obras Completas", T. V, "Elementos del Derecho Público Provincial Argentino", Cap. VI, p. 47, Ed. La Tribuna Nacional, Bs. As., 1886.

(4) BIDART CAMPOS, Germán, "Derecho Constitucional", T. I, p. 502, Ed. Ediar.

nizar su administración de justicia, su educación primaria y su régimen municipal. No otras, sino estas tres cuestiones señalaron los constituyentes, como pilares de la existencia de la nación.

B. Significado de "régimen municipal"

La Constitución Nacional no ha aclarado qué debe entenderse por "régimen municipal", evitando así inicialmente el debate sobre si la creación de los municipios debía hacerse siguiendo el modelo hispano o el francés y si estos debían ser autónomos o autárquicos. Sin embargo, lo que resulta incuestionable es que ello hace referencia al modo en que se "regirá" una "organización municipal".

Dejando para más adelante el análisis sobre las varias formas posibles de este "régimen municipal", se podría, inicialmente, intentar establecer cuáles son las premisas de una organización municipal, partiendo de los requisitos para que un gobierno local sea posible.

La historia de los pueblos nos enseña que cualquier grupo humano ha buscado siempre quien los guíe, los defienda y los gobierne, lo cual implica, en primer lugar, la elección de las propias autoridades y luego, la definición de cuáles son las necesidades de la comunidad y cómo se satisfacen; de cuáles son los fines que se propone alcanzar y los medios para ello. Así surge razonable que esos intereses sean indicados por la propia comunidad y no por otros, ya que nadie mejor que los afectados conoce sus problemas y cómo resolverlos. Este es justamente el fundamento principal y la explicación del origen "natural" del municipio. Por otra parte, no bastaría haber elegido a los gobernantes, ni haber determinado fines y facultades para cumplirlos, sin tener los medios económicos para lograrlos. De tal modo un gobierno local debe tener también una capacidad económica, es decir, la de obtener recursos y de recaudar ciertos tributos dentro de su ámbito territorial (5).

Los aspectos indicados constituyen, a mi entender, los presupuestos básicos del régimen municipal, entendido como las bases de un gobierno posible.

(5) Ampliar, VANOSSI, Jorge, "El Municipio en el régimen constitucional argentino", Cap. V de la obra de VANOSSI, Jorge y otros, "El Municipio", Ed. Ciudad Argentina, 1984.

En definitiva, la organización municipal tiene que constituirse contemplando tanto el aspecto político, como administrativo y el económico. En lo político, el municipio procederá a la propia elección de autoridades; en lo administrativo, actuará en el cumplimiento de sus fines según sus propias normas de funcionamiento; y en lo económico, contará con los recursos que posibiliten alcanzar los objetivos (6).

C. Concepto de municipio

Distinguidos autores se han dedicado a explicar la noción de municipio y su régimen.

Para Esteban Echeverría, según lo comenta Carlos Mouchet (7), el municipio es una institución natural y básica de la organización social y política, ya que "el distrito municipal sería la escuela donde el pueblo aprenda a conocer sus intereses y sus derechos, donde adquiera costumbres civiles y sociales, donde se eduque paulatinamente para el gobierno de sí mismo o la democracia, bajo el ojo vigilante de los compatriotas ilustrados; en él se derramarán los gérmenes del orden, de la paz, de la libertad, del trabajo común encaminado al bienestar común, se cimentará la educación de la niñez, se difundirá el espíritu de asociación, se desarrollarán los sentimientos de patria y se echarán los únicos indestructibles fundamentos de la organización futura de la república".

Aparece en esta idea el origen natural y necesario del municipio, como base fundamental de la organización política del país y cuna del progreso social.

Precisando mejor el concepto, Alberdi escribe que "son los cabildos o municipios unos pequeños poderes económicos y administrativos, elegidos directamente por el pueblo, para ejercer la soberanía que delega constitucionalmente en ello, en orden a dirigir y administrar,

(6) USLENGHI, Alejandro, "Autonomía Municipal", disertación en las Primeras Jornadas Nacionales sobre Instituciones Administrativas en la Reforma Constitucional, en R.A.P., N. 194, p. 116.

(7) MOUCHET, Carlos, "Las ideas de Esteban Echeverría sobre la institución municipal" en "La evolución institucional del Municipio de la Ciudad de Buenos Aires", p. 29, Ediciones del H. Concejo Deliberante, Bs. As., 1995.

sin injerencia del poder político o gobierno general de la provincia, los intereses propios de cada localidad o vecindario, en los citados ramos de policía, justicia, instrucción, beneficencia, caminos, población, mejoras materiales e inteligentes de todo género" (8).

Se encuentra en esta definición, en primer término, la identificación de los municipios con los cabildos, como pequeños núcleos de poder, ejercido por los representantes del pueblo, para dirigir y administrar sus propios intereses, con independencia de todo poder político o gobierno general de provincia. En el pensamiento de Alberdi el régimen municipal tenía las características de los municipios hispanos. Al elaborar el proyecto de constitución provincial para la Provincia de Mendoza, en el Cap. II, al referirse al Poder Legislativo, establece que son atribuciones de la Sala "organizar su régimen municipal sobre las bases dadas por esta Constitución" (9) y más adelante, en el Cap. VI, dedicado al Poder Municipal, administración departamental, señala las siguientes pautas: "Los Cabildos son restablecidos. En cada capital de departamento se instalará un Cabildo. Su organización y atribuciones serán determinadas por una ley que tendrá por bases constitucionales las siguientes: 1) Serán elegidos sus miembros por el pueblo del departamento en votación directa; 2) La calidad de extranjero no será obstáculo para ser elegido municipal, teniendo domicilio; 3) Las escuelas primarias, los establecimientos de beneficencia, la policía de salubridad y ornato y la justicia ordinaria de primera instancia serán de su resorte exclusivo; 4) Los servicios de los cabildantes serán remunerados por el tesoro municipal y sus omisiones castigadas con multas; 5) Los bienes y rentas de los cabildos serán restablecidos conforme a la futura ley del régimen municipal; y por ninguna otra autoridad que los Cabildos podrán ser administrados jamás; 6) Los cabildantes serán inviolables, como los diputados de la Sala, por sus actos y opiniones ejercidas en el desempeño de su cargo". También se indicó que "Los Cabildos estarán sujetos a la inspección y disciplina de la Cámara de justicia en lo relativo a la administración judicial; y a la inspección y vigilancia del Poder Ejecutivo en los otros ramos de la administración, sin que él ejerza veto en sus decisiones, y

(8) ALBERDI, Juan Bautista, "Elementos del Derecho Público Provincial", Cap. VII, "Del poder municipal o administrador", p. 66, ob. cit.

(9) ALBERDI Juan Bautista, "Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza", Cap. II, art. 19, inc. 6, p. 127, ob. cit.

sólo con el fin de hacer efectiva la responsabilidad a que deben estar sujetos los actos de sus miembros" (10).

Sin embargo, si bien considera que la organización municipal es la garantía más poderosa para los pueblos de la República Argentina contra el despotismo y la anarquía, también sostiene que los municipios son órganos de descentralización administrativa dentro de las provincias federadas. Distingue el poder político del gobierno administrativo, atribuyendo el primero al Poder ejecutivo y solo el segundo a los municipios.

Para Alberdi la política pertenecía al gobierno y la administración al pueblo inmediatamente, y por ser los cabildos o municipalidades la representación elegida por el pueblo, era la autoridad que administraba en su nombre, sin injerencia del poder (11). El pueblo posee bienes y rentas propias para pagar a sus funcionarios, en que nada tiene que ver el poder político. Así, política y administración, estaban separadas. Este es el sentido del concepto de municipio como organización "administrativa", ya que sólo la administración está reservada a las autoridades surgidas de la elección del pueblo, en tanto la política es sólo gobierno. En consecuencia, los cabildos debían tener una base democrática y gozar de independencia frente al poder político pero no excluían la intervención de las Legislaturas provinciales en los asuntos locales, siempre que se respetaran los términos de la constitución Provincial. Por ello concluye que "resulta bueno que un cabildo perciba, administre y gaste las rentas que le están asignadas por ley de la provincia", pero no que "un cabildo pueda ejercer la facultad esencialmente legislativa de imponer contribuciones, porque entonces tendremos la confusión y anarquía en el ramo más capaz de empeñar la sociedad en disturbios y conflictos". Resulta entonces que para Alberdi existía un concepto de municipio autónomo en cuanto a la más amplia extensión en la administración de sus intereses, pero dependiente de la legislatura provincial para la obtención de las rentas tributarias, teniendo una clara visión de que el ejercicio de esta facultad es fuente de confusión y conflictos.

(10) ALBERDI Juan Bautista, "Proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza", Cap. VI, arts. 50 y 51, p. 143, ob. cit.

(11) ALBERDI Juan Bautista, "Elementos del Derecho Publico Provincial", Cap. VI, p. 46, ob. cit.

Una interpretación distinta efectúa Rafael Bielsa sobre el carácter político o administrativo del municipio. Este autor sostiene que se pretende establecer en esta cuestión cierto antagonismo entre lo administrativo y lo político, siendo que el error radica en el falso concepto que a veces se tiene de lo político. Aclara que "si entendemos, como debe entenderse, lo político por gobierno, desde ya se advierte que en la autonomía administrativa solamente, no se supone 'gobierno' de lo propio, pues que gobernar es algo más que administrar; la administración sólo es una parte de la actividad del gobierno" y se sigue preguntando, si en un régimen o gobierno municipal debe haber una política propia ¿cómo se ha de lograr ese fin donde aquel se mueve a impulsos de otro poder, de otra política que no es la propia, la municipal? Esto ocurre, se responde, ahí donde las autoridades no son elegidas por los comunes, sino por el gobierno central (12).

Para Joaquín V. González "los municipios se forman por elección directa del pueblo de los respectivos distritos, ciudades o villas, según la división legal, con participación de los extranjeros. En su conjunto, tienden a realizar dentro de los límites establecidos, la vida superior del Estado, como un aprendizaje del sistema federal. Sus poderes son con raras excepciones, solo dos, el Deliberante y el Ejecutivo: múltiples y con facultades y privilegios propios el primero; unipersonal siempre el segundo y elegido del seno de la asamblea, llamada consejo, con algunas excepciones, en que el Poder Ejecutivo Provincial nombra el funcionario con acuerdo del Senado local" (13). Consideró al municipio como una condición esencial de la organización política de las Provincias, siguiendo el pensamiento de Tocqueville, en su obra "La Democracia en América" para quien una nación puede fundar un sistema de gobierno libre; pero sin el espíritu de las instituciones municipales, no puede poseer el espíritu de libertad. También cita la opinión de Sarmiento en sus "Comentarios" donde sostiene que "La constitución ha expresado, pues en el artículo 5º su propósito de educar al pueblo por medio de la práctica de las libertades municipales,

(12) BIELSA, Rafael, "Principios del régimen municipal", ps. 47 y 50, segunda edición, Bs, As. 1940.

(13) GONZALEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina, 1853-1860", actualizado por Horacio Quiroga Lavié, y prólogo de Jorge Reinaldo Vanossi, Ed. La Ley, 2001, p. 647.

para el más vasto y general ejercicio de los derechos, prerrogativas y poderes del Gobierno político de la Provincia y de la Nación”.

Ideas similares respecto al municipio expresa Bidart Campos cuando dice que éste es la primera sociedad política que busca alcanzar un fin sin excluir a nadie, amplio para todos los que conviven dentro de sus límites. Hay una solidaridad que vincula a todos en una obra común, sin excepciones. Al igual que en el Estado, dentro del municipio todos los hombres y todos los grupos deben participar del pequeño bien común que es fin inmediato de aquel (14).

También sostiene que la institución municipal o comunal es el gobierno político de un territorio o ciudad, más o menos pequeño, para atender las necesidades locales e inmediatas; no inviste, en la actualidad, el carácter de sociedad perfecta, porque integra siempre y necesariamente el orden político total del estado. Pero en cuanto su fin persigue intereses generales; en cuanto su convivencia abarca una vinculatoriedad social amplia; en cuanto el contenido de su actividad sintetiza todas las otras actividades en orden a la promoción de un fin total (bien público), es imposible considerarlo como pura administración sin esencia política. Por ello, para él, a diferencia de cómo lo entendía Alberdi, el municipio no es solo gobierno administrativo sino también político (15).

Sintetiza Pedro Sagüés, la interpretación del régimen municipal, según sus tres variantes: a) Municipio-cabildo: se trata de un municipio estructurado como “poder” provincial autónomo, poseedor de una parte de la soberanía popular, siendo los cabildantes elegidos mediante comicios y con funciones técnicas más que políticas, como en la idea de Alberdi; b) Municipio arrinconado: es el municipio “de delegación” que sólo tiene las competencias asignadas por cada provincia, de modo discrecional. No es una entidad política, sino administrativa, autárquica; y c) Municipio-estado: teniendo en cuenta el mandato constitucional, se impone el reconocimiento de un gobierno local, autónomo y político que puede contar con tres poderes locales: el ejecutivo, el legislativo, el judicial, y con un poder constituyente mu-

(14) BIDART CAMPOS, Germán, “Educación democrática”, Segundo curso, Ed. Stella, 1ª ed., Bs.As., 1956, ps. 76 y 77.

(15) BIDART CAMPOS, Germán, “Derecho Constitucional. La constitución del Estado Federal”, p. 542, Ed. Ediar.

nicipal, que dicta su carta organizativa. También se denomina “municipio de convención” (16).

D. El cabildo

Al fundar las ciudades en los territorios que descubrían, los colonizadores españoles constituían el Cabildo, como gobierno de la comunidad local. Tanto en España como en América, la delimitación de la ciudad o pueblo comprendía la plaza central o plaza mayor, y a su alrededor la iglesia, el cabildo, los portales de mercaderes y algunas residencias de vecinos importantes, diseño que se conserva y puede reconocerse aún hoy.

El Cabildo era designado oficialmente “Cabildo, Justicia y Regimiento”. Cabildo significa “cabeza” porque así lo era de las ciudades. Por otro lado se hablaba de los 50 brazos del cabildo para señalar la multiplicidad de funciones que tenía. No sólo se encargaba de la sanidad, servicios públicos y el ornato de la ciudad sino que también ejercía atribuciones vinculadas a la administración de justicia, a cargo de los alcaldes de primero y segundo voto, y también de regimiento, en cuanto regían, gobernaban, ordenando y disciplinando la vida comunitaria y ejercitando los poderes de “policía” para la convivencia pacífica. De ahí que funcionara la cárcel pública, anexa al Cabildo. Los cargos más importantes eran el de los alcaldes ordinarios que administraban justicia, los regidores que eran quienes gobernaban. Otros cargos eran los de síndico procurador de la ciudad, representante de ella ante el Cabildo, el alguacil mayor que era ejecutor de los mandamientos coercitivos que expedía el cuerpo y, a su vez, jefe de la cárcel, el alférez real, a cargo de la custodia y guarda del estandarte real, el fiel ejecutor, encargado de revisar las tiendas y hacer cumplir precios, y aranceles, el mayordomo o tesorero y el escribano, entre otros funcionarios más.

Si bien dentro del sistema de la monarquía imperante en España, la corona era la única fuente de poder, de modo que prácticamente todos los cargos coloniales eran de nombramiento real, el Cabildo constituyó en cierto modo una excepción. Fue, sin duda el prestigio de los arraigados “fueros comunales ibéricos” que obró a favor de una “semi autonomía” traducida en el derecho de los cabildos para nombrar a muchos de sus miembros, siendo por ello que durante largos perio-

(16) SAGÜES, Néstor Pedro, “Elementos de derecho constitucional”, T. 2, p. 248, 3ª ed. ampliada y actualizada, Ed. Astrea.

dos los cabildos del Nuevo mundo eligieron integrantes en votación anual y de allí la denominación que se daba a los cabildantes de "cadañeros" o "anales", para designar la periodicidad de su mandato (17).

Los fueros eran la expresión de la autonomía comunal, tanto en España como en América y se reconocían por leyes o cédulas.

Con relación al vocablo "fuero", Antonio Hernández, consultando el "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia" de Escriche, señala varios significados, entre los que cabe destacar el de "cartas expeditas por los reyes, o por los señores en virtud de privilegios dimanados de la soberanía, en que se contienen constituciones, ordenanzas y leyes civiles y criminales dirigidas a establecer con solidez los comunes de villas y ciudades, erigirlas en municipalidades, y asegurar en ellas un gobierno templado y justo, y acomodado a la constitución pública del reino y a las circunstancias de los pueblos. Véase Fuero municipal". Y más adelante en la misma obra se indica que "cerca de seis siglos mediaron desde la entrada de los moros en España hasta la formación del Fuero Real y de las Partidas: y en este largo periodo de tiempo, si bien dominaba siempre como ley general el fuero Juzgo, se vio nacer sucesivamente y acompañar a la reconquista, con especialidad desde principio del siglo XI, una inmensa multitud de privilegios, ordenanzas o códigos locales, conocidos con el nombre de fueros municipales, que iban ahogando, digámoslo así, a las leyes godas, que quebraban o impedían la unidad que debe haber en un Estado bien constituido, y que formaban otras tantas pequeñas repúblicas cuantos eran los pueblos a los cuales se concedían. No por eso puede decirse que los dictaba la imprevisión o el capricho; producíanlos más bien las necesidades de aquellos tiempos. Era preciso repoblar, cultivar y defender los distritos recién conquistados por los moros; y para ello no se encontró mejor medio que el de fomentar la concurrencia de vecinos otorgándoseles cartas-pueblas, en que se les distribuía el terreno, se fijaban sus obligaciones, se declaraban sus derechos y el modo de ejercerlos, se establecían leyes por las cuales hubieran de regirse, y se les concedían gracias y privilegios que no se gozasen en otros pueblos que ya no estaban expuestos a las incursiones del enemigo (18).

(17) BERNARD, Tomas, "Régimen Municipal Argentino", Ed. Depalma, 1976, p. 6.

(18) HERNÁNDEZ, Antonio, "Perspectiva histórica del Municipio Argentino" en la obra VANOSI, Jorge y otros, "El Municipio", ps. 48-50, Ediciones Ciudad Argentina, 1984.

Son precisamente los fueros que reciben los cabildos los que determinan que éstos sean verdaderos centros de poder de la vida política y social del país en la época de la colonia. Refuerza la condición de independencia de los cabildos el hecho que sus decisiones, no podían ser revocadas por la Corona (19) y que el Rey concedía a los Cabildos el Escudo de Armas, como lo hacía para las municipalidades de la metrópoli, significando el reconocimiento de personería jurídica (20).

De todos modos, los primeros cabildantes fueron designados por los Adelantados o Gobernadores por delegación real, haciéndose posteriormente las designaciones por los propios miembros del cuerpo. En la etapa de la dominación española sólo los peninsulares tenían acceso a los cargos municipales y recién después de las invasiones inglesas lo tuvieron los criollos.

Sin embargo una de las críticas que se hace a la institución de los cabildos en el periodo de la colonia es que los cargos concegiles también se vendieron en beneficio de la corona, pasando a constituirse en cargos vitalicios, razón por la cual se los denominaba "perpetuos o propietarios" (21). En cambio, quedó ajeno a esa práctica el cargo del Alcalde, debido a las funciones judiciales que tenía, respetándose la máxima clásica que dice "si el juez compra su cargo, es natural que después venda su justicia" (22). La venta de oficios determinó la decadencia de los cabildos, pero Buenos Aires consiguió superar ese problema cuando en 1708 el rey concedió al cabildo el privilegio de nombrar seis regidores, que si bien inicialmente lo fueron con título perpetuo, a partir de 1754 esos regidores pasaron a ser electivos y anuales (23).

(19) ALBERDI, Juan Bautista, señala en sus "Bases", Cap. XIX, p. 142, ob. cit., que por una ley de Juan I de Castilla, las decisiones de los Cabildos no podían ser revocadas por el rey.

(20) BERNARD, Tomas, p. 5, ob. cit.

(21) BERNARD, Tomas, p. 8, ob. cit.

(22) ZAVALIA, Clodomiro, "Tratado de Derecho Municipal", Ed. Kraft Ltda., Bs. As., 1941, p. 44.

(23) ZORRAQUIN BECU, Ricardo, "Historia del Derecho Argentino", T.1, primera edición, sexta reimpresión, Ed. Perrot, Bs. As., p. 156.

Las principales funciones de los Cabildos eran (24):

1. Funciones electorales referidas al nombramiento de alcaldes, regidores y otros funcionarios que el cabildo podía designar.

2. Registro de títulos en el que constaba el título de los funcionarios del gobierno, justicia y hacienda, los que debían prestar juramento y ofrecer fianzas, en garantía del buen desempeño. El cabildo controlaba la legalidad del nombramiento y daba su aprobación antes de que los funcionarios entraran en posesión del cargo.

3. Funciones de gobierno de la ciudad, mediante las cuales el cabildo ejercía la administración de la ciudad, encargándose de tomar medidas de carácter edilicio y sanitario, de abastecimiento y fijación de precios, salarios y aranceles. También se ocupaba de proteger a los pobres, organizar fiestas cívicas y religiosas, de la enseñanza primaria, de las cárceles, entre otras.

4. Funciones políticas ejercidas a través de los organismos consultivos que daban la opinión de la ciudad a otras autoridades acerca de los problemas de interés local. También el cabildo formulaba peticiones al monarca en representación del vecindario y el alcalde de primer voto asumía el mando político en caso de vacancia de los cargos de gobernador y su teniente.

5. Funciones financieras, que tenían por fin la administración de los bienes del cabildo y el cobro y empleo de las rentas llamadas propios y arbitrios. El cabildo solo podía recaudar impuestos y derechos establecidos con autorización superior, y no podía imponer gravámenes.

Estas funciones de los cabildos permitieron perfilar un tipo de municipio según el modelo hispánico que fue el que entendió Alberdi, que debían tener los municipios en el ámbito provincial nacional, con independencia en el manejo de asuntos propios, pero sin reconocer la facultad de imponer tributos (25).

Respecto de esta institución Alberdi señala que en la organización de la provincia, como en la organización general de la república, el

(24) ZORRAQIN BECU, Ricardo, ob. cit., p. 159.

(25) ALBERDI, Juan Bautista, cita anterior nota 11.

antiguo régimen español americano debe ser una de las fuentes del nuevo derecho público. En ella está la raíz principal de la organización democrática argentina. Antes de la proclamación de la república, la soberanía del pueblo existía en Sudamérica como hecho y como principio en el sistema municipal, que nos había dado España (26). El pueblo intervenía activamente en la administración pública, elegía jueces y funcionarios que tenían a su cargo la policía de seguridad, el orden público, la instrucción primaria, los establecimientos de beneficencia y de caridad, el fomento de la industria y el comercio. Además, como el pueblo tenía bienes y rentas propias para pagar a sus funcionarios, la política y la administración estaban separadas.

Los cabildos fueron, sin lugar a dudas, los primeros órganos de gobierno de las ciudades, cuyo modelo sirvió para diseñar posteriormente, en nuestro país, la organización institucional de las provincias (27).

Sin embargo, también fueron criticados y considerados innecesarios por quienes veían en los cabildos un obstáculo a las ideas de un gobierno unitario y centralista, lo cual motivó la ley de supresión de los cabildos del 24 de diciembre de 1821 sancionada por la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires (28). Este hecho, lejos de lograr el objetivo, creó un mito, al decir de Rosatti. En la Navidad de 1821 nació el mito del cabildo argentino. Rivadavia que quería abolirlo, le aseguró, sin quererlo, su perennidad (29).

E. Antecedentes previos a la constitución de 1853

La Institución Municipal aparece ya mencionada en algunos proyectos de constitución del año 1813. Así el "Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sud", que elaboró la Sociedad Patriótica literaria a quien el 3 de noviembre de 1812, el gobierno encargado de reunir a la

(26) ALBERDI, Juan Bautista, "Obras completas. Elementos de Derecho Público Provincial Argentino", Cap. VI, p. 45, Ed. La Tribuna Nacional, Bs. As., 1886.

(27) BIELSA, Rafael, *ob. cit.*, p. 61.

(28) Ver nota sobre ley del 24-12-1821, N° 38.

(29) ROSATTI, Horacio Daniel, "Tratado de Derecho Municipal", t. 1, p. 71, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, República Argentina.

Asamblea del Año XIII encomendó la preparación de un proyecto de Constitución, establecía en su capítulo XXIV "De la Municipalidad" (30), indicándose que habrá municipalidades en las ciudades y villas que tengan mas de 2.000 almas, como también quienes serían sus autoridades. En otro Proyecto de Constitución para las Provincias del Río de la Plata, formada por una Comisión Especial designada por el Segundo Triunvirato, para ser presentada en la Asamblea del Año XIII, que ésta, sin embargo, no entró a considerar, existía un capítulo dedicado a "Los Ayuntamientos" (31) destacándose el comentario del periódico "La Crónica Argentina" del 26 de octubre de 1816 que consideraba al presente proyecto inclinado a la forma federal de gobierno (32). Por el contrario, en el proyecto de Constitución Monárquica de Rivadavia y Belgrano de 1815 no aparece ninguna mención a alguna forma de descentralización ni régimen municipal (33). El 5 de mayo de 1815 la Junta de Observación, nuevamente en Buenos Aires, preparó el "Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado", estableciendo en el Capítulo IV "De la elección de los Cabildos Seculares" el modo de la elección de los empleos concejiles, los que se harían popularmente en las Ciudades y Villas donde se encon-

(30) SAMPAY, Arturo E., "Las Constituciones de la Argentina (1810/1972)", Ts. I y II, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1975, XI, Capítulo XXIV, p. 189: "208. En las ciudades y villas cuyo distrito pase de dos mil almas, habrá municipalidades. Estas se compondrán del Prefecto ó Subprefecto, del Irenarca, del defensor de pobres, del de menores y tres jueces de barrio en los pueblos subalternos y de cinco en las cabezas de provincia, los cuales deberán ser nombrados por un año por l Prefecto, según la lista de los que tenga cada población. 209. El cargo de la municipalidad, además de lo que ya le ha encargado la Constitución, será proponer a la policía los establecimientos útiles".

(31) Ob. cit., XII, Capítulo XXII, p. 205: "Art. 1. En todas las ciudades, villas y cabezas de partido que tengan trescientos vecinos, habrá ayuntamientos compuestos de alcaldes y rejidores nombrados por los pueblos anualmente. 2. Nadie podrá escusarse del cargo sin causa denominada por la lei. 3. La lei prescribirá la forma de la eleccion, el número de los individuos, las calidades que se requieran para ser elejidos, los motivos que lejitimen la escusa. 4. Los objetos, de su institución son: primero, velar sobre la sanidad, comodidas, abundancia, properidad y oranto los pueblos: segundo, sobre la educación pública: tercero, sobre los establecimientos de beneficencia: cuarto, sobre la conservación del orden público en el modo y forma y con la estension que prescribirá la lei".

(32) Ob. cit., XII, Capítulo IV "Del gobierno", p. 191.

(33) Ob. cit., XIII, "Proyecto de constitución monárquica de Rivadavia y Belgrano - 1815", ps. 207/210.

traren establecidos Cabildos (34). Posteriormente, el “Estatuto Provisional” dado por la Junta de Observación, aprobado con modificaciones por el Congreso de Tucumán en 1816, si bien rechazado por el Director Supremo (35), en la Sección 5º, Capítulo 21 dedica varios artículos a la forma de elección de los empleos concejiles, entre los que se mencionan también los Alcaldes, el Asesor Letrado de la Corporación y de los Juzgados de los Alcaldes, el Mayordomo de propios, el Portero. Por último, también se dispone que los Gobernadores, Intendentes, Tenientes Gobernantes y Cabildos ya establecidos informarán al Congreso de los Pueblos “donde por su vecindario y competentes proporciones convenga establecer nuevos Ayuntamientos con el título de ciudades o villas para su condecoración, aumento y felicidad” (36). Sin duda este proyecto, fue uno de los que más importancia y relieve dio a la formación de municipios en aquella época. En cambio, la “Constitución de las Provincias Unidas en Sud América” del 22 de abril de 1819 si bien no establece la organización municipal, reconoce la existencia de las Municipalidades al reglar la forma de elección de los Senadores de Provincias indicando que “Cada Municipalidad nombrará un capitular y un propietario, que tenga un fondo de diez mil pesos al menos, para electores” (37). En el año 1821 y bajo el

(34) Ob. cit., XIV, Sección V, Capítulo IV, “De las elecciones de los Cabildos Seculares”, p. 221: *“Artículo 1º. Las elecciones de los empleos concejiles solo se harán popularmente en las Ciudades y Villas donde se hallen establecidos Cabildos. II. La Ciudad, o villa se dividirán en cuatro Secciones, y en cada una de ellas votarán todos los ciudadanos allí comprendidos por uno ó más Electores, según corresponda al número de habitantes en dicha Sección. III. Este acto será presidido por un Capitular asociado a dos alcaldes de barrio y un Escribano, si lo hubiese, o en su defecto dos vecinos en calidad de testigos y se practicará el 15 de Noviembre. IV. Concluida la votación en las Secciones, se reunirán todos los votos de ellas en la Sala Capitular, y hecho allí por los mismos Regidores que la han presidido, y el Alcalde de 1º Voto públicamente el escrutinio general, serán Electores los que resulten con mayor número de sufragios. V. Estos se juntarán en la misma Sala Capitular a hacer la elección para el año entrante el día 15 de diciembre, y concluida se notificará á los Electos, á fin de que estén expeditos para su recepcion el día 1º de Enero, en que serán posesionados por el Cabildo saliente”.*

(35) Ob cit., XV, p. 223.

(36) Ob cit., XV, p. 245.

(37) Ob cit., XVII, Sección II, Capítulo II. Senado: *“XIV. Los Senadores por las Provincias se elegirán en la forma siguiente. Cada Municipalidad nombrará un capitular y un propietario, que tenga un fondo de diez mil pesos al menos, para electores. Reunidos éstos en un punto en el centro de la Provincia, que designará el Poder Ejecutivo, elegirán*

gobierno de Martín Rodríguez, su ministro Bernardino Rivadavia promueve el proyecto de ley de supresión de los cabildos que la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires sanciona como ley el 24 de Diciembre de 1821.

Cabe destacar aquí su artículo primero, que estableció “Quedan suprimidos los cabildos hasta que la representación crea oportuno establecer la Ley General de las Municipalidades” (38). Con esta ley se da por concluido el período de municipios creados a semejanza de los municipios de España que trasladaron sus características a los cabildos en América. Estos se constituían en forma popular e independiente del poder central a diferencia de los municipios del sistema francés que dependían de su ley de creación, siendo propios de gobiernos centralizados.

Este es precisamente el cambio que se promueve en la ley de 1821 al dejarse prevista la oportuna sanción de la ley general de Municipalidades. Ello coincide también con la política unitaria de Rivadavia quién veía en los cabildos un factor de debilitamiento de poder. Sin perjuicio de ello existía también en la época un descrédito de las funciones del Cabildo y la idea de reemplazar sus funciones, como lo indica el mensaje del gobierno de Martín Rodríguez a la Junta de Representantes con el que eleva la minuta del decreto de supresión de los Cabildos del 23 de noviembre de 1821 (39), donde se menciona también el pedido de los vecinos para suprimir el cabildo de Luján.

tres sujetos de la clase civil, de los que uno al menos fuera de la Provincia. Este tema se pasará al Senado (la primera vez al Congreso) con testimonio íntegro del acta de elección. El Senado, recibidas todas las ternas y publicadas por la prensa, hará el escrutinio; y los que tuvieren el mayor número de sufragios, computados por Provincias, serán Senadores. Si no resultase pluralidad, la primera vez el Congreso, y en lo sucesivo el Senado hará la elección de entre los propuestos.

(38) MOUCHET, Carlos “Evolución Institucional del Municipio de la Ciudad de Buenos Aires”, Ediciones del H. Concejo Deliberante, Buenos Aires, 1995, 2ª edición, p. 38. “Buenos Aires, Diciembre 24 de 1821. La Honorable Junta de Representantes de la Provincia, usando de la soberanía ordinaria y extraordinaria que reviste, ha acordado y decreta con todo el valor y fuera de ley lo siguiente: Artículo 1. Quedan suprimidos los cabildos hasta que la representación crea oportuno establecer la Ley General de las Municipalidades. Art. 2. ...Cúmplase, transcribáse a los cabildos en los términos acordados e insértese en el R.O. Fdo. Rodríguez-B. Rivadavia”.

(39) Ob. cit., “Evolución Institucional del Municipio de la Ciudad de Buenos Aires”, p. 35.

Con posterioridad a la ley del 24 de diciembre de 1821, no se vuelve a plantear el tema municipal hasta la sanción de la Constitución Nacional de 1853 en el referido artículo 5 que introduce para las Provincias la obligación de asegurar el "Régimen Municipal".

El Municipio de carta y por delegación: autonomía y autarquía

El debate sobre la condición de los municipios parte de la diferencia entre la organización de aquellos municipios, que se denominan de carta o de convención, de aquellos otros, denominados municipios por delegación. Los primeros se caracterizan porque determinan sus fines y su gobierno en un estatuto o carta orgánica que es dada por los representantes de la comunidad local. En cambio, cuando la organización del municipio depende de lo sancionado en una ley por una autoridad superior se dice que el municipio es por delegación. A su vez, estos conceptos se relacionan con las nociones de autonomía y autarquía que son formas de descentralización, ya sea política o administrativa.

Existe centralización política cuando toda la autoridad y gobierno están concentrados o acumulados en un solo núcleo de poder; por lo que se trata de un concepto equivalente al de unitarismo, en oposición al de federalismo que es sinónimo con el de descentralización política, que existe cuando la autoridad y gobierno del Estado se hallan distribuidos o repartidos en dos órdenes gubernativos diferentes: el gobierno federal y los gobiernos locales (40).

La centralización administrativa se caracteriza por la existencia de un órgano central que unifica la administración del Estado con personal subordinado jerárquicamente. En cambio en la descentralización administrativa las competencias para cumplir los cometidos estatales se adjudican a otras entidades estatales con personalidad jurídica (41).

La autonomía constituye una forma superior de descentralización política en cuanto traduce el reconocimiento a la entidad autónoma

(40) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Teoría y Práctica del Estado Federal", p. 11, Buenos Aires, 1943.

(41) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", T. 1, p. 249, Abeledo Perrot, 6ª ed. actualizada.

de la facultad de darse sus propias normas fundamentales e implica una potestad normativa originaria. En cambio la autarquía consiste en la atribución que tienen las personas públicas estatales de administrarse por sí mismas de acuerdo a normas dictadas por otra entidad (42), siendo una forma de la descentralización administrativa. Mientras "soberanía" y "autonomía" implican conceptos políticos, la "autarquía" traduce un concepto administrativo. La autonomía denota siempre un poder de legislación que ha de ejercitarse dentro de lo permitido por el ente soberano. Autonomía es un concepto "político" porque político es el poder de propia legislación (43).

El poder legislativo de las entidades autónomas debe desenvolverse en los límites que el soberano ha fijado a la autonomía y en consecuencia la entidad autónoma no puede establecer leyes o normas en oposición con las establecidas por el ente soberano. A este respecto, sostiene Bielsa, "da lo mismo que la delegación sea del gobierno central en las provincias como de éstas en aquel, pues en este caso existe una autolimitación. Es cabalmente, en nuestro sistema, la situación de las provincias respecto de la Nación. Las provincias pueden dictarse sus constituciones (art. 105, C.N.), pero éstas no deben estar en oposición con la constitución y leyes de la Nación dictadas en su consecuencia (art. 31, C.N.) (44).

En realidad, dentro del diseño constitucional de una nación federal, la organización del Estado se adecua y responde en primer lugar a los fines de la Nación, de modo que aún dentro del concepto más amplio de descentralización ningún fin o competencia provincial o municipal podrá colisionar con las facultades de la Nación, que le fueron delegadas por las propias provincias. Así la autonomía es una atribución reconocida a las provincias argentinas que se organizaron por sí y se constituyeron con anterioridad a la Nación. La autonomía de las provincias, sin embargo, y según lo ha establecido el art. 5° de la Constitución de la Confederación, no implica una independencia total, ya

(42) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", T. I, ps. 251 y 372, Abeledo Perrot, 6ª ed. actualizada.

(43) MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, p. 387, Ed. Abeledo Perrot, 1990.

(44) BIELSA, Rafael, "La noción de autarquía y el régimen municipal", JA febrero 1940, 69-17.

que las constituciones provinciales deben respetar y compatibilizar sus lineamientos con los principios, derechos y garantías de la Constitución Nacional. Más aún, en esta norma, según la Constitución de 1853, se determinó también que las constituciones provinciales debían ser aprobadas por el Congreso Nacional, condición que fue eliminada en la constitución del año 1860.

Para Rosatti la autonomía de un ente debe reunir las siguientes condiciones: a) autonormatividad constituyente: significa la capacidad para darse, otorgarse la propia norma fundamental, que define los objetivos y determina la estructura basal, en el marco del derecho no originario; b) autocefalía: importa la capacidad de elegir las propias autoridades, encargadas de la conducción de los asuntos locales; c) autarcía o autarquía: implica la autosatisfacción económica y financiera, derivada de recursos propios, con posibilidad de disponer de ellos; d) materia propia: consiste en la posesión de una materia con contenido específico, con facultades de legislación, ejecución y jurisdicción, aunque no necesariamente con total exclusividad; e) autodeterminación política: equivale a no recibir presiones o controles políticos desde el exterior, que le impidan cumplir en la práctica con las facultades antedichas o las tornen ilusorias (45).

En cambio, la palabra "autarquía" significa etimológicamente "gobierno propio" comprendiendo sólo el autogobierno, pero sin las facultades de darse "las normas propias de gobierno", ya que en ello consiste, precisamente, la "autonomía". Por ello, en tanto el término autarquía indica una capacidad propia de administración y de organización, según una norma o ley orgánica dada por otra autoridad, tal condición fue atribuida inicialmente a los municipios argentinos ya que sus organizaciones dependieron de las leyes orgánicas municipales que fueron dadas por los congresos provinciales o en el caso de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por el Congreso Nacional hasta la reforma constitucional de 1994.

Según enseña Bielsa, el concepto de autarquía se expresa más que por una definición, por sus elementos constitutivos, que son: 1) personalidad jurídica (de derecho público interno); fin público y funciones públicas, y elemento patrimonial y financiero; 2) por ser (el ente

(45) ROSATTI, Horacio Daniel, "Tratado de Derecho Municipal", T. 1, ps. 98 a 106, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe.

autárquico) de creación legal directa del Estado y por la sujeción a un contralor del poder central; ese contralor es: a) administrativo; b) jurisdiccional, entendiendo estos conceptos no como opuestos, pues el administrativo puede a la vez ser de sustancia jurisdiccional sino por su objeto, que es doble: de conveniencia y de legitimidad (46). Para el mismo autor, las comunas argentinas, que no son autónomas según el régimen imperante bajo el diseño de la constitución de 1853, ni siquiera están sometidas a ese contralor, a pesar de que él lo propicia como conveniente (47). Para sustentar su opinión, Bielsa cita las ideas de Sarmiento quien tampoco reconocía la autonomía municipal y explicaba que "la municipalidad en los estados federales para coexistir con la legislatura de provincia, el poder judicial independiente y el poder ejecutivo debe, pues, basarse en otros principios que los cabildos coloniales que obran en esfera distinta. Resucitar la legislación municipal española es establecer el caos, y el conflicto de todos los nuevos poderes, creados y deslindados posteriormente. Ni la palabra cabildo ha de nombrarse, si se quiere evitar la confusión y el desorden. En cuantos escritos hemos visto sobre este punto, las ideas emitidas se resienten de las nociones tradicionales o de falta de atención a la situación nueva" (48).

Teniendo en cuenta que definir la condición de los municipios podía acentuar las discusiones sobre el mayor o menor grado de descentralización política del país, cuestión largamente debatida para poder llegar a sancionar la constitución de la confederación, se comprende la solución que dieron los constituyentes de 1853, ya que en ninguna disposición de la constitución de aquel año se indicó si los municipios eran autárquicos o autónomos o debían serlo, sólo se impuso a las provincias el "régimen" municipal. Resulta, por lo tanto, que no existía ningún impedimento constitucional para que las constituciones provinciales otorgaran a los municipios las atribuciones para darse su propia norma fundamental, reconociéndoles cierto grado de autonomía. Sin embargo, inicialmente los municipios fueron autárquicos precisamente porque sus competencias fueron delegadas por leyes dadas por las provincias, y por ello se denominaron

(46) BIELSA, Rafael, "La noción de autarquía y el régimen municipal", p. 18, JA febrero 1940, 69-17.

(47) BIELSA, Rafael, ob. cit., p. 20.

(48) BIELSA, Rafael, ob. cit., p. 20.

municipios por delegación, a diferencia de los nuevos municipios, que posteriormente se consideraron autónomos y se denominaron municipios de carta o de convención en los casos en que las constituciones provinciales les reconocieron tal carácter (49).

Recuerda Marienhoff (50) que los legisladores provinciales tienen amplia libertad para pensar y resolver como les plazca, siendo las municipalidades “autárquicas” y no autónomas ya que solo pueden estatuir de acuerdo a lo autorizado o dispuesto por la respectiva ley orgánica.

Una opinión diferente expone Bidart Campos al referirse al régimen municipal enunciado en la citada constitución, sosteniendo que la circunstancia de que ésta —la constitución de 1853— “imponga a las provincias la obligación de asegurar el régimen municipal, o sea, de que en cierta forma considere al municipio como una entidad de derecho público provincial, no quiere decir que sea una mera delegación del poder provincial. El sustrato municipal radica en la constitución federal, que hace de la comuna una sociedad política intermedia en la gradación jerárquica de poderes: municipio, provincia, estado federal. Esto significa que el primero entra a integrar el último a través de la segunda” (51).

La diferencia entre una y otra forma de organización parece sutil, si se piensa que cualquier competencia que tenga un municipio, ya sea dada por su propia carta orgánica o por una ley orgánica de la legislatura, ésta queda siempre limitada por la supremacía de las normas provinciales y nacionales; pero tal diferencia deviene importantísima si se tiene en cuenta quién determina dichas competencias. Cuando las facultades están delegadas por la ley orgánica provincial, los fines tenidos en cuenta por el órgano delegante pueden ser incompletos en relación a las necesidades de la comunidad, ya sea por desconocimiento de éstas, o por motivos de conveniencia política, y son en definitiva

(49) SAGÜES, Néstor Pedro, “Elementos de derecho constitucional”, T. 5, p. 250, 3ª ed. actualizada, Ed. Astrea.

(50) MARIENHOFF, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo” T. 1, p. 531, Ed. Abeledo Perrot, 1990.

(51) BIDART CAMPOS, Germán, ob. cit, p. 544.

competencias taxativas. En la ley orgánica de origen provincial no sólo existe mayor limitación en cuanto a la definición de los objetivos del municipio, sino que quienes legislan no son auténticos representantes de los destinatarios de la ley, ya que si bien la ley orgánica es sancionada por un órgano legislativo provincial, que también representa a la comunidad municipal, los problemas de ésta se encuentran siempre en un orden de prioridades más bajo que aquellos problemas de la provincia que son propios de los legisladores provinciales. Por el contrario, cuando son los constituyentes, elegidos por los ciudadanos del municipio, quienes debaten los problemas locales, ellos saben bien cuáles son sus intereses, y cómo lograr sus fines, que sólo tienen límite en la propia constitución.

Ocurre que el poder municipal no es ni el poder de la provincia, ni el poder del estado federal; es el poder político de una entidad pública distinta de ambos; por eso, en su ámbito propio puede investir potestad legisferante sin invadir áreas ajenas, de la misma manera como la inviste la provincia dentro de la federación. El argumento de que sólo legisla el congreso o las legislaturas rige para la órbita del gobierno federal o del gobierno provincial; fuera de ellas, de ninguna manera, lo que quiere decir que extraprovincialmente los municipios pueden asumir sus tres "poderes" sin violentar el esquema separativo de la constitución (52).

La principal razón para que el régimen municipal de la Constitución fuera entendido como autárquico y no autónomo fue la misma ley de supresión de los Cabildos del 24 de Diciembre de 1821. Allí se sepultó el cabildo, y el concepto de municipio de carta, disponiendo que se suprimían los cabildos hasta que fuera oportuno sancionar una "ley general de las municipalidades" (53). Sin embargo, en el ánimo de los constituyentes la idea no estaba tan clara ya que no establecieron la obligación de las provincias de dictar "la ley general de municipalidades", lo cual habría definido sin alternativas el régimen municipal; al no precisar cuál era el régimen municipal que debía establecerse, dejaron librada la cuestión a la decisión de cada provincia.

¿Y cuál fue el criterio que siguieron las provincias?

(52) BIDART CAMPOS, Germán, ob. cit., p. 545.

(53) Ver nota cita N° 38.

El Congreso General Constituyente de 1853, después de sancionar la Constitución de la Confederación Argentina, sancionó dos leyes importantes más, entre otras (54).

Una fue la ley especial que establece los términos en los que la Ciudad de Buenos Aires se constituye en Capital Federal de la Confederación, de conformidad con lo establecido en el art. 3 de la Constitución, y la otra, la ley que crea una municipalidad para la Ciudad de Buenos Aires. Al respecto vale la pena transcribir lo manifestado por la Comisión de negocios constitucionales del Congreso General Constituyente, al elevar a su examen el proyecto de la Constitución para la Confederación Argentina: "...El sistema municipal, palanca del progreso material y de la buena policía, de las ciudades, es de esperar que se extienda a toda la República, y que sea consignado en las Cartas provinciales. Por esta razón recomienda la comisión a V. H. una atención especial a la ley referida, acompañada en proyecto para que alcance la perfección posible, puesto que probablemente servirá de modelo para establecer municipalidades en toda la confederación. Se permitirá observar la comisión que en la ley proyectada, se ha cuidado de no dar a la municipalidad injerencia alguna en el gobierno político, para que esta institución permanezca siempre dentro de la órbita policial en la cual ha de prestar servicios incalculables e indispensables, hoy que tan abandonadas se hallan las ciudades argentinas, reclamando urgentemente el bienestar, el ornato, la salubridad, que tanto halagan a los hombres en los tiempos actuales..." (55).

Resulta de lo expresado que el régimen municipal que se delineó para instaurar en la Nación que se estaba formando fue el de crear municipios "por delegación" según el proyecto de ley presentado para la Municipalidad de Buenos Aires, que como la propia comisión sostuvo "probablemente servirá como modelo para establecer municipi-

(54) El número de sesiones que celebró el congreso desde el 15 de noviembre de 1852 hasta el 7 de marzo de 1854 fue de 108 y durante ese periodo parlamentario se sancionaron, además de la Constitución, 11 leyes entre las cuales, la del 4 de mayo de 1853: federalizando la ciudad de Buenos Aires y declarándola capital de la República; y la del 6 de mayo de 1853: organizando la Municipalidad de la Capital, según lo mencionado en p. 57 y nota 2 al pie de la Obra "La cuestión Capital de la República", t. II, de Arturo B. Carranza, Ed. Buenos Aires, 1927.

(55) SAMPAY, Arturo E., "Recopilación, notas y estudio preliminar", "Las Constituciones de la Argentina", Ts. I y II, p. 357, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1975.

palidades en toda la confederación". Se explica este criterio contrario a la autonomía de los municipios si se piensa la preocupación de los constituyentes en afirmar el poder de la Nación que recién se constituía.

Si bien el deseo de crear a los municipios como organismos de gobierno local, respondía a la necesidad de completar el régimen político de la nación y de las provincias con un adecuado funcionamiento de instituciones que permitieran establecer el "gobierno de lo propio", en el conflicto entre la autonomía del municipio y las tendencias centralizadores y absorbentes de los poderes políticos (nacionales y provinciales), prevalecieron estas últimas (56). En vez de un poder municipal, se creó un régimen de descentralización administrativa, generando la "autarquía territorial", concepto que responde a la definición que la Corte Suprema ha dado, al decir que las municipalidades no son más que delegaciones de los poderes provinciales, circunscriptas a fines y límites administrativos que la Constitución ha previsto como entidades del régimen provincial. (Fallos, 114:282) (57).

Desde sus comienzos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las municipalidades son dependencias del gobierno provincial, designándolas en algún caso, "autoridad subalterna provincial" al plantearse si éstas habían excedido o no las atribuciones administrativas que las leyes locales les habían acordado (58). También ha reiterado el precedente del año 1911, recordando que las municipalidades no son más que delegaciones de los poderes provinciales, circunscriptas a fines y límites administrativos, que la constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación (constitución nacional, art. 5), para lo cual ejercen también facultades impositivas y coextensivas en la parte de poder que para este objeto le acuerdan las constituciones y leyes provinciales en uso de un derecho primordial de autonomía (t. 94, p. 421, considerandos 4 y 5; t. 114, p. 282) (59). En el mismo sentido, la Corte, en

(56) ZORRAQUIN BECU, Ricardo, t. 2, p. 190.

(57) BIELSA, Rafael, "Principios del régimen municipal", p. 52, Buenos Aires, 1930.

(58) C.S.J.N., Fallos 9:225.

(59) C.S.J.N., Fallos 123:313.

otra ocasión, expresó que las municipalidades obran por delegación de los poderes provinciales y constituyen organismos de gobierno que la constitución ha tenido en cuenta como entidades esenciales para el régimen constitucional establecido en la república (art. 5) (60). Este criterio se mantuvo hasta el año 1989 en el que la Corte revisó su doctrina y expresó que aún cuando no se reconozca que la autonomía de los municipios cuenta con base constitucional, tampoco puede prescindirse de que la necesaria existencia de un régimen municipal im- puesta por el art. 5 de la Constitución determina que las leyes provin- ciales no sólo no puedan legítimamente omitir establecerlos sino que tampoco puedan privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido (61).

Así puede sostenerse que tanto la autarquía como la autonomía del municipio son formas del "régimen municipal". No son vocablos an- tagónicos sino complementarios, ya que no se concibe la autonomía sin autarquía. El régimen municipal ha ido evolucionando según los momentos históricos y las conveniencias sociales y políticas que han indicado una u otra forma. Lo cierto es que para el reconocimiento de la autonomía de los municipios en algunas constituciones provin- ciales a partir de 1957 (62), como para la interpretación de la Corte Su- prema, no fue impedimento lo establecido en el art. 5 de la Constitu- ción Nacional, ni resultó imprescindible la reforma constitucional de 1994. El análisis de esta evolución comienza con la ley del 6 de mayo de 1853.

II. La organización de la Ciudad de Buenos Aires, en la ley del 6 de mayo de 1853

El 6 de mayo de 1853, el Congreso General Constituyente, a pocos días de la sanción de la Constitución de la Confederación, también

(60) C.S.J.N., Fallos 154:25.

(61) C.S.J.N. marzo 21-989 "Rivademar Angela D. B. Martínez Galván de c. Municipa- lidad de Rosario", con comentario del Dr. Alberto BIANCHI en *La Ley*, 1989-C.

(62) Ver estudio en el dictamen de la Procurador Fiscal, Dra. María G. Reiriz en fallo "Rivademar" de C.S.J.N., citado en nota anterior.

sancionó la ley orgánica municipal para la Ciudad de Buenos Aires (63) que fue declarada Capital de la Confederación, en la misma Constitución (64), y pese al conflicto con la Provincia de Buenos Aires. Si bien esta ley orgánica municipal no llegó a aplicarse, precisamente, por el rechazo de la Constitución por la Provincia de Buenos Aires, tuvo enorme importancia porque cumplió su finalidad de servir de modelo para las provincias. En efecto, el 11 de octubre del año siguiente, las Cámaras de Representantes y de Senadores de la propia Provincia de Buenos Aires sancionaron la ley de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y de las Municipalidades para la campaña que siguió similares lineamientos que la del Congreso General Constituyente (65).

Cabe recordar que para la redacción de la ley del 6 de mayo de 1853, el Congreso General Constituyente utilizó el Decreto del 2 de septiembre de 1852 del General Urquiza quien, luego de la batalla de Caseros y como Presidente Provisional de la Confederación, demostró su preocupación e interés para crear la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (66).

En los considerandos del citado Decreto se expresan las ideas de Urquiza sobre el régimen municipal para la Ciudad de Buenos Aires que se transcriben por el claro concepto sobre el origen natural y necesario del municipio, heredero del Cabildo. Allí se dijo: "Hay pocos objetos tan dignos de interés en la apreciación de la política seria, como el poder antiguo de la municipalidad. En todas partes se le ha hallado establecido, naciendo por sí mismo, de las costumbres, de los hábitos y de las necesidades de toda reunión considerable de hombres de un lugar determinado. Cuando se encontraron muchos pueblos organizados fue posible al legislador o al guerrero imponerles el gobierno

(63) Ley del Congreso Constituyente del 6 de mayo de 1853 en "Evolución institucional del Municipio de la Ciudad de Buenos Aires", ps. 44 a 47, Ediciones del H. Concejo Deliberante, Buenos Aires, 1995.

(64) SAMPAY, Arturo E., ob. cit., p. 358 "Constitución de la Confederación Argentina: ... art. 3: Las autoridades que ejercen el gobierno federal residen en la Ciudad de Buenos Ayres, que se declara capital de la Confederación, por una ley especial".

(65) Ley de la Provincia de Buenos Aires del 11 de Octubre de 1854 en "Evolución Institucional del Municipio", ps. 48 a 52, citado en nota 63.

(66) Decreto del Director Provisorio de la Confederación Argentina del 2 de septiembre de 1852, en "Evolución Institucional del Municipio", ps. 40 a 43, citado en nota 63.

político y constituir de ellos una Nación. En la historia del género humano se encuentran vestigios de los grandes beneficios adquiridos bajo la influencia del poder primitivo de la municipalidad; y aún cuando en ellas se señalan también sus aberraciones y desvíos, hoy todas las naciones que se han armonizado con la civilización y el progreso, han colocado las ciudades, los intereses locales limitados a circunscripciones convenientes, bajo de la sombra apacible del árbol antiguo, cuyas raíces, la experiencia ha demostrado, se alimentan muy especialmente en aquellos en que la libertad los fomenta y abandona. En la composición de un Estado entra el poder municipal, y la ciudad bajo de las mismas relaciones que para la organización del municipio y la familia. Esta cadena continua, tiempo ha que entre nosotros se había roto desgraciadamente; pero la misma ley que extinguió el ilustre Cabildo y ayuntamiento de la primera ciudad de Buenos Aires, reconoció y reservó para tiempo oportuno la reconstrucción de la Municipalidad, bajo bases más análogas al sistema político representativo en que debíamos vivir..." (67).

Este pensamiento de Urquiza, si bien estuvo más cercano a la noción de municipio autónomo, el que hubiera requerido una organización "de carta propia o de convención", no era compatible con la fragilidad de la unión nacional en ese momento histórico. Como consecuencia de ello se reconoció la necesidad y existencia de la Municipalidad pero organizada según la ley del Congreso General Constituyente, que siguió, sin embargo, las disposiciones del Decreto de Urquiza, casi textualmente.

Entrando en el contenido de la ley del 6 de mayo de 1853, entre sus principales normas se señalan su artículo 1º que establece una Municipalidad en la ciudad de Buenos Aires en los límites de sus once parroquias, integrándose por 21 municipales y un Presidente. Se indica también que serán establecidas por el Congreso las Municipalidades subalternas de que deben ser dotados los demás pueblos comprendidos en el territorio de la Capital. Esta referencia a las municipalidades subalternas es una de las pocas modificaciones de la ley con relación al Decreto de Urquiza, que no establecía nada al respecto. El artículo 2º es muy importante al señalar que "La Municipalidad, considerada como una asociación de familias unidas por intereses, bienes y derechos comunes a todos sus miembros, entra en la clase de persona ci-

(67) BERNARD, Tomas, "Régimen Municipal Argentino", p. 21, Ed. Depalma, 1976.

vil; es capaz de contratar, de adquirir, de poseer, de obrar en juicio como los particulares". En esta norma se resalta el concepto de municipalidad como asociación de familias unidas, destacándose como el núcleo básico de la organización del Estado; además se considera a la municipalidad un sujeto de derecho, como persona civil, al igual que los particulares, reconocimiento que Velez plasmará más tarde en el Código Civil. También se menciona en el artículo 3° que los miembros de la Municipalidad serán vecinos afincados, padres de familia, de probidad notoria, respetabilidad y práctica en los negocios, siendo estas condiciones elocuentes por si solas. El artículo 4° se refiere a la forma de elección de los miembros de la Municipalidad, distinguiéndose el modo para la primera vez, en la que serán nombrados con arreglo a la ley de elecciones para Diputados al Congreso, y la forma en que se hará en lo sucesivo, que será por la elección que haga cada parroquia de dos miembros, conforme a la ley que se dicte para arreglar las elecciones de los Municipales. Se determina así el origen electoral de los miembros de las municipalidades. El artículo 5° prevé la renovación de los municipales por mitades cada año, siendo que el presidente y la otra mitad cesaran en las funciones a los dos años. En el artículo 6° se establece que el Presidente y dos suplentes serán nombrados por el Presidente de la Confederación Argentina, eligiéndose el Presidente de una terna que proponga la Municipalidad entre sus miembros, de modo que, designado el Presidente los dos restantes son los suplentes. En estos primeros artículos se establecen las características de la designación de los órganos de gobierno de la Municipalidad. Se trata de 21 municipales que a partir de la segunda elección son elegidos por los vecinos de cada parroquia y de un Presidente que es elegido por el Presidente de la Confederación, a propuesta de una terna de los propios municipales. Si bien se respeta el origen electoral de sus autoridades, el Presidente de la Confederación elige finalmente a su preferido, lo cual permite un mejor entendimiento, teniendo en cuenta que deben compartir el mismo ámbito territorial, ya que para la Ciudad de Buenos Aires se había dictado la ley de capitalización (68).

Los artículos siguientes hasta el artículo 27 se refieren al nombramiento de dos secretarios, dos contadores, un tesorero, un ingeniero y los empleados que sean necesarios para la percepción, contabilidad y guarda de los fondos municipales. También a la creación de dos Es-

(68) Ver nota 52.

cribanías “que se darán a concurso y con fianza” para que lleven los registros de las actas de estado civil, nacimientos, óbitos, matrimonios, legitimaciones, adopciones, habilitaciones de edad, tutela, cartas de naturalizaciones y ciudadanía, clasificación de ciudadanos hábiles para votar, hipotecas, todo conforme a las disposiciones que reglen esas materias.

Se determina que en el término de un año, después de su instalación, la municipalidad esta obligada a presentar a la aprobación del Congreso, el reglamento que hubiese adoptado para la contabilidad y garantía de sus fondos. Igualmente, el reglamento “interior de orden, distribución del trabajo, etc.”, a que deben ajustarse en lo sucesivo. Otras obligaciones son: publicar anualmente el presupuesto de gastos y entradas, un balance del movimiento de fondos y el estado de los trabajos públicos que hubiese en ejercicio.

Se crea un Consejo de Administración, Gobierno y Orden de la Municipalidad compuesto por el Presidente, los dos suplentes, tres miembros de la Municipalidad designados, visitadores fiscales y uno de los secretarios por turno. El presidente preside el Consejo y la Municipalidad, firma las órdenes y disposiciones que son refrendadas por el secretario de servicio. Tiene la obligación de informar anualmente a la Municipalidad un estado general de la situación de la ciudad, respecto a su gobierno y finanzas. Debe recomendar a la Municipalidad la adopción de las medidas relativas a la policía, seguridad, salud, limpieza, ornato de la ciudad y a la mejora del gobierno y finanzas. Ejerce el control sobre la conducta de las oficinas subordinadas de la Municipalidad y hace observar y ejecutar las leyes y reglamentos teniendo a sus ordenes a los visitadores fiscales.

El trabajo de la Municipalidad se reparte en cinco Comisiones que se componen de tres individuos cada una. Así la Comisión de seguridad que tiene entre otras, las funciones de organización y arreglo del cuerpo de Serenos y Vigilantes para hacer observar el buen orden. También a esta Comisión corresponde la recaudación de las contribuciones municipales y de las demás que se encarguen por la Legislatura Nacional.

La Comisión de Higiene tiene a su cargo todos los asuntos concernientes a la limpieza de las calles, alumbrado público, desinfección del aire y de las aguas, propagación de vacuna, régimen y conserva-

ción de los hospitales, aseo de los mataderos, la buena calidad de comestibles y medicamentos, la conservación de cementerios y la precaución para evitar pestes, incendios e inundaciones. A la Comisión de Educación corresponde lo referido a la ilustración y moral de las personas de ambos sexos, al cuidado de las escuelas de artes y oficios y agricultura, a las casas de juego, de expósitos y damas de beneficencia, a la inspección de huérfanos, aprendices y niños abandonados, a la vigilancia de los criados domésticos, a impedir aquello que ofenda la honestidad pública.

Entre las atribuciones de la Comisión de Educación se agregó en la ley, no estando ello previsto en el Decreto de Urquiza, lo relativo al buen orden de los espectáculos públicos y examen de las piezas teatrales. La Comisión de Obras Públicas se encargaba de las calles, calzadas, caminos, carreteras, puentes, canales, baños y teatros. También a la reparación de edificios y monumentos públicos y a la conservación de los paseos, mercados, surtidores de agua, fuentes, a todo lo relativo al ornato y limpieza de la ciudad. Por último a la Comisión de Hacienda correspondía especialmente todos los asuntos referidos a la fiel percepción de las rentas y su aumento, al crédito de la Municipalidad y a la más útil aplicación de los fondos. Se dispone que la Municipalidad tiene la obligación de emplear su autoridad, vigilancia y celo así como la aplicación de sus fondos, con la más absoluta independencia, en todos y sobre todos los objetos que abraza el detalle de sus atribuciones; también se indica que los individuos de la Municipalidad serán responsables con su persona y bienes ante el gobierno y el país si intentasen salir de la órbita de sus atribuciones, marcadas por esta ley. Estas responsabilidades se extienden por la infracción de los reglamentos. Por último se establece que la Municipalidad es responsable por los hechos definidos por las leyes como crímenes o delitos, correspondiendo la acción al fiscal público, o a cualquier individuo de la Municipalidad o ciudadano. Se determina sobre las rentas y propiedades de la Municipalidad, indicando que “pertenecen a la Municipalidad de Buenos Aires las casas de temporalidades y los demás bienes del extinguido Cabildo; la casa de la Cuna, Huérfanos y todas las que estén alquiladas a nombre del Estado, y no sean o estén apropiadas a su servicio” (69); “Pertenecen a la misma corporación todos los terrenos públicos que se hallen comprendidos en el distrito

(69) Art. 68 ley del 6 de mayo de 1853.

municipal, ya sea que estén baldíos, alquilados o en enfiteusis” (70). Estas normas así transcriptas son de fundamental valor al investigar el origen de los bienes de la Municipalidad de Buenos Aires y su distinción de los bienes que pasan a ser de la Nación con motivo de la capitalización definitiva (71).

Otro artículo importante es el que permite a la Municipalidad establecer impuestos directos, multas, peajes y pontazgos para la creación y preservación de los establecimientos necesarios, útiles y cómodos de que debe dotar a la ciudad, “haciéndolo con la aprobación de la Legislatura Nacional” (72). De ello se deduce que la ley no otorgaba a la Municipalidad aquella independencia económica que podía caracterizar su autonomía, ya que era necesaria la aprobación de la Legislatura Nacional para disponer en materia tributaria.

En cambio varias normas referidas a “Fondos reembolsables de la Municipalidad” (73) permitían a la Municipalidad recibir depósitos de sumas de dinero que devengarían un interés anual del 6%, quedando garantizados los certificados de depósitos por las rentas y propiedades de la Municipalidad. Especialmente se dispone que las rentas y fondos de depósitos que administre la Municipalidad, son inviolables aún en el caso de guerra, ninguna autoridad puede disponer de ellas; y se prohíbe por diez años que pueda realizar transacción de interés con el nombre de empréstito o cualquier otro, con el gobierno, evitando así que pueda desviarse del objeto de sus atenciones y de su giro. Es de destacar esta norma que centra el problema en la confianza que debía generar la Municipalidad para captar depósitos y la necesidad de garantizar los fondos que los depositantes entregaban.

Finalmente entre las últimas disposiciones generales (74) resulta interesante la que menciona los actos de corrupción. Se determina

(70) Art. 69 ley del 6 de mayo de 1853.

(71) Ley 1029, art. 2, 20/9/1880, p. 76, “Evolución Institucional del Municipio”, cit. nota 63.

(72) Art. 72 de la ley del 6 de mayo de 1853.

(73) Arts. 73 a 86 de la ley del 6 de mayo de 1853.

(74) Arts. 87 a 92 ley del 6 de mayo de 1853.

que “ningún miembro de la Municipalidad, oficial o subordinado, puede estar particularmente interesado, directa o indirectamente, en ningún contrato, obra o negocio o venta de artículos, cuyo precio, gasto o premio sea pagado por el Tesoro de la Municipalidad, o en algún arrendamiento que sea hecho por ella, ni en la compra de ninguna de sus propiedades inmuebles, en fin, en ningún negocio sórdido o ilícito hecho con los intereses municipales, su consideración o influencia, bajo la pena de expulsión impuesta por la Municipalidad” (75).

Del estudio de esta ley, pueden señalarse las siguientes características del “régimen municipal”:

1) La Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires se constituye como “municipio por delegación” dentro de una descentralización territorial administrativa.

2) La Municipalidad es considerada como una asociación de familias y se le asigna personería jurídica.

3) Se reconoce la elección de su miembros, si bien el Presidente de la Municipalidad es elegido por el Presidente de la Confederación según la propuesta en terna que haga la Municipalidad.

4) La Municipalidad organiza por sí su funcionamiento, estableciéndose su competencia en las siguientes materias: seguridad, higiene, educación, obras públicas, hacienda.

5) Tiene la más absoluta independencia en la aplicación de sus fondos, con facultades de propia administración.

6) Posee los bienes del extinguido Cabildo y los terrenos públicos comprendidos en el distrito municipal.

7) La Municipalidad sólo puede imponer tributos con aprobación de la Legislatura Nacional, pero puede tomar dinero en préstamo, quedando el pago del capital e intereses de los certificados de depósito garantizados por las rentas y propiedades de la Municipalidad.

8) Se establece la responsabilidad personal de los funcionarios públicos y la expulsión por actos de corrupción.

(75) Art. 91 ley del 6 de mayo de 1853.

Se han mencionados y comentado aquellas cuestiones de la ley que estuvieron en la visión de los constituyentes en 1853 y que han resultado trascendentes porque han servido de modelo para todas las leyes orgánicas posteriores de la Municipalidad de Buenos Aires.

El debate sobre el régimen municipal comenzó hace 150 años. Las semillas dieron sus frutos. Hoy la Ciudad de Buenos Aires tiene finalmente su autonomía (76).◆

(76) Art. 129 de la Constitución Nacional reformada en el año 1994 y Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada el 1º de octubre de 1996.

EL CARISMA DE UNA CONSTITUCION PERDURABLE

POR JORGE REINALDO VANOSI

Primera Parte

I. Es evidente que el mundo en que vivimos presenta una diversidad, o una variedad, de regímenes y de sistemas provenientes de diversas inspiraciones, que pueden aparecer como algo complejo al observador; y, más que esa complejidad, lo que puede preocupar es, muchas veces, cuál es la vía o cuál es la manera más eficaz para poder determinar dónde están los caminos correctos, cuáles son las verdaderas intenciones de esos diversos regímenes y, sobre todo, a qué apuntan, en definitiva, según los resultados que ofrecen y las finalidades que persiguen.

Es decir, que no todo es igual, no todo es bueno y no depende ello, muchas veces, de etiquetas, de denominaciones, e incluso de caracterizaciones que por muy clásicas, pueden resultar hoy en día obsoletas o superadas desde el punto de vista de lo que realmente interesa, que son los contenidos y las realidades.

Las clasificaciones —tal como señala Carrió— no son ni verdaderas ni falsas; son instrumentos metodológicos que se utilizan para poder llegar con más claridad al objeto que se pretende estudiar, de modo que las denominaciones convencionales con que se manejan muchas clasificaciones pueden, a veces, confundirlos. Son, como alguien ha dicho: ruidos. Lo que interesa es ver, en definitiva, qué es lo que hay detrás de esos ruidos, o sea, cuál es la verdadera sustancia de los sistemas políticos.

En el mundo actual, donde todos los sistemas se dicen representativos, donde es impensable la posibilidad de un sistema que no gire en

torno a la idea de la representación política, hay que ver qué se entiende por esa representación. Y, en lo que fue el siglo XIX, tres grandes concepciones han competido en torno a la idea de la representación para hacer funcionar un sistema político. Esas tres ideas, con variantes y matices, pero que en definitiva son tres, han sido: la idea liberal, la idea corporativista y la idea marxista-leninista.

De acuerdo a la idea liberal, hay una neta demarcación entre la sociedad y el Estado. El Estado es un epifenómeno, un reflejo de la sociedad para servir a esa sociedad y, por lo tanto, está en función de la sociedad. El Estado es un Estado limitado, podrán discutirse la extensión y hasta ciertas funciones del Estado; pero lo importante es el dato de la limitación del poder, para lo cual diversos mecanismos tratan de asegurarlo. En esa concepción liberal van unidos principios como el de legalidad y separación de poderes, y está siempre presente el concepto de la libertad como un dato *a priori*. Por lo tanto, la instrumentación técnica parte de la base de que el hombre es libre y que lo que es excepcional, es la restricción a esa libertad innata del hombre. Por ello, en materia política, los mecanismos representativos están fundados en la idea de la legitimidad, en la idea del consenso, en la idea de la verificación periódica de ese consenso a través de diversas estructuras de intermediación.

La concepción corporativista rechaza liminarmente la idea de que el hombre valga por lo que es, y la reemplaza por la idea de que el hombre únicamente vale por lo que hace. Esa concepción tuvo en algún momento manifestaciones muy poderosas de expresión y no ha sido del todo abandonada, porque incluso en muchos regímenes totalitarios, aunque no se la proclame abiertamente, sí está implícitamente (como en Yugoslavia, por ejemplo, en la época de Tito). Esa concepción, en definitiva, lleva desde luego al rechazo de todo lo que en la concepción liberal es necesario para sostener la filosofía que acabamos de señalar. La concepción corporativista es enemiga de los partidos políticos, enemiga del sufragio universal, enemiga de los parlamentos, enemiga de la limitación del poder y ha terminado en todas partes en que tuvo vigencia, simplemente, como la fachada o la cobertura filosófico-política de un régimen de poder personal. Es decir, de un régimen basado en un jefe, en un Duce, en un Führer, o en cualquier otra figura carismática —o no tan carismática—, que haya absorbido la totalidad del poder.

La concepción leninista está claramente expuesta por Lenin en ese opúsculo que redactara meses antes de llegar al poder, titulado "El Estado y la revolución", donde anticipara lo que luego de la revolución de 1917 pasaría a ser la edificación del Estado comunista. Es interesante ver algunas cosas que dice allí y que simplemente voy a subrayar por lo que nos interesa a los efectos de esta introducción.

Por lo pronto, el rechazo de la democracia y la proclamación de la dictadura denominada "dictadura del proletariado", que reemplaza a lo que él considera las otras dictaduras pre-existentes, a las que califica de dictaduras burguesas.

La concepción leninista, en el fondo, es también una concepción corporativista, pero de tipo clasista. Lo que ocurre es (y esto, desde luego, no lo dice Lenin) que el reemplazo de una dictadura por otra, no es la instauración de la dictadura del proletariado, sino de la dictadura de los burócratas que ejercen la titularidad del partido único, el que se pretende representante de la totalidad de ese proletariado. De modo que, en definitiva, es una dictadura, porque propiamente lo confiesa, porque niega la libertad política, porque niega los derechos civiles, y porque desde el punto de vista de la representación, en la base para la sustentación del Estado, instaura el sistema del partido único, que es precisamente un partido de "bolilla negra", es decir, un partido que es muy limitado en el acceso, muy burocrático en la conducción, y que está al servicio —como todos lo sabemos— de esa concepción. Y no obstante las apariencias de cambio y las versiones que en ciertas partes del mundo se han presentado, como en el supuesto llamado "neo comunismo" —que ha sustituido la expresión "dictadura del proletariado"— todo lo demás (que es lo que interesa resaltar) sigue fiel al pensamiento inicial de Lenin en ese opúsculo de 1917. Tales son los casos de Corea del Norte, Cuba, Sudán, Libia y algunos otros Estados afro-asiáticos, como así también en la ideología de partidos comunistas residuales y recalcitrantes.

II. Ahora bien, dando un paso más hacia los datos de la realidad: ¿qué es lo que vemos? Vemos que hay en el mundo dos maneras de entender y de comprender a la sociedad representada, porque si lo que nos interesa es defender a la sociedad, y si partimos de la base de que lo importante es la sociedad y el hombre libre que en ella se desenvuelve, hay que ver cómo se entiende a esa sociedad. Y las dos maneras de entenderla en el mundo actual son: por un lado, están los

que creen que la sociedad es un todo homogéneo, uniforme; y así, algunos creen eso porque parten de una concepción que era buena originalmente, pero muy superada con el paso del tiempo: es la idea de la mera igualdad formal, que se limita a contemplar el problema de la igualdad ante la ley. Y otros, los totalitarios, que estiman que todo debe ser igualdad, todo debe ser uniforme y debe por la fuerza eliminarse cualquier tipo de distinción, ya sea de clase o de cualquier otra índole distintiva.

La otra manera de entender a la sociedad es tomándola como es: variada, plural, diversa, compuesta por una multiplicidad de sectores; sectores que además representan intereses diferentes, distintos, a veces contrapuestos; pero que en definitiva hay que armonizar en aras de un interés general. Esta concepción plural, desde luego, puede estar limitada al dato de que es plural la sociedad; pero hace falta para que realmente tenga consecuencias políticas, que esté concientizada. Es menester que la propia sociedad tenga conciencia, que reflexivamente se percate de esa pluralidad y actúe en consonancia respetándola y encausándola dentro de los límites debidos.

Esto, por lo pronto, falla en muchas partes y pienso que en este país falta desde hace mucho tiempo. Del hecho de que la Argentina sea un país plural, no se puede sacar fácilmente la conclusión de que realmente sea una sociedad pluralista y de que realmente se tenga conciencia respecto de esa pluralidad (Floria); como también creo que, del hecho de que en determinadas sociedades existan algunos o muchos buenos demócratas no puede concluirse que toda la sociedad sea democrática (Vanossi).

La experiencia histórica, especialmente la de este siglo, en muchas partes del mundo y empezando por Europa misma, nos indica que son dos cosas totalmente distintas. Pero si hay pluralidad y hay conciencia pluralista, es evidente que eso significa un reconocimiento en dos terrenos: en el terreno de las ideas, por supuesto; pero también en el terreno de los intereses. Por un lado, en el terreno donde se expresan diversos partidos políticos y, por otro lado, en el terreno donde se expresan esas numerosas y variadas organizaciones o cuerpos intermedios (como se los suele denominar) que existen entre el individuo y el Estado, y que obedecen a un espíritu societario que nace de la sociedad y que el Estado no puede imponer, como tampoco puede, en definitiva, eliminar.

La conclusión para esta postura, es decir, la del reconocimiento de la sociedad tal como realmente es, significa que al hombre hay que considerarlo por lo que es y por lo hace; o sea, ni únicamente como un sujeto igual a otro sujeto, ni única o exclusivamente como un elemento a ser tenido en cuenta sólo por su inserción en el aparato productivo, como pretenden las concepciones corporativistas.

El individuo debe ser considerado en ambos aspectos y en ambas dimensiones. Y esto ¿cómo se canaliza desde el punto de vista político?: se canaliza a través de una serie de instituciones e instrumentos que estén al servicio de esa doble faceta del individuo. Desde el momento en que el hombre vale por lo que es, allí juega la representación política, ahí juega la cosmovisión de ideas con que el hombre se ubica en este mundo, ahí aparece el terreno de los partidos políticos, ahí se manifiesta una expresión integral que trata de hacerla expresiva, volitivamente, cuando vota. En definitiva, allí es el terreno propio, repito, del sufragio. Es la dimensión política del hombre.

El otro aspecto, la dimensión de que el hombre vale por lo que hace, supone las diversas formas de participación que el Estado contemporáneo no puede ignorar y no puede soslayar. Es la dimensión social del hombre, que se traduce en infinidad de formas societarias.

La participación, desde luego, se da en un marco parcial, porque nadie puede participar en todos los terrenos al mismo tiempo. Yo puedo participar en uno o varios aspectos de la vida, pero no puedo participar en todos, porque el hombre no tiene una capacidad tan vasta y la complejidad de la vida contemporánea también lo impide. Pero participa, a través de esos cuerpos intermedios, sectorialmente, y eso debe ser encauzado y en alguna medida debe ser institucionalizado; a efectos: primero, de que tenga un peso específico, es decir, que no sea una participación sin consecuencias; y, en segundo lugar, a fin de que la participación sea orgánica, es decir, que no se esterilice, que no se disperse o no se frustre por la falta del hallazgo efectivo de canales adecuados.

Por lo tanto, para el Estado democrático y constitucional, es importante que partidos políticos y cuerpos intermedios (es decir, los diversos grupos) tengan bien perfilados y bien diferenciados sus fines y medios. Y la confusión de esto puede llevar (como ha llevado en algunas partes) a consecuencias muy dramáticas. ¿Por qué? Porque el fin

de los partidos políticos es, en última instancia ocupar el poder, llegar al poder por los cauces constitucionales. El fin de los cuerpos intermedios es orientar, gravitar, influir, expresar una serie de intereses; pero no la ocupación permanente o total del poder.

Una de las razones del descalabro institucional vivido en la Argentina, estuvo precisamente fincada en la confusión de medios y fines, en una especie de inversión de títulos que vino a provocar un aquelarre. En el período que se inicia en 1943 fue evidente, en gran parte por la filiación originariamente corporativizante del grupo que ejercía el poder, que se les daban a los sectores intermedios —especialmente al sindical— todos los medios conducentes para ocupar el poder tratando de desacreditar el sistema de partidos; y se les negaban muchas veces a los partidos políticos más representativos, lo que les corresponde naturalmente para cumplir su finalidad, es decir, para cumplir su rol.

En síntesis, las democracias requieren la representación política: es insustituible para una concepción democrática. Como muy bien advierte uno de los grandes juristas franceses contemporáneos, George Vedel: “Una democracia, a la larga, no puede subsistir sin partidos políticos”, pero agrega, “puede perecer a causa del mal en los partidos políticos”; de modo que el saneamiento del sistema de partidos políticos es, desde luego, un dato inexcusable para el buen funcionamiento de un sistema democrático.

La participación en la cual ponemos tanto el acento es, entiéndase bien, complementaria de la partidocracia y no sustitutiva de la democracia. Si fuera sustitutivo incurriríamos al poco tiempo en el corporativismo. La sustitución siempre ha conducido a la instauración de un régimen personal; en cambio, la complementación es la herramienta que las democracias occidentales —donde el régimen funciona saludablemente—, tienen al alcance de la mano para poder enriquecer al sistema democrático.

Las formas de participación, claro está, son muy variadas y de desenvolvimiento dinámico. No puede pretenderse cristalizar la idea de la participación en fórmulas válidas, de hoy en adelante y para siempre, o igualmente arquitecturadas para aquí y para allá y para otras partes del mundo: así, desde el ángulo político en que la participación se puede expresar a través de muchas instituciones de consulta y

de decisión de la ciudadanía en forma directa, hasta el horizonte funcional en que muchos países europeos han constitucionalizado los Consejos Económicos y Sociales con la finalidad de dar mayor organicidad y alcanzar, en definitiva, una especie de cúspide o de punto de mayor jerarquía en todas esas formas de participación que comienzan desde los niveles más bajos. ¿Con qué finalidad?: con la finalidad de dar una expresión orgánica y permanente de todos los intereses más directamente conducentes a la formación de la riqueza nacional, física y cultural.

Los intereses quedan así vinculados y quedan así articulados, no como en los sistemas totalitarios, en los que esto se hace desde el Estado, sino de abajo hacia arriba, es decir, desde la sociedad hacia el Estado. Nacen en la sociedad y, se imbrican en el vértice, que es el Estado.

Esta idea, evidentemente democrática, se ha aplicado en países de insospechada tradición democrática y, curiosamente, es rechazada por los sistemas totalitarios o por aquellos sistemas donde la concentración personal del poder lleva, a no querer contar con organismos o cuerpos que, aunque no tengan poder decisorio, puedan disputar, aunque sea, la imagen de esa omnipotencia o de esa idea mesiánica del poder.

III. Ahora bien, todas estas formas de participación: ¿en qué etapa del proceso político juegan y en qué etapa del proceso político tienen realmente importancia? Hoy en día el proceso político de los Estados Occidentales no puede ser visto con la óptica tradicional de creer que todo se agota en la vieja división de Montesquieu de los poderes que viene del siglo XVIII: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; e incluso ya no se da el proceso del poder en ese orden lógico, por cuanto no es en ninguna parte del mundo el Poder Legislativo, el poder de mayor peso político.

De modo que hay que prescindir, a los efectos de buscar la realidad, de las denominaciones, e ir un poco a las etapas del proceso de gobierno tal como son; y esas etapas son por lo menos cinco: la etapa consultiva, la etapa decisoria, la etapa ejecutoria, la etapa del control y la etapa de las responsabilidades.

La etapa consultiva, que es lógica y cronológicamente la primera, es una etapa de asesoramiento. Antes de decidir, hay que saber las

alternativas; antes de tomar un camino, hay que conocer cuáles son los caminos posibles. Esto incluye la previsión.

Esa es, desde luego, una de las etapas fundamentales para el juego adecuado de la participación, es decir, la etapa en que Poder Político antes de decidir debe conocer no sólo todos los caminos factibles, sino que debe saber —en la medida de lo humanamente posible— las consecuencias y los resultados que traerá la elección de cualquiera de esos caminos, en lo político, en lo económico, en lo social, en lo cultural, etc.

La decisión es eminentemente política, eso no puede discutirse; pero la ejecución de las decisiones, imbricando también allí las formas de participación, puede dar la posibilidad auspiciosa de enriquecer al sistema. Es evidente que a través de la elaboración de normas reglamentarias y a través de la formación de órganos de aplicación se puede, ciertamente, dar cabida a muchos cuerpos intermedios y a muchos cuerpos representativos de la sociedad en la etapa de la ejecución del Poder Político. Y diríamos también, que para la saludable viabilidad del control, está demostrado que la existencia de organizaciones fuertes en una sociedad pluralista es importante, porque serán ellas mismas las interesadas en que el control sea efectivo y no un eufemismo. Así se puede en definitiva determinar si las decisiones han sido ejecutadas como tales o no, porque de allí surgirá, no el control como un acto abstracto, sino la última etapa, la de la **responsabilidad**, para que ningún gobernante esté ajeno a la rendición de cuentas respecto de la gestión que ha realizado.

Todo esto (es decir, una adecuada imbricación de las formas participativas, en las etapas de **consulta** y en las etapas de **ejecución** y de **control** en menor medida) tiene la ventaja de ofrecer dos cosas: una mayor funcionalidad de los poderes del Estado y una mayor eficacia desde el punto de vista del desempeño. Y esta palabra eficacia, quiero, pues, subrayarla.

El dato de la eficacia fue, durante mucho tiempo, soslayado en las concepciones teóricas, en los manuales de Derecho Político, en las obras constitucionales, etc. Y hoy en día ya no es así. Ahora, como bien señalan muchos autores reconocidos, ningún régimen político, de cualquier signo, puede prescindir del dato de la eficacia: ni las democracias, ni las autocracias. Y para las democracias o para los regímenes que tratan de serlo, el desafío es muy grande, porque lo que las

democracias no consiguen asegurar mediante la eficacia, lo harán las autocracias; y en muchas partes del mundo hemos visto cómo la seducción de los totalitarios hacia la inocencia de los destinatarios del poder, ha estado fundada precisamente en la oferta de mayor eficacia, oferta que es aparente muchas veces, pero oferta que ha servido para engañar (porque el pueblo, finalmente, quiere libertad con eficacia).

El error de los partidos democráticos en muchas partes del mundo y el error de las corrientes de opinión que en occidente juegan competitivamente es, a veces, subestimar el dato de la eficacia y no darse cuenta de que en las sociedades industriales masivas (en las sociedades del mundo en que nosotros vivimos), el pueblo cada vez da mayor valor al dato de la eficacia y en muchas opciones colectivas o en muchos momentos decisivos (salvo que haya un gran ofuscamiento irracional, pero eliminando esas circunstancias extremas) el pueblo ya toma más en cuenta los datos de la eficacia que los datos puramente teóricos de ideología que, en ocasiones, por falta de información o por falta de formación, no puede captar realmente en matices y en detalles. Parafraseando a Burdeau, diríamos que este es un problema al cual hay que darle saludable respuesta a la brevedad, pues si no el descreimiento en la democracia va a llevar fácilmente a un vaciamiento de las instituciones democráticas por defraudación de las expectativas. ¡Y hete aquí uno de los grandes desafíos de nuestro tiempo!

IV. Por último, hay que remarcar que la participación, y todas sus formas de instrumentaria, es consustancial al pluralismo, es decir, a una aceptación consciente de ese dato contemporáneo. Es evidente que el pluralismo sanamente practicado ha pasado a ser una circunstancia arcóntica, es decir, un dato realmente relevante para determinar la naturaleza real de los regímenes. Yo diría que el pluralismo, junto con el tema del garantismo (de la protección real de los derechos de las personas), junto con el tema del control (del control efectivo, en el cual se pueda creer) y el tema del consenso (de la expresión genuina y no manipulada o distorsionada del consenso) son los tres o cuatro datos fundamentales, con prescindencia de denominaciones, títulos y ruidos: son los datos reales para poder determinar cómo son los regímenes políticos en el mundo actual, si son realmente monocráticos o son estructuras abiertas y democráticas.

Ya no interesan las calificaciones del poder formal, como hace mucho tiempo que no tiene sentido hablar de monarquías constitucio-

nales, porque hay monarquías constitucionales donde la vigencia democrática es mayor que en muchas republiquetas en las que no hay tal, y viceversa. Es evidente que no interesan esos rótulos, sino que hay que ir a los datos del contenido.

Y, avanzando un poco más en el objeto, vemos en esos datos de contenido dentro de lo que entendemos genéricamente como democracias, cuáles son las reglas de oro que permiten su funcionamiento y su éxito; determinando de qué depende el éxito, no accidental y momentáneo, sino duradero de los regímenes que aspiran a ser democráticos.

En las democracias contemporáneas hay una regla de oro no escrita, pero presupuesta, en virtud de la cual el más amplio espectro social tiene que partir de la suposición de que ni los triunfos ni las derrotas son definitivas. Que el que gana hoy puede perder mañana, que el que pierde hoy tiene la posibilidad de ganar mañana. Que no hay un título de adquisición definitiva del poder y que el juego seguirá siendo competitivo: lucha concurrencial entre quienes, aceptando las reglas del juego, se comportan y cumplen sus roles y funciones a través de los partidos políticos, que son las estructuras de intermediación que en el mundo occidental posibilitan el juego de las democracias pluralistas.

Cuando importantes sectores de la sociedad (y por importantes no me refiero sólo al aspecto cuantitativo sino que puede ser prioritariamente cualitativo), sectores de mucha gravitación, perciben que esa regla de oro no se da, que esa regla de oro se está violando porque el que está en el ejercicio del poder, al que ha llegado por la aplicación de las reglas del juego, lo hace con el propósito de así eternizarse; entonces se empieza a descreer de las reglas señaladas y comienza, desde luego, a practicarse una actitud, que en el mejor de los casos será conspirativa y obstruccionista, y que en el peor de los casos será lisa y llanamente de abandono del juego, para actuar por otras vías (la violencia).

Esto hace a la salud del sistema, porque éste requiere que el más vasto espectro de sectores sociales esté comprometido con las reglas del juego, para que los extremos que no aceptan las reglas sean lo menos numerosos posible, lo menos gravitantes posible; y que estén muy aislados en la sociedad, desacreditados y, por lo tanto, controla-

dos por la sociedad en la medida que esos sectores existan o tengan posibilidades de subsistir.

V. Los modelos que ofrece el mundo contemporáneo son muy variados. Dependen de muchos factores, pero fundamentalmente creo que hay tres elementos que sirven para poder detectar la filiación genuina de los distintos casos de aplicación práctica de los modelos.

En primer lugar, uno de los elementos es la determinación de los roles del Estado. Esto es fundamental porque en las concepciones democráticas, la línea demarcatoria que el liberalismo exigió entre la Sociedad y el Estado, aún se mantiene. Incluso, en las llamadas democracias sociales (como en los estados nórdicos en Europa), la línea demarcatoria existe: se ha corrido, no es la misma que antes, puede incluso a veces, en algunos momentos, aparecer confusa, pero debe existir.

La concepción democrática en todas sus variantes, individualistas o sociales, tiene, sin embargo, el común denominador de aceptar que el Estado debe estar sujeto a limitaciones y que una demarcación debe existir. ¿Por qué?: porque el propio desarrollo, el propio crecimiento de las sociedades industriales occidentales, necesita de la precisión a efectos de poner saber qué es lo lícito y lo ilícito, qué es lo que está fomentado y lo que está reprimido, qué es lo que está permitido y qué es lo que está prohibido.

Max Weber, uno de los padres de la sociología contemporánea, señalaba que entre los elementos fundamentales que habían favorecido el crecimiento del capitalismo y habían llevado al resultado de las sociedades industriales, estaba la predictibilidad; el poder saber anticipadamente y con alguna precisión, qué es lo que se puede hacer y lo que no se puede hacer, dónde termina el poder y dónde empieza la esfera de la libertad. Sabemos, desgraciadamente, que hay muchos países del mundo donde no existe tal línea demarcatoria porque ha sido borrada por el capricho de los gobernantes o porque directamente el Estado ha pasado a ocupar la totalidad de dicho terreno.

El segundo dato es el de la **estructura representativa**, al cual me referiré al comienzo y que vengo ahora a conectar con este tema de los modelos. La estructura representativa nos va a indicar realmente cómo es el poder, quién ejerce el poder y cómo se transmite el poder (sobre todo, la estructura representativa dinámicamente considerada).

Cuando se habla tanto de la legitimidad de los sistemas o del respeto a los principios de legitimidad en los regímenes políticos, existe la tendencia a mirar la legitimidad estáticamente, en el momento en que se instaura un régimen político, en el momento en que comienza a funcionar; y eso es de un valor importante; pero relativo, porque la prueba de fuego de la legitimidad de los sistemas políticos no está allí sino que está más adelante, cuando llega el momento de la transferencia del poder. Recién se corroborará en la instancia en que se produzca la transferencia del poder, de acuerdo a las reglas del juego.

En nuestro país muchas veces ha sobrado imaginación y ha faltado decisión: por eso la historia se repite con tanta frecuencia en la Argentina. Pero no basta tampoco con eso; hace falta además, que junto con la imaginación y la decisión, vaya todo acompañado de un gran esclarecimiento, para lograr una gran compañía de respeto y (en definitiva) de acatamiento comunitario a esas reglas del juego, para que la legitimidad pueda superar la prueba difícil o el examen riesgoso, que es la etapa de la transferencia del poder.

Y el tercer elemento es el de las garantías y del control. Para poder detectar realmente los sistemas políticos y poderlos ubicar, hay que conocer el sistema real, el régimen efectivo de garantías y de control: no lo que está en la letra, sino lo que realmente significa desde el punto de vista de la posibilidad jurisdiccional del ciudadano de defender sus derechos. Se requiere que el aparato esté munido de los instrumentos adecuados para que los derechos fundamentales del individuo, la vida, el honor, la propiedad, la seguridad, el bienestar; es decir, el concepto amplio de la libertad moderna, sea realmente defendible, sea recuperable incluso en el caso de que por arbitrariedad o por emergencias circunstanciales, tenga alguna dificultad o retaceos.

VI. En fin, si hubiera que combinar datos positivos de los regímenes existentes, diríamos que aparece como solución asequible, para el grado de desarrollo que los países del Cono Sur tienen, la posibilidad de orquestar todo esto con la habilidad suficiente como para tomar lo mejor de aquellos sistemas ya probados y experimentados.

Y así como a mediados del siglo XIX los constituyentes de 1853 y 1860, reconocieron con toda humildad que no venían a inventar nada, sino a adoptar algo ya conocido y experimentado, tratándolo de adaptar (pero que realmente no pretendían la originalidad); hoy en día se

debería partir de la misma premisa de humildad o de modestia, sobre todo teniendo en cuenta que es muy difícil la originalidad total; pero cuidando desde luego de no incurrir en el pecado de ingenuidad, de creer que los modelos políticos y constitucionales son fácilmente exportables. Aquí hay que tener en cuenta, que es tan disparatado querer adoptar y hacer triunfar porque sí los modelos de países que tienen un tremendo grado de desarrollo superior, como querer transplantar y aplicar modelos correspondientes a grados totalmente dispares de desarrollo y costumbres diferentes

En nuestro país fracasaron por igual los que creyeron que podrían transplantar Europa, de la noche a la mañana, en el desierto; o los que creyeron que podían hacernos seguir el camino de Libia o de cualquiera de los países del llamado Tercer Mundo. Yo pienso que hay que tomar en cuenta lo transplantable y tomar en cuenta además, qué es lo mejor de cada cosa.

Políticamente, creo que el modelo de la Constitución francesa de 1958, con algunos ingredientes del régimen alemán, ofrece la ventaja de un adecuado juego de poderes y contrapoderes; la existencia de un Poder Ejecutivo fuerte, pero no absoluto; fuerte, pero no ilimitado; y por "fuerte" entiendo que sea de tal gravitación que no puedan los contrapoderes más que los poderes. La existencia de un Poder Ejecutivo es, desde ese punto de vista y con esas características, absolutamente necesario para impulsar el desarrollo y evitar las situaciones de anarquía o de "statu quo". El pretender aplicar en nuestros países modelos de tipo puramente parlamentario como en algunos países de Europa —y el pretender aplicar instituciones que por tan complicadas producen, en definitiva, un enervamiento del poder decisorio y un anulamiento de ese poder—, puede conducir a dos cosas: o a la inoperancia desde el punto de vista de la eficacia, o incluso a una situación de peligrosidad, desde el punto de vista de la seguridad, cuando el poder no puede finalmente proceder como debe hacerlo en los momentos de emergencia.

Porque las constituciones y los modelos políticos, deben ser pensados no sólo para los momentos de bonanza, sino fundamentalmente, para las emergencias: si todo anduviera bien, si todo fuera un bálsamo, o un río sin encrespamiento ni olas, ni dificultades, incluso no harían falta las constituciones, ni harían falta una cantidad de dispositivos normativos e institucionales.

Es precisamente la necesidad de prever la anormalidad, de regular la emergencia, de poder tener los instrumentos adecuados para la crisis, sin que eso signifique la suma del Poder Público, lo que lleva a que el mérito de las formulaciones institucionales esté en poder dar la respuesta adecuada a eso. Todo lo demás es devaneo teórico, es lujo que se pueden dar, en algunos países, los que hablan (diríamos) de la teoría por la teoría misma; pero es un pecado grave prescindir de los datos acuciantes de la realidad y de lo que deben ser respuestas concretas, cuando estamos viviendo en un mundo altamente volcánico, como es el mundo contemporáneo.

En lo económico, creo que el buen ejemplo debe venir de aquellos modelos que permiten asegurar la creatividad y la productividad, ya que no hay que matar a la "gallina de los huevos de oro". El sistema político debe pensar en que no hay ninguna posibilidad de repartir torta, si no hay un crecimiento simultáneo de la torta. Ninguna ideología contemporánea sería sostiene tamaña posibilidad; pero creo que es un invento criollo el de creer que se puede repartir al infinito una torta, sin ir creando y acrecentando esa torta que se va a repartir. En definitiva, llega un momento en que si no hay creación, si no hay producción, lo que se reparte es la miseria o el déficit. De modo que ningún sistema político serio puede prescindir de esto, y los modelos realmente conscientes de este problema han puesto en el aparato normativo los recaudos necesarios para impedir que pueda ser trabada esa órbita de la creación y de la producción; que no es un campo desprendido, que no es un terreno desconectado de lo político, sino que está estrechamente vinculada con el proceso y con las instituciones políticas. No puede haber instituciones políticas desconectadas de lo que económicamente debe haber, ni viceversa.

Y tercero, socialmente, creo que también hay que tener en cuenta las demandas de este milenio: también el sistema político debe tomar en cuenta y no puede desentenderse de las demandas que la sociedad aplica hacia el Estado. No estamos en el siglo XIX, no estamos en la época donde no existían los derechos sociales y se reconocían solamente los derechos individuales. Estamos en una época en que al individuo se lo considera no sólo por lo que es, sino también por lo que hace; debe asegurarse un mínimo de seguridad social, un mínimo de justicia distributiva, que está en la justificación política contemporánea.

Arnold Toynbee, poco antes de fallecer, señalaba que cuando se hiciera el balance del siglo XX, ese siglo sería recordado no tanto (o no

sólo) por los grandes alardes de la técnica, por la llegada del hombre a la luna, por las guerras mundiales, por los grandes inventos y adelantos, si no que sería fundamentalmente recordado como el siglo en que la preocupación social ha sido mayor por tratar de llegar a una cierta igualdad de oportunidades.

Este tema de la igualdad de oportunidades es un desafío evidentemente muy grande en nuestros países, en todo el mundo en que vivimos; porque por un lado están los totalitarios que quieren con su modelo la igualación, y por otro lado están los que, evocando románticamente siglos pasados, dicen que es suficiente el "statu quo" y que basta con defender una simple igualdad formal.

Sabemos que la igualdad absoluta y de hecho, es imposible y que es contra natura; pero sabemos también que es necesario asegurar una cierta igualdad de oportunidades, no paternalistamente, no privilegiadamente para incurrir así en nuevas desigualdades; si no para tratar de que en esa sociedad variada y plural —que no es homogénea y no es uniforme— los sectores que están más sumergidos y que están más alejados de la posibilidad concreta y material de gozar de los derechos formales, tengan alguna posibilidad de acceder a la cultura, de acceder a la salud, de acceder a la vivienda, que son elementos fundamentales para que el hombre tenga realmente un desarrollo adecuado. Es el derecho al acceso y a la movilidad social.

Paulo VI señalaba —en su famosa encíclica— que debemos procurar no sólo el desarrollo de **todos** los hombres, sino también el desarrollo de **todo** el Hombre. Es decir, de todos los aspectos del individuo: y a veces el individuo no puede desarrollar ciertos aspectos de su personalidad si no tiene la oportunidad mínima necesaria, el umbral al cual hay que acceder para gozar de todo eso.

VII. En definitiva, desde este punto de vista, son tres las respuestas que en este siglo se han presentado: la respuesta de un "statu quo", de países que por mantenerse a veces, en ese estado fijo han favorecido la irrupción, luego violenta, de sistemas totalitarios. Es la respuesta de países que han pensado únicamente en los esquemas de la democracia política, sólo en el respeto puramente formal de una constitución, es decir, que se han negado a acceder a ciertos cambios. Son lo que Burdeau llama las "democracias gobernadas", donde la sociedad es entendida como un ente puramente abstracto.

Frente a eso han irrumpido, por actos de violencia, los estados totalitarios, colectivistas, instaurando sistemas en que el Estado es todo y la Sociedad es nada; por una dictadura de grupo o de clase y una concepción totalmente absolutista, que la han justificado sobre la base de la promesa de una igualdad total; pero igualdad opresiva. Allí, en última instancia, el Estado es todo.

Y el otro camino, el tercero, es el camino del solidarismo; el camino de las democracias evolutivas que piensan en la transformación y no en la revolución, pero que tampoco están en el "statu quo"; que son progresistas en el buen sentido de la palabra, que aspiran a una "democracia gobernante" y a un cambio con cauce; a un cambio dentro de las reglas del juego, con igualdad de oportunidades; y que parten de entender a la sociedad como es: no como un ente abstracto ni como un todo uniforme. Sino, en definitiva, como una realidad plural, variada, en la cual el Estado debe reflejar esa composición compleja y multiforme. Es el progreso social.

VIII. Ahora bien, ¿qué se ve en el mundo contemporáneo? Se publicó recientemente una estadística de una entidad que tomaba como datos tan sólo algunos aspectos de la libertad, y que llegaba a la conclusión de que en el mundo actual subsisten regímenes totalitarios, aunque la mayoría podrían ser considerados democráticos; en el sentido con que utilizamos la palabra en esta parte del mundo. ¿Cómo lo vemos desde el punto de vista de la distribución geográfica del poder? No es fácil hacer una clasificación, pero sí intentarlo para que tomemos simplemente nota, de cómo estamos rodeados y cómo estamos ubicados.

Por lo pronto, no podemos clasificar a todo el mundo con un solo parámetro. El parámetro ideológico sirve para aquellas situaciones que parecen absolutamente claras, pero no son todas absolutamente claras. Empecemos por el parámetro ideológico y tratemos de distinguir, por un lado, democracias liberales; tomando el sentido liberal en forma amplia; es decir, democracias donde el poder está limitado, donde juega el consenso, donde hay distribución del poder, donde existe control, donde predomina el consenso sobre la coerción, donde se respeta la libertad del individuo, donde hay transferencias y alternancias en el ejercicio del poder, donde hay diversidad de partidos y de grupos; y tomemos, por otro lado, los regímenes de dictadura o de totalitarismo, y veamos qué hay componiendo ambos grupos.

Entre las democracias liberales hay una parte considerable del mundo: por lo pronto, podemos distinguir el subgrupo de las grandes democracias —tomando la palabra “grande” no sólo por su tamaño, sino y más que nada, por su trayectoria histórica, por su trascendencia, y por su fuerza paradigmática, toda vez que han servido de modelo o de ejemplo para la instauración de otros sistemas—. Inglaterra, cuna del parlamentarismo; EE.UU., cuna del presidencialismo; Francia, cuna de muchos modelos en sus grandes cambios históricos.

Tenemos luego lo que podemos llamar las hijas de las democracias, es decir, los países de tradición británica que han tomado esas formas pluralistas constitucionales: Canadá, Nueva Zelanda, Australia. Tenemos otro grupo, el que podríamos llamar de las democracias medianas; no “medianas” porque sean menos democráticas, sino porque su tamaño y su influencia histórica es, hoy en día, menor: Suiza, con toda una tradición; Austria; más recientemente, Holanda; Bélgica; Luxemburgo, e Irlanda, es decir, países europeos pequeños.

Tenemos las democracias sociales, donde esa nota distributiva y el factor de la seguridad social, han llevado a que el sistema permita una mayor injerencia del Estado; aunque no en la faz productiva: en esos países el aspecto de la socialización, de la seguridad social y el aspecto distributivo son muy grandes. Israel también puede estar considerado (si bien no está situado en Europa) un país que sigue esos lineamientos.

Y agreguemos los países que sin una tradición democrática prolongada, tienen democracia en la actualidad. Por un lado, el grupo que fue derrotado en la Segunda Guerra Mundial, las ex potencias del Eje: Italia, Alemania y Japón; auténticas democracias en la actualidad, que han seguido muchos de estos lineamientos, que estábamos recién señalando; y las más recientes —las del Mediterráneo— que han dejado atrás formas de tipo autocrático más bien paternalistas, como el caso de Portugal, el caso de España y el caso del régimen griego de los coroneles.

En el mundo marxista, a partir de 1990, fue desapareciendo una aparente diversidad: estaban, el régimen marxista típico soviético, es decir, el modelo original soviético con la Constitución de 1936 de Stalin, y adaptación de Brezhnev, por un lado y las llamadas democracias populares, por el otro, donde la concepción filosófico-política era

como en el modelo soviético, con la única diferencia de que había una aparente menor velocidad en el tránsito hacia el Estado Comunista total, y la supuesta extinción del Estado; pero donde el "Estado Policial" funcionaba en forma absoluta y total. El régimen chino, que hay que ir tomándolo en toda su evolución hasta el resultado actual, y que no está totalmente perfilado ni definido. Porque luego del maoísmo se ha llegado a otro desarrollo que, desde el punto de vista institucional, significa un progresivo abandono de las formas iniciales del Estado Comunista de 1949; pero con una política exterior y una apertura económica que desconciertan. Y el caso atípico de Yugoslavia, reducida a Serbia y Montenegro, cuya evolución futura es impredecible; porque desaparecido el líder carismático, no es fácil saber si se podrá mantener o no la unidad de un Estado que es de por sí bastante artificial, luego de las secesiones de Eslovenia, Croacia y Bosnia.

Luego observamos una enorme superficie del mundo llamado genéricamente el Tercer Mundo, que es una denominación imprecisa, adoptada por un autor francés que quiso hablar de este mundo como el Abate Sieyes, que habló del "tercer estado" en vísperas de la Revolución Francesa. El tercer estado no era nada, pero en realidad significaba todo y quería ser algo.

El Tercer Mundo sería este mundo que quiere ser algo, pero que es totalmente heterogéneo y que desde el punto de vista de los modelos políticos, es realmente muy difícil de poder precisar y de poder sistematizar. Ningún autor lo ha podido hacer hasta ahora con seguridad, certeza y claridad; no porque falte capacidad intelectual para hacerlo, sino por la imprecisión de los datos y la fluidez de las situaciones.

Es tan variado que hay sistemas pluralistas como el de la India, que tuvo un partido dominante; sistemas que van hacia el pluralismo, después de haber estado en un régimen altamente monocrático, pero que no se puede saber cuál es la velocidad hacia el pluralismo, como el caso de Egipto, con esta asombrosa evolución iniciada bajo el régimen de Sadat y que no se conoce la suerte que correrá con Mubarak y sus sucesores.

Está también el fenómeno sorprendente de la resurrección de las teocracias, que lleva adelante Irán, y que ha tenido algunas otras manifestaciones como el "régimen fundamentalista" de Afganistán y el caso peculiar de Pakistán. Es en pleno siglo XX y XXI que se da la resu-

rección de las formas teocráticas. Realmente asombra leer la Constitución de Irán, hecha sobre la base de versículos del Corán, y en la que existen artículos donde es necesario decir que la mujer es un ser humano, o que el control de constitucionalidad de las leyes lo tienen los Ayatollahs, y no los jueces u otros órganos del Estado. Eso indica en definitiva, que es realmente una teocracia en el sentido literal de la palabra, ya que el poder clerical domina al secular. ¡Talibanes por doquier!

El mundo de la "negritud", que también pertenece al Tercer Mundo. El mundo de la negritud donde el fenómeno del color es un factor decisivo para la conformación política, y donde (yo lo he visto en Naciones Unidas en dos oportunidades), se ha proclamado el derecho a la pureza de esa negritud (y se ha condenado a países como Brasil, donde en la época colonial, y después de la independencia, se favoreció la mezcla o fusión de las razas). Fenómeno de la negritud, que ocupando las tres cuartas partes de África, está dominado por el sistema de partido único y, preferentemente, por el partido único de base, ya sea de cacique tribal o de bases burocrático-animistas.

La cuenca del Mediterráneo, con fenómenos tan distintos como el de Libia, por un lado; y el de Marruecos y Túnez, por el otro; y por una Argelia incierta en que no se sabe realmente cuáles son los rasgos definitorios del régimen: si se acerca al modelo fundamentalista religioso, se acerca al modelo europeo, o va hacia una etapa socialista. Sin hablar, por supuesto, de los casos realmente patológicos que en África se han visto, como el Imperio de Bocaza o Idi-Amin Dada en Uganda, que ya pertenecen un poco al capítulo de la leyenda.

Y desembocando en América Latina: es muy difícil poderla ubicar en una sistematización o precisar todas las situaciones allí englobadas. La pauta puramente ideológica no sirve o no es suficiente, para algunos casos sí, para otros no. Por supuesto es muy fácil saber que en Cuba existe un régimen marxista, cuya Constitución, además, lo proclama; que tiene un partido único y todo lo demás que ya sabemos. Pero hay muchas realidades que son difíciles de poder precisar, nada más que por la ideología o por las normas constitucionales.

Hay sistemas típicamente paternalistas (a semejanza de lo que fue Haití, con la supervivencia de la familia Duvalier); o la prolongación por tantos años de lo que fue el régimen paraguayo, sin saber qué pa-

sará después que concluya esta compleja transición que se vive a partir de la caída de Stroessner: ¿habrá más paternalismo o hay realmente una estructura sustancialmente democrática que pueda perdurar?

Tenemos también los regímenes populistas de tipo autocrático, que aparecen y luego, cuando las ilusiones creadas no son satisfechas (o va decayendo el entusiasmo) esa fugacidad se precipita. O regímenes de populismo, donde se ha transferido el poder formalmente, como en el caso de Venezuela, por ejemplo, con el insólito Coronel Chávez. Los casos de posible instauración de versiones “trabajistas” como Brasil—donde aún es prematuro adoptar una impresión— o Colombia, con un régimen acosado por la guerrilla, el narcotráfico y los paramilitares. Hemos tenido los regímenes transicionales y las dictaduras militares, de las cuales Argentina, Chile y Bolivia conocemos bien de cerca. Las democracias pluralistas en funcionamiento, algunas hasta hace pocos años con partido dominante —como el caso de México con 70 años de hegemonía del PRI— hacen pensar que las reformas políticas introducidas tienden a dar oxígeno a las reglas de la democracia constitucional que el propio régimen necesita alimentar para “potabilizarse” ante la comunidad internacional como un sistema pluralista, dado que en la propia lógica del sistema democrático está la necesidad de vigorizar la participación y ofrecer, además, esa imagen.

Y, luego, los sistemas (no todos iguales, ni equivalentemente seguros y estables) que funcionan sobre el cumplimiento más o menos formal de las pautas de la democracia pluralista: Costa Rica, Nicaragua y Guatemala, con las enormes dificultades que vemos agravadas y donde es muy difícil hacer un pronóstico realmente seguro; Bolivia, en la medida en que se mantenga la estabilidad política y económica en apoyo del bienestar; Perú, con una experiencia inicial ya jaqueada por el folklórico Fujimori y el hoy incierto Toledo; Ecuador, donde el problema político ha quedado de nuevo a fojas cero, con el interrogante de un nuevo presidente y la necesidad de recomponer las apoyaturas mínimas para que el sistema funcione; y la República Dominicana, donde es curioso observar cómo con las menores ilusiones iniciales se va dando —durante ya bastante tiempo— un funcionamiento más o menos regular de los juegos entre gobierno y oposición.

IX. Este pantallazo, nos permite, muy a vuelo de pájaro, pensar un poco en la relatividad, que es todo lo que la ciencia política puede ofrecer. La ciencia política —que de ciencia tiene poco, pero sí puede

tener mucho de análisis—, vale por lo segundo y no por lo primero, es decir, por su facultad o su función analítica. Los que se dedican a la llamada ciencia política (y yo aclaro que nunca utilizo la expresión “ciencia política” en singular, porque no creo que exista una “ciencia política”, en todo caso existen determinadas —en plural— ramas del conocimiento destinadas a estudiar el fenómeno político) sí tienen esa ventaja: ofrecernos reflexivamente y analíticamente, una radiografía; pero no una radiografía aséptica, sino una radiografía comprometida. Comprometida en el buen sentido de la palabra, diciendo no sólo cómo son las distintas cosas sino también qué implican, qué suponen, qué conllevan y a dónde llevan.

Quisiera terminar con algunas reflexiones en torno a la experiencia nacional, que he querido ponerlas por escrito para ser más preciso y evitar que algún sesgo emocional me pueda llevar más allá de lo que mi pensamiento realmente quiere expresar.

En primer lugar, creo que la cuestión Argentina no es constitucional, sino primariamente política: un cuestionamiento recurrente de la legitimidad; y por ende, también está afectada la legitimidad constitucional como consecuencia de la falta que existe en nuestro país de acuerdo sobre las reglas del juego, y sobre el respeto a las reglas del juego. Ese es el resultado después de tantas experiencias y de tantas experimentaciones, pero realmente la crisis de legitimidad no puede negarse, por lo pronto a partir de 1930. No basta con que esas reglas del juego se expresen por el Estado, sino que es menester que aniden, que arraiguen la sociedad. Hacen falta un “sentimiento” constitucional y una “conciencia” constitucional, al decir de los autores europeos.

El Estado es la organización del poder político en la sociedad; y, por lo tanto, es la sociedad la que debe movilizarse en busca de una legitimidad duradera. La que está enferma, en este país y en ese sentido, es la sociedad; la sociedad argentina está endémica y desde hace muchos años.

Este dato del “morbo” de la sociedad argentina, es el que permite ser poco optimista sobre las perspectivas de una pronta recuperación: en la medida en que la sociedad no genere nuevas actitudes, en la medida en que no se produzca por lo menos un cambio de actitud mental, creo que todo lo demás es —aún con buena fe— querer construir muy artificialmente.

Los partidos políticos y los demás grupos actuantes pertenecen primariamente a la sociedad, pero el Estado no debe ignorarlo; y, por el contrario, se debe aprovechar la etapa que se vive para promover su actualización y acrecentar su representatividad. Es fundamental que no se confundan las relaciones entre medios y fines, que deben caracterizar respectivamente a los partidos y a los demás grupos. Reconocer que los partidos pertenecen primariamente a la sociedad y no al Estado, significa un acto de sinceridad y trae, por otra parte, una serie de consecuencias respecto de la solidez de los instrumentos con los cuales se va a construir un futuro. Por desgracia el tema ha sido muy descuidado durante varios años y estamos hoy en el mismo punto, en realidad, en que estábamos en la década anterior. Basta con la lectura de las novedades de los últimos meses para darse cuenta de que no ha habido ninguna innovación profunda en la materia. Sólo es profundo lo irreversible; lo epidérmico —en derecho constitucional— recibe el nombre de emergencia o de golpe de Estado, pero nunca de revolución o de proceso de cambio (sic).

El mundo ha transitado de la individualidad a la grupalidad en la concertación de las decisiones. Estamos utilizando esa expresión, quizás un poco ambiciosa, pero creo que es genuina. Existe un nuevo Contrato Social en el que el hombre cuenta no sólo por lo que es, sino también por lo que hace. Es decir, es la pertenencia a los distintos sectores del quehacer lo que le concede al hombre el derecho a estas nuevas formas de participación que el Estado no puede negar. Estas formas de participación deben quedar institucionalizadas, pero cuidando de no querer reemplazar el ámbito de la representación política (en cuya intermediación, repito, son necesarios los partidos) por otros ámbitos. Cada uno en su ámbito.

Este nuevo Contrato Social es una expresión que enriquece al consenso. El consenso no se puede reducir al acto eleccionario, una vez cada cuatro años, votando por una lista o por otra. El consenso debe enriquecer al sistema político con mayor frecuencia y no sólo en el acto individual del voto, sino en el acto (repito) de esta forma plural que es la concertación de los sectores y de los grupos. Y esta idea no es totalitaria ni corporativa. En el programa de gobierno del primer ministro liberal Spadolini, hace veinte años, en Italia, el punto de la concertación social, fue un punto fundamental dentro de su temática: que hoy es uno de los puntos fundamentales para restablecer el Estado cuando está sacudido y minado por una serie de contestaciones vio-

lentas por un lado, y de corrupción por el otro (cualquier comparación es pura casualidad...).

Se observa una preocupante tentación al inmovilismo, cuyo mayor riesgo es la posibilidad de repetición del viejo ciclo político argentino: sucesivas caídas de los gobiernos (civiles y militares) que a su turno, además, deben ceder el poder a otros gobiernos, por lo general elegidos a regañadientes. Para evitar otra reiteración es necesario edificar las correcciones que el sistema institucional exige. Pero esos cambios no se improvisan; además, para que sean fecundos, hay que llevarlos a cabo en el momento de fortaleza y no postergarlos hasta los tiempos de desgaste o debilidad que es —repito— un dato importante para el acierto en las formulaciones. Por eso, el problema de fondo radica en los partidos políticos.

Si bien la cuestión política argentina no se soluciona con el mero cambio de normas constitucionales (pues hay que abandonar aquella ilusión racionalista de creer que las normas, por sí solas, cambian la realidad: no, las normas solas no bastan, no es un problema puramente normativo); parece razonable optar por un cambio encauzado, en lugar de un cambio total, de un cambio sin cauce o de cambios que desborden los cauces preexistentes. En su oportunidad una estructura política consolidadora, que organice los poderes del Estado con la mayor funcionalidad posible, dentro de los límites precisos que deben asumir los roles de ese mismo Estado y la órbita de la sociedad.

Son dos los aspectos a considerar: por un lado, la precisión separatoria o demarcatoria entre el ámbito de la sociedad y el ámbito del Estado, ya que cualquiera sea la distribución, es menester que su contenido y su conocimiento aseguren una calculabilidad mínima (como decía Max Weber) para afianzar la seguridad jurídica. Por otro lado, corresponderá algún día modificar en legal forma la reforma de 1994, que fue de intencionalidad puramente electoral.

Es de lamentar que esas reformas tuvieran dos pecados capitales, que han llevado al fracaso constitucional, que es otro de los fracasos, junto con el fracaso político.

Primer pecado capital: reformas que eran para la coyuntura, es decir, que eran para regular un proceso eleccionario. Eso hizo que el paquete de las reformas apareciera confundido, o sea, una materia con la otra y, por ende, cuestionado.

Y segundo, evitar que las reformas tuvieran como única base el acto de autoridad que las implantaba: el Pacto de Olivos. No se hizo así y, finalmente, se llegó a una situación paradójica —casi diría insólita en derecho Constitucional Comparado— de que una parte de la Constitución pasó a aplicarse al día siguiente de sancionada y fue aceptada por quienes re-accedieron al poder y por quienes re-accedieron a la oposición, mientras que el resto del articulado nunca fue cumplido. Asistimos pues a una reforma que de tal a tal artículo existió, y de tal a tal artículo no existió por falta de la operatividad adecuada, lo cual fue advertido, señalado y prevenido en su momento; pero no se consiguió evitar el error.

El realismo de los constituyentes en nuestro país, debe alejarlos por igual, tanto de la tentación de alcanzar un “perfectismo constitucional” —que a mi modo de ver es ciencia-ficción—, cuanto de la debilidad de ignorar la necesidad de esos cambios y de querer regresar a la ilusión del derecho “retroconstitucional”. Así como está de moda el “retro” en el cine, y en el arte en general, algunos quieren poner de moda también el retroconstitucionalismo pensando en la Belle Époque, cuando en realidad estamos en un mundo que no tiene nada que ver ya con aquella época feliz, ni con las décadas álgidas del siglo XX. La apelación a fórmulas ortodoxas sólo puede deparar satisfacciones intelectuales, pero ya no sirve para solucionar los problemas institucionales de nuestros países.

El funcionamiento eficiente, por último, de las instituciones políticas ha pasado a ser un elemento fundamental en la consideración popular de los regímenes. Estos son considerados valiosos o disvaliosos por algo más que su mera conformidad teórica con los modelos doctrinarios, o con las exigencias ideológicas. Debemos demostrar que tal eficiencia es perfectamente alcanzable a través de un sistema representativo, del mismo modo en que debemos demostrar que es perfectamente posible compatibilizar las exigencias de la seguridad nacional, con los procedimientos de una democracia. Si no conseguimos demostrar estas cosas, creo que todo lo que intentemos van a ser castillos de arena, castillos de naipes.

Como pretendo ser optimista —y pretendo serlo en homenaje a nuestro pueblo— creo que vamos a acertar sobre la base de la modestia de reconocer, todos, que somos falibles, pero sobre todo teniendo fe. Si no tenemos fe, si no tenemos una convicción arraigada y com-

partida en torno a la filosofía del sistema que queremos defender y del régimen que queremos poner en funcionamiento para instrumentar a ese sistema, si no tenemos eso, habremos ya fracasado anticipadamente.

Segunda Parte

Reflexionar sobre el sesquicentenario de la Constitución, remite necesariamente a hacerlo también sobre el reciente sesquicentenario de "Las bases..." de Alberdi tratando, en muy breves palabras, de puntualizar los aportes más fundamentales de su contribución a la organización constitucional de la República.

Hay que partir (como él mismo utilizaba esa palabra) de cierta premisa; y la premisa es que, luego de la labor de la generación que actuó en la Revolución de Mayo y en el proceso de la Independencia, y de los que vivieron las vicisitudes de la larga Guerra Civil Argentina; la generación del '37, cuando tiene la oportunidad histórica de dar la organización constitucional definitiva del país, tuvo bien en claro que el sistema a adoptar debía reunir ciertos caracteres, de los cuales no podían apartarse porque los cuarenta años previos indicaban que el modelo a seguir tenía que obedecer a esas improntas.

En primer lugar debía organizarse una República, porque cualquier intento monárquico había quedado desechado; en segundo lugar una forma de democracia representativa; en tercer lugar un Estado Federal, ya que los intentos unitarios habían sido derrotados en los terrenos de las luchas y, también, en el terreno de las ideas; un régimen presidencialista y una justicia independiente.

Para poder tomar en cuenta modelos que respondieran a todas esas pautas, no había muchos ejemplos en el mundo. Piénsese que a mediados de ese siglo la mayor parte de los regímenes, tanto europeos como americanos, respondían a formas monárquicas; aquellos que tenían ciertos atisbos democráticos respondían a formas parlamentarias, predominaban los sistemas de monarquías absolutas o, en América Latina lisa y llanamente, las dictaduras.

En gran parte del mundo no se tenía conocimiento de cuál era, en la realidad de los hechos, el funcionamiento de sus formas de gobierno.

Y sí, con la mayor parte de estos caracteres, estaban presentes el modelo norteamericano de Filadelfia y el más reciente de Suiza, cuando había producido su transformación con la Constitución de 1848, para convertirse en un Estado Federal.

Alberdi conocía, en algunos casos por testimonio directo y en otros casos por sus lecturas, cuál era el mapa del mundo desde el punto de vista de los regímenes político-constitucionales, "Las bases..." no fue el producto de una improvisación, ni de una inspiración instantánea. Ya en Montevideo —en el periodismo—, había publicado numerosos aportes que fueron prácticamente, anticipos de capítulos de "Las bases...", como lo ha demostrado Alberto Demicheli. Había profundizado las experiencias de Estados Unidos y de Suiza, particularmente a través de la obra de Pellegrino Rossi quien fue el principal autor de la Constitución Suiza. No obstante su origen italiano y su azarosa vida política, este curioso personaje llega a ser el profesor fundador de la Cátedra de Derecho Constitucional en París, en la época de Guizot, hasta morir asesinado en las escalinatas del Vaticano en un interregno en que el Estado pontificio tuvo un primer ministro y Pellegrino Rossi ocupaba el cargo.

Pero Alberdi conocía fundamentalmente la experiencia de Chile, donde había estado bastante tiempo, y el modelo que Egaña había impuesto a través de la Constitución de 1833; donde la impronta presidencialista estaba muy marcada como la alternativa frente al caos, a la anarquía o al desorden que hasta ese momento habían signado no sólo la vida política de Chile, sino también la de muchos estados latinoamericanos independizados a partir de 1810.

Y, por último, también Alberdi tenía a su favor el hecho de la gran amistad que lo unía con Juan María Gutiérrez, lo que permitió que, estando él ausente del país y del Congreso General Constituyente, a través de Gutiérrez pudiera llegar a la mente de Urquiza y al pensamiento de los demás constituyentes que participaron en la Obra Magna de 1853.

Al método adoptado por Alberdi puede llamárselo, en el sentido más encomiástico de la palabra, de **realismo constitucional**. Él sostiene que los estados deben recibir las constituciones que necesitan para satisfacer los fines que se deben alcanzar con el objeto de modelar un estado que permitiera salir del desorden, del despoblamiento, de la

carencia de productividad, en el cual rigiera el Derecho, aumentara la población, se integrara el territorio y se desarrollara una economía que, en definitiva, asegurara el objetivo del bienestar general.

Ese realismo constitucional lo lleva, diríamos, a configurar en su pensamiento que la Constitución, valiosísima en sí misma, lo es como instrumento, como herramienta que tiene además un valor emblemático, simbólico; pero que no es un fin en sí misma. Es un medio, una herramienta, y, por lo tanto, tiene que ajustarse a lo que son propiamente los fines que, finalmente, están enunciados en el Preámbulo de la Constitución.

Eso lo lleva entonces, sopesando los antecedentes históricos, tomando en cuenta los equilibrios existentes, y midiendo la fuerza de las potencias políticas actuantes en el seno de la realidad nacional; a concebir un modelo que, si bien toma en cuenta otros modelos, tiene perfiles muy particulares que son, en muchos casos, transacciones o conciliaciones de diferentes puntos de vista.

Por lo pronto, el sistema mixto de Estado Federativo al que llega dejando de lado los extremos de la confederación y de la consolidación o unidad absoluta (como se había expresado en la Constitución de 1826), si bien toma en cuenta el antecedente suizo y el antecedente norteamericano, lo hace con bastantes diferencias.

El Dr. Sanchez Viamonte, profesor en La Plata y en Buenos Aires, se tomó el trabajo de enumerar las semejanzas, y las diferencias, entre Estados Unidos y la Argentina y encontró siete grandes semejanzas en lo sustancial, en lo fundamental, en lo que podríamos llamar lo nuclear del Estado Federal Argentino. Pero observó que había diecisiete diferencias en aspectos que, si bien no eran sustanciales, tenían su importancia: por ejemplo, que la legislación de fondo en la potencia del norte era local, o estadual; y entre nosotros se entendió, desde el primer momento, que debía de ser nacional es decir central.

También hay un capítulo en "Las Bases...", de un notable **realismo constitucional** que merece ser releído y que se refiere a lo que hoy podríamos llamar "la tensión entre las fuerzas centrípetas y las fuerzas centrífugas", que operan permanentemente en todo estado federal. La presión del centro para absorber, y la presión de las partes componentes y de los miembros del estado federal, para retener. Si uno

lee desapasionadamente el inventario que Alberdi practica en ese capítulo, donde señala cuáles eran los antecedentes y fuerzas que llevaban hacia la unidad, y cuáles eran los antecedentes y fuerzas que operaban en el sentido de la descentralización. Uno comprueba —con cierta tristeza— que los segundos, es decir los antecedentes centrífugos, se han atenuado, se han empalidecido con el transcurso del tiempo —y ya esto viene de hace muchos años, es decir que es un largo proceso—, mientras que los antecedentes centrípetos, que conducían al establecimiento de un poder central fuerte, no sólo se mantienen en su vigencia, sino que se han acentuado y operan con una intensidad que no ha podido ser morigerada por otros mecanismos de equilibrio.

Por eso Alberdi escribe algunas frases, que repite luego en la polémica con Sarmiento y en otros escritos, que pueden caer antipáticas, pero que son también de un hondo realismo y de una gran visión prospectiva. Por ejemplo, señala que “el mundo, con el transcurso del tiempo, no se ocupará de provincias, se ocupará de naciones”; luego, en otra obra posterior (en “El crimen de la guerra”), habla de relaciones o vinculación de naciones, como anticipando que va a haber una organización internacional. Pero cuando dice que el mundo no se va a ocupar tanto de provincias sino de estados nacionales, está señalando que la única forma de poder entrar al concierto de las naciones y de participar del mundo —que en ese entonces era más pequeño, pero al cual queríamos acceder—, era hacerlo con una presencia integral del país todo, y no separadamente por sus unidades componentes.

En otro párrafo, que también puede caer antipático, dice que “el punto de partida fue la Confederación, pero el de llegada será la Unión”, con lo que está señalando que el modelo federal no va a ser un modelo federal estático y que, obviamente, va a tener que reconocer reajustes que sucesivamente se producirán según sea la evolución de los acontecimientos. Esta evolución de los acontecimientos hoy en día un protagonismo muy importante a la instancia de la regionalización; entendida ésta no como un fenómeno sustitutivo de las provincias, sino como una forma de mejor aprovechamiento de los esfuerzos regionales a fin de compensar, no ya el viejo equilibrio entre lo centrípeto y lo centrífugo, sino el fenómeno —verdaderamente patológico— de la falta de equivalencia de las unidades componentes del estado federal; entre las cuales tres, cuatro, o cinco a lo sumo, son casi autosuficientes y el resto son totalmente dependientes; porque no al-

canzan realmente ni en su población, ni en su riqueza, ni en su territorio, ni en sus perspectivas, a ser autosustentables (para usar una palabra que está de moda); como lo podrían haber sido en 1853, cuando las diferencias no eran tan desparejas.

Pero el mayor acierto de Alberdi es el presidencialismo: allí cargó las tintas, se inspiró —como dije— en la Constitución de Egipto, en el modelo chileno. Pensó en un Poder Ejecutivo fuerte como única forma de evitar la repetición de los fenómenos de anarquía que habían desquiciado al país en las décadas anteriores, o de la falsa Confederación, que en la práctica, era un régimen fuertemente centralizado en la ciudad de Buenos Aires y en su Puerto. Alberdi concede al Poder Ejecutivo todo lo que ustedes ya saben: entre otras cosas, una amplia potestad reglamentaria, y también delegataria. Es uno de los primeros que, en su proyecto, introduce una cláusula referida a este segundo problema, y dice casi textualmente: “Dadle todo el poder al Ejecutivo, pero dádsele a través de una Constitución con límites y con controles”. Allí está, de alguna manera, lo que él quería significar: el poder fuerte, pero no el poder ilimitado. El poder vigoroso, pero que no podía ser absolutista. El poder amplio, pero que tenía que estar sometido a controles y debía afrontar responsabilidades, para lo cual tenían que existir mecanismos que llevaran o condujeran a ese resultado.

De modo que, en materia de control y de responsabilidad, recogió lo mejor de la experiencia comparada —de la experiencia europea y americana— y lo incorporó en su proyecto y, en gran medida, pasó a la Constitución.

Pero el pensamiento (y el vuelo de su pensamiento) lo llevó más lejos aún; no en “Las Bases...”, pero sí en otras obras. Alberdi es el primero en concebir al hombre como sujeto de derecho internacional —y esto lo hace antes que un gran internacionalista, Jitta, que en el hemisferio norte es reconocido como el precursor o promotor de esa doctrina—; y, también es el primero en anticipar —en 1870, en vísperas de la guerra franco-prusiana—, la necesidad de una organización internacional de las naciones. Con lo cual se anticipa al pensamiento y a la obra del presidente de Estados Unidos, Woodrow Wilson, que concreta esa idea en 1918-19 cuando, a través del Tratado de Versalles, surge la Sociedad o Liga de las Naciones. Pero la obra que motiva nuestra reflexión, “Las Bases...” es un resumen, una síntesis de sabiduría teórica y experimental no frecuente en la literatura jurídico-política de aquella época —estamos hablando, como se sabe de 1852—.

La influencia de Pellegrino Rossi en Alberdi es muy grande, porque hasta en el título está presente: lo de “puntos de partida”. “Bases y puntos de partida” era un pensamiento recurrente en la producción de Pellegrino Rossi y está en la obra que él dejó, en el primer tratado, cuando era profesor en París, en 1834; y en los escritos que elabora una década después para preparar el proyecto de Constitución de Suiza. Y hay diversos artículos, sobre todo la parte vinculada con la relación entre la nación y las provincias —en la última parte de la Constitución—, donde están muchas expresiones tomadas casi textualmente de la obra de Rossi.

En síntesis, la vida de este hombre —aunque hoy ya no merece reparo, ni cuestionamiento, ni está puesta en duda su gravitación— fue, sin embargo, muy azarosa. Se lo ha llamado “el gran ausente”, porque la mayor parte de su vida transcurrió fuera de su querida patria y de su querida provincia. Ausencia y pasiones; pasiones enconadas que despertaron algunas de sus actitudes y algunos de sus enfrentamientos —algunos de tipo personal, otros de tipo principista—; pero esto actualmente se ha superado, felizmente. Piénsese que en 1910, cuando a la vieja avenida Provincias Unidas se le puso el nombre de Juan Bautista Alberdi, en esta ciudad de Buenos Aires, algún periódico tituló —en su editorial—: “El premio a una traición”, por la actitud que había tomado Alberdi frente a la guerra con el Paraguay, muchos años antes. Es decir, seguían vivas ciertas brasas ardientes provocando esos enconos.

Hoy, la situación es distinta; su gravitación y el reconocimiento a su obra son incuestionables. Fue, además, el primer gran comparatista del Derecho Público argentino; el primero en utilizar el método comparado en forma sistemática para llegar a conclusiones equivalentes, similar a lo que, en las ciencias naturales, puede ser la experimentación.

Alberdi no predicó la petrificación de los textos, no obstante que insistió y remarcó —en reiteradas oportunidades— que el secreto de la vida constitucional de un estado era el mantenimiento, la continuidad, la preservación y el respeto de las normas de la Ley Fundamental. Pero advirtió de entrada que había dos tipos de constituciones: **constituciones de promoción**, para la iniciación de los procesos constitucionales; y **constituciones de consolidación**, para fortalecer la perduración de esos procesos constitucionales. Diríamos, con Pascal, que

era un optimista, pero no un iluso. Ese era su **realismo** en el pensamiento constitucional y también el que trascendía lo constitucional porque era un hombre de carne y hueso muy completo.

Por eso, son de justicia, dos palabras sobre la persona de Alberdi, como calidad humana, como belleza humana. Era un hombre de una gran sensibilidad, como todos saben, no era únicamente un técnico del derecho, era un hombre que abarcó también la pasión literaria. “El gigante amapolas”, por ejemplo, es una obra de teatro debida a su pluma; debido a su vocación musical, fue autor de “Minué” y de otras piezas musicales propias de la época. Tenía, además, un gran sentido del humor: siendo embajador en Francia, en una época que coincidió en cierta parte con el régimen de Napoleón III, dijo que en ese Imperio bonapartista todo era muy natural. Entonces le preguntaron por qué decía eso cuando no era tan natural como sucedían las cosas. “No —dijo— porque la mayor parte son hijos naturales”, y empezó a enumerar —desde el Trono para abajo— a una gran cantidad de personajes que respondían a esa calidad. Asimismo, en el “Fragmento Preliminar al estudio del Derecho”, se proclama politeísta. No como demostración de pluralismo, sino porque señala que “mientras existió el politeísmo no hubo guerras religiosas en el mundo”. Lo cual como dato histórico es cierto, pero él lo señalaba como parte de su rasgo de humor, porque cuando escribe el fragmento preliminar y se proclama politeísta, en estas tierras eso parecía, más que un acto de audacia, un acto de temeridad.

Era un hombre tímido, muy tímido y, acaso, frágil; la prueba está en su vida sentimental de la cual poco se sabe; se conoce que tuvo un hijo, al cual nunca terminó de reconocer. Pero era un hombre muy tierno, muy sensible, y así lo demuestran episodios como la reconciliación —de tanta fuerza, de tanto valor— con Domingo Faustino Sarmiento, hecho que marca, en los dos personajes —más allá de las diferencias que los separaban, incluso la polémica constitucional—, que había una afinidad de espíritus coincidentes, sobre todo en la defensa de determinados valores.

Para una cosmovisión no basta con “Las Bases...” Alberdi, felizmente, dejó una cosmovisión que tiene como un pináculo fundamental “Las Bases...”, pero que abarca el “Sistema Económico y Rentístico de la Confederación” del que surge toda una filosofía de cómo debía ser el camino a emprender para la marcha del desenvolvimiento econó-

mico del país; sobre todo, el capítulo introductorio del Sistema Económico y Rentístico es de una claridad filosófica admirable para comprender cuál era la idea dominante frente a las viejas teorías mercantilistas y a las otras doctrinas fisiocráticas que habían imperado en siglos anteriores. En tercer lugar, “El crimen de la guerra” como una obra anticipatoria, por algo estuvo prohibida en nuestro país por algún gobierno ya lejano (1943).

Su discurso en la Facultad de Derecho cuando, a su regreso efímero y final al país, fuera invitado por dicha Facultad como orador principal en el acto de graduación, dice: “la omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual”. Desarrolla ese tema realmente con una visión muy lúcida, destaca la diferencia entre la sociedad y el Estado, y concluye que el Estado debe estar al servicio de la sociedad; pero no el ente que domine y aplaste a la sociedad y que, por lo tanto, sojuzgue a los individuos.

Y, por supuesto, su preocupación por todos los elementos del Estado —esto aparece en todas sus obras— destaca un componente que nosotros hemos descuidado en el último siglo, que no es el territorio, que sí se integró; que no es el poder, que sí se preservó pese a todas las vicisitudes que ha tenido; si no la población, el pueblo. Notemos la carencia en la Argentina de hoy, en 2003, de una política poblacional, pues emigran los mejores e inmigran los peores; lo que lleva, en definitiva, a un desaprovechamiento total de los esfuerzos formativos que el país, en el esfuerzo conjunto de la población y en el pago de sus contribuciones, hace para la formación de la materia gris y la mano de obra especializada. Y a cambio de lo que exporta, recibe, finalmente, indocumentados y prontuariados, salvo honrosas excepciones.

Figuras así, como las de Alberdi aparecen pocas veces. Son raras, hay desabastecimiento, yo diría que la fábrica no entrega, no entrega estos productos. O me pregunto: ¿No será que la semilla ya no germina porque la tierra subyacente ya no es fértil? Si fuera por esto último, la cosa sería mucho más grave porque tendríamos una responsabilidad colectiva, todos, de no dar la fertilidad necesaria para producir figuras que tengan tamaña cosmovisión y tal poder visionario respecto de cómo modelar las instituciones de aquí en más.

Para los que ya hemos —como en mi caso— traspuesto por edad la línea ecuatorial de la vida, sólo las nuevas generaciones de jóvenes

animosos podrán develar el misterio que nos agobia: ojalá el resultado sea positivo.

Tercera Parte

Conclusiones

Del cotejo entre los principios sostenidos por el credo de la democracia constitucional y la idea del Estado de Derecho, con los cartabones y pautas adoptadas por los autores de la Constitución Histórica de 1853 (incluyendo el texto definitivo de 1860), se desprenden conclusiones de especial relevancia en cuanto a la conformidad del modelo "adoptado" y "adaptado" a las necesidades argentinas. Entre los datos más significativos, cabe mencionar:

A) Los constituyentes apuntaron a la sanción de una Constitución escrita, rígida, genérica y pragmática (sin perjuicio del sustento filosófico y político que la inspiraba), que tuviera las prescripciones propias de una Ley Suprema y que reuniese las condiciones para resultar cumplible y aplicable. Tuvieron en mira alcanzar la mayor aproximación entre la constitución "formal" y la Constitución "real".

B) En materia constitucional, las formas son parte de la sustancia. Hasta una coma u otro signo de puntuación —ni qué decir de adjetivos, verbos o adverbios— asumen una importancia decisiva y decisoria en la mecánica funcional del sistema pergeñado para durar mucho más que las leyes ordinarias.

C) La Constitución —como luego afirmaría la Corte Suprema— estaba destinada a regir en toda circunstancia: en tiempos de paz como también en épocas de guerra; en momentos de normalidad, como asimismo en situaciones de crisis, emergencias o estado de necesidad. Fue también la Corte Suprema la que proclamara, a manera de advertencia o premonición, que "fuera de la Constitución sólo se podía esperar la anarquía o la tiranía"; a lo que podemos añadir que, según los datos de la experiencia, la primera (anarquía) suele desembocar en la segunda (tiranía).

D) Aún siendo pragmática, la Constitución incluyó normas que marcaban la realización de un programa de política arquitectónica a

cumplir por los gobernantes venideros a partir de la Organización Nacional y hasta nuestros días, tales como las normas expresivas de “fines” que enumera el Preámbulo, el mandato para la reforma de la legislación (Art. 24), la cláusula alberdiana del progreso —verdadero repertorio de “objetivos”— (Art. 67, inc. 16, en la nomenclatura de 1853, y muchos otros casos.

E) Bajo la vigencia y el cumplimiento de esa Constitución, en pocas décadas de firme esfuerzo, la República se consolidó en todos sus aspectos, pasando del desierto a la constelación (y es orgullo), al quedar ubicada y reconocida entre la primera docena de naciones del mundo civilizado de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Aquellos ejecutores fieles del mandato constitucional pusieron tanto empeño y con tanto acierto, que de la nada hicieron todo, mientras que nosotros (los sobrevivientes) nos evaporamos hacia el paulatino achicamiento del país y su sociedad.

F) La Constitución de 1853 transmitió la fuerza de un empuje inigualable. Si por vía de hipótesis practicáramos un ejercicio de ukro-nia (fuera del tiempo), me atrevería a sostener que a pesar del infausto resultado de la no vigencia, tan sólo la promisoría Constitución rivadaviana de 1826 portaba un empuje e impulso transformador de quilates semejantes. ¡Qué pena: se perdió un cuarto de siglo! A diferencia de los intentos anteriores, el texto de 1853 (y su complemento de 1860) tuvo el arraigo suficiente para acceder a la perdurabilidad; y a pesar de sus reiteradas violaciones y sustituciones, siempre renació de entre las cenizas como Ave Fénix, por la increíble virtud de poseer fuerza carismática. Es un caso extraordinario: que el “carisma”, generalmente asociado a las figuras humanas, se trasladara a un conjunto normativo, al que siempre se acudía (¿y por qué no seguirá siendo así?) cada vez que los argentinos —al borde de la desazón o la desesperación— necesitaban superar una de las graves crisis de nuestras numerosas vicisitudes institucionales. ¡Una Constitución con el don del carisma!

G) Un texto escueto, claro y sencillo. Redacción pulcra, fruto de la combinación armónica del dominio literario de Juan María Gutiérrez, la notable sabiduría jurídica del joven estadista José Benjamín Gorostiaga y la veteranía política de Salvador María Del Carril. Estaban, todo ellos, pletóricos de fe en las instituciones y les sobraba voluntad para cambiar las mezquindades de la realidad. Para ello, bastaba con po-

cas palabras, en un texto sucinto, que contagiaba valores y creencias en un progreso ilimitado. Por eso hay que aprender la lección, o sea: **de nada vale multiplicar las palabras si se dividen las creencias y aumentan las carencias** (especialmente las de índole axiológica). En épocas de demolición, se reemplazaron los principios rectores por un repertorio de anti-axiomas: en vez de “educar al soberano” se dijo “zapatillas sí, libros no”; en lugar de afirmar “la victoria no da derechos”, se tradujo por “al enemigo, ni justicia”; en reemplazo de la generosidad de “ni vencedores, ni vencidos”, se optó por el apotegma “para un argentino no hay nada peor que otro argentino” (y peor aún si es un adversario...).

H) El árbol que no deja ver el bosque; o como exclama Edgard Allan Poe: de tanto mirar una estrella perdemos de vista el firmamento. El problema institucional argentino pendiente de resolución, no transita por los andariveles puramente normativos. El problema pasa por las estructuras de intermediación y el enorme déficit que ofrecen, desde el punto de vista de su credibilidad y confiabilidad, a los ojos de la sociedad argentina. Aún admitiendo que el problema es universal, debemos reconocer que en el caso vernáculo, se encuentra agravado por el descuido en la formación de estadistas y en la capacitación de administradores eficientes y responsables. Nuestros partidos políticos —que también tienen virtudes— han tenido el defecto de especializarse en escuelas de oradores (de barricada, de parlamento, de cafetín, de agitación, etc.). Hay que revertir la tendencia, pues de lo contrario (si los partidos no asumen ese deber) acontecerá que con el mismo sastre, con la misma máquina, con la misma tela, con el mismo operario y con el mismo corte..., el producto resultará el mismo, aunque puedan variar los colores del traje en cuestión.

I) El propósito que abrigaban los constituyentes de 1853, fue alcanzar un gran cambio y transformación del país; algo así como un doble salto cualitativo y cuantitativo con relación a las condiciones reinantes al momento de la caída de Rosas. Ese doble salto merece un triple juicio, de resultados positivos; a saber:

a) **Valorativo**: pues tuvieron un gran acierto en el medio elegido; la Constitución era un instrumento primordial para encauzar tal emprendimiento.

b) **Comparativo**: toda vez que la “adaptación” de un modelo republicano, federal, presidencialista, dotado de una justicia independiente

y con poder de control, resultó afortunada al tomar en cuenta las experiencias conocidas de la Constitución de Filadelfia de 1787, la Constitución Suiza de 1848 y la Constitución de Chile elaborada por Egaña en 1833 (esta última en lo que se refiere a la configuración de las potestades del Poder Ejecutivo).

c) **Descriptivo:** habida cuenta de las ventajas ofrecidas por un texto constitucional revestido del rango de “ley suprema de la Nación”, bajo la forma codificada (por oposición a los textos dispersos), de naturaleza rígida (en el doble carácter de rigidez procedimental y orgánica, o sea, superlativamente rígida), con amplitud aplicativa, que evitó que los contenidos subyacentes de índole valorativa —y los consiguientes ideales finalistas— no oficiaran como obstáculos insalvables para las realizaciones prácticas y concretas que el devenir histórico pudiera demandar ante la aparición de nuevas e impredecibles circunstancias.

J) La Constitución fue el producto de una coincidencia de dos generaciones: la afamada y lúcida pléyade de la “generación del 37”, a la que se sumaba una juventud igualmente brillante y actuante, de la cual uno de sus epígonos más destacados era el diputado constituyente —y miembro informante del proyecto— José Benjamín Gorostiaga (de veintinueve años de edad). Esa confluencia generacional, irradió un potente sentido de futuridad al andamiaje institucional del país nuevo que se pretendía construir entre todos y para todos; todo lo que se reflejó al cabo de pocos años en los frutos que ningún revisionismo histórico podrá negar:

a) **Población**, acrecentada por el fomento de la inmigración europea (Art. 25), que incorporó experiencia, mano de obra, aumento de la natalidad (más argentinos, merced al *jus soli*), integración cultural con el mundo de avanzada.

b) **Territorio**, sumando y multiplicando la superficie luego de la “conquista del desierto”, que permitió preservar la integridad de una vasta extensión que había quedado sin resguardo ante las apetencias foráneas.

c) **Riqueza**, que se fue creando y difundiendo a través de la acción conjunta de las fuerzas del trabajo (en el campo y en las ciudades) y de las inversiones, nativas y extranjeras, conjugadas tanto por la vía

del ahorro cuanto por la atracción de nuevos capitales que acudían al son de la seguridad jurídica que el nuevo Estado de Derecho garantizaba a través del capítulo inicial de la Constitución (“Declaración de Derechos y Garantías”) y de los resortes garantistas en manos de la separación de poderes y de un Poder Judicial independiente.

d) Poderes públicos, concebidos como fuertes, pero no de fuerza ni arbitrariedad en su ejercicio. El régimen de “checks and balances” concedía preferencia al Ejecutivo, pero ello en razón de la necesidad de evitar la reiteración de una triste historia de anarquía y caudillismos locales. La intervención federal en las provincias (Art. 6) y el estado de sitio (Art. 23) fungían como “espadas de Damocles” para ser desenvainadas en casos extremos, aunque corresponde reconocer que el uso abusivo llevó a desnaturalizar esos institutos cuya finalidad constitucional consistía en preservar, y no en agobiar, a la doble separación de poderes (la horizontal o funcional y la vertical o territorial).

e) Derechos subjetivos y derecho objetivo, como marco de referencia de un régimen de vida que respetara la “eminente dignidad de la persona humana” (Pico Della Mirandola), con notas de certeza y certidumbre, de códigos y leyes complementarias, al nivel de los países más desarrollados del orbe; con una justicia (local y federal) que gozara de estabilidad; con mecanismos que afianzaran el principio de responsabilidad de los gobernantes.

f) Inserción en el mundo, venciendo las enormes distancias geográficas que nos separaban de las naciones del hemisferio norte; procurando el intercambio cultural y el comercio con quienes necesitaban de nuestros productos y de quienes nosotros también necesitábamos insumos, los que ellos —con mayor tecnología— habían logrado en los comienzos de la era de la industrialización. La Argentina pudo, asimismo, lucir ante la faz de la Tierra un acopio doctrinario que llenaba de orgullo a nuestro pueblo: Carlos Calvo, Bernardo de Irigoyen, Luis María Drago, etc., son ejemplos de un magisterio.

g) Educación, instrucción, cultura, ciencia, para “educar al soberano” (Sarmiento) y para poder llegar a proclamar en asambleas internacionales, que nos preciábamos de tener “más maestros que soldados” (Montes de Oca).

En síntesis, el régimen de la democracia constitucional instaurado a partir de 1853 creó las condiciones del auténtico progreso social: un

“progresismo” que no era retórico, sino palpable y tangible, abriendo compuertas para facilitar la libertad de acceso en el ascenso social, económico y cultural; procurando las mayores y mejores oportunidades para los argentinos y para todos los hombres del mundo que quisieran habitar nuestro suelo (según el Preámbulo de la Constitución, que Adolfo Posada propuso como introito de la Carta de la Liga de las Naciones, por su belleza y su contenido).

Los constituyentes crearon las condiciones para todo ello. No se valieron de utopías, les bastó con asimilar la experiencia de los infortunios vividos en las cuatro décadas anteriores (anarquía y tiranía). Sólo Rivadavia, en sus pasos por el gobierno provincial y nacional, había demostrado poseer una voluntad tan formidable de progreso y adelanto, en todos los órdenes de una vida civilizada. Bien se ha dicho que todos los argentinos, desde antes de nacer hasta el instante postrero, transitan por instituciones pergeñadas y creadas por Rivadavia y Sarmiento (sic).

K) Como los constituyentes creían firmemente en el ideal del progreso continuado (y en esa fuerte convicción tuvieron por herederos y continuadores a la generación del 80), en su repertorio de postulados estaba incluida la admisión de los cambios, a fin de perfeccionar gradualmente el régimen político-constitucional establecido. Como ejemplos concretos, cabe mencionar el Art. 13, en cuanto possibilitaba la unión entre provincias, siempre que mediara el acuerdo entre las interesadas y la conformidad del Congreso Nacional (con lo que se anticiparon clarivamente a la alternativa de una regionalización en serio del mapa federal de la República como vía para alcanzar la “equivalencia” entre las unidades componentes); y —en la misma línea de pensamiento evolucionista— cabe traer a colación el Art. 30, al aceptar una reforma total o parcial del propio texto de la Ley Suprema, siempre a través del procedimiento y de los órganos por ella misma previstos, para ejercer en su caso el poder constituyente de reforma o revisión (poder constituyente derivado o instituido, o en “etapa de continuidad”). Todo el capítulo de derechos y garantías era —y sigue siendo— una medalla de doble cara: por un lado, escudo protector; por otra parte, pared porosa y permeable a la incorporación ordenada y progresiva de los cambios que se hicieran necesarios a resultas de la influencia en la inserción de la Argentina en el “mundo” de la época y la implícita invitación a recibir la inmigración europea, reconociéndole la plena igualdad de derechos civiles con los propios de

los argentinos nativos (con la única excepción del acceso a la Presidencia de la Nación, hoy Art. 89, C.N.).

Los estadistas posteriores al proceso constituyente se encargaron de completar la obra. Vélez Sársfield, con el Código de Comercio y el Código Civil; y la nómina de autores y la lista de leyes y decretos transformadores (diríamos revolucionarios, en el sentido no violento, ni tumultuario o tumultuoso), prolonga la obra fundacional con un sentido arquitectónico, semejando lo que en tiempos ulteriores se denominó "ingeniería constitucional". Medio siglo después, cuando atravesábamos el meridiano del "novecientos" y nos acercábamos al Centenario de la Revolución de Mayo, el país ya estaba maduro para dar un paso fundamental en el fortalecimiento de los derechos políticos: la Ley Sáenz Peña vino a consagrar el sufragio universal, secreto e igualitario (su carácter obligatorio fue punto de discrepancia entre las cámaras legislativas, aunque se impuso finalmente), permitiendo que —pacíficamente— transitáramos del régimen de "los notables" al reinado democrático de una sociedad que ya había cambiado bastante después de 1853. Podíamos presentarnos ante la comunidad internacional con los "deberes hechos", demostrando que la "revolución por las urnas" había sido algo más que "la quimera de un romántico", para erigirse en un punto de referencia para todos aquellos que —desde los confines más remotos— buscaban una "tierra de promisión". Así fue como en la década del veinte, durante la presidencia de Marcelo T. de Alvear y por su indicación, el ministro de Hacienda —ante un desfasaje de las finanzas públicas que no había podido contemplar la Ley de Presupuesto de ese año— se dirigió a la banca londinense preguntando cuál sería el tope de un crédito de emergencia para la Argentina. El telegrama inmediato de respuesta contenía una sola palabra: **ilimitado** (sic).

L) Pero, de repente, se nos cayó la estantería: primero esporádicamente y, después, estrepitosamente. ¿Dónde estuvo la falla? No la busquemos afuera, pues sería una respuesta simplista, de puro reduccionismo, y para autoexculparnos de culpas y responsabilidades que se anidaron y acumularon con el transcurso de los años. Guillermo Rawson, otro eminente hombre de Estado que había acompañado a Bartolomé Mitre en su notable presidencia, señaló con agudeza en el Senado de la Nación:

"Lo que nos falta, es el experimento de un gobierno honrado, que respete la Constitución hasta en sus más mínimos detalles" (1875).

Con el juicio sereno que concede la reflexión histórica por encima de los partidismos, es obvio que Rawson dio la clave de bóveda de lo que a la postre sería la puerta de entrada en la decadencia nacional. No es momento de acusar ni de redimir. Sí, en cambio, de análisis y de consecuencias aleccionadoras para tomar en cuenta. Solamente nos atrevemos a exponer la síntesis de una atenta lectura de los hechos (y no de las promesas, slogans y otras jactancias):

Primero: no cambiemos “adhesiones” por “adiciones”. Debemos estar alertas ante la recurrente tentación de la copia de snobismo latinoamericano (que llega a constitucionalizar el “derecho a un entierro digno”, sin precisar quién lo invocará y quién le dará cumplimiento...) o del travestismo liso y llano de institutos europeos (por lo general de países de tradición monárquica o de democracias conversas de reciente data), de los que —a veces— reproducimos los peores modelos de sus experiencias y pasamos por alto las propias críticas que en sus respectivas naciones les han formulado a ciertas innovaciones. Ellos son más sabios: ahora están empeñados en elaborar una Constitución para la Unión Europea ampliada (la Comisión que preside Valery Giscard) que abre un debate institucional apasionante, por lo novedoso y por las alternativas que se ofrecen.

Segundo: no basta con un “sentimiento” y una “conciencia” constitucionales, que ya impetramos *ut supra* como *conditio sine qua non* para la real vigencia efectiva de un régimen democrático. Hace falta mucho más: el compromiso del juego limpio (el “fair play”), o sea, del sincero acatamiento integral de las instituciones legítimamente constituidas, mediante la continua práctica de la competición leal a través de las “reglas del juego” del sistema establecido.

Tercero: para ello no hace falta deslumbrar al mundo con los últimos alardes de una imaginación calentada por el estímulo de “ser los mejores y los primeros”. Basta con un bagaje claro y sencillo, alimentado por ideas sensatas, sin aventurerismos (José Manuel Estrada advertía de los peligros de esas improvisaciones, cuyo elevado costo —ante los fracasos sufridos— deben pagar los pueblos). Estamos en la madurez y no en la adolescencia constitucional: las frondosidades tropicales y los “catálogos de ilusiones” han duplicado las palabras del texto constitucional, pero no han servido un ápice para fortalecer e irradiar en gobernantes y gobernados el rico contenido (un yacimiento inagotable) que dimana de las cláusulas enunciativas de los valores preeminentes.

M) Quizás todo lo antedicho sobre sentido si lo imbricamos en una cosmovisión mayor, o sea, en la distinción entre situaciones y concepciones culturales que chocan y compiten en busca de prevalencias que el espíritu humano —aún hoy— no consigue dominar cabalmente. Permítaseme diferenciar entre:

1. Culturas: en el sentido propio del término. Dominio del hombre sobre sus instintos, mediante la razón, la experiencia y el consenso; algo más que la "civilización", que se conforma con el doblegamiento de la naturaleza a través del avance tecnológico y científico (tema muy polémico por cierto, que ya lo anticipara Joaquín V. González).

Me permito señalar que el hombre es una combinación de lo emotivo y de lo racional, de lo instintivo y de lo reflexivo, de sentimientos y de ideas. El problema está en la combinación adecuada. Parecería que en los momentos críticos, en los momentos decisivos, predomina entre nosotros lo irracional. Y la forma que tenemos para invertir la tendencia es eminentemente una vía cultural, en primer lugar.

Y por cultural no me refiero simplemente a la instrucción. Este no es un problema de mera erradicación del analfabetismo; no es un problema que se resuelve exclusivamente con estadísticas. Porque si de estadísticas habláramos, Alemania tenía en 1933 el 0,1 por ciento de analfabetismo, y siete meses después estaban quemando libros de autores judíos en las plazas públicas y llegaron a niveles de irracionalidad inconcebibles para la humanidad. Por eso quiero rescatar la vieja distinción que han hecho otros pensadores entre civilización y cultura. La civilización consiste en el dominio del hombre sobre la naturaleza, para lo cual el adelanto tecnológico proporciona las grandes herramientas,

Cultura, supone que el individuo esté formado de manera tal como para que su faz racional predomine sobre la irracional. Y los grandes pueblos, humanísticamente hablando, son los pueblos cultos, no los simplemente instruidos o tecnológicamente desarrollados. El problema argentino, en parte, es ese. Es decir, el déficit nuestro es cultural, a nivel general de la población. De todas maneras no es el único, porque como muy bien decía Orgaz, en la historia no hay monismos causales.

2. Culturas superiores: no todas tienen el mismo grado de desenvolvimiento, pues en las propias de las sociedades más maduras y auto-

exigentes, sobresale un plus de refinamiento ético y estético (es casi imposible separar los dos elementos, pues se conllevan y evolucionan recíprocamente, según las enseñanzas históricas más estudiadas).

3. Subculturas: que se delatan por un cierto déficit ético o estético (evolución dispareja o disociada), que en algunos casos es defecto de origen, en otros supuestos obedece a distintas velocidades y profundidades de progresión, y, en ciertas patologías responde a penosos procesos patológicos de involución o regresión a estancamiento. Es una situación de parálisis cultural, muchas veces producto de una anemia espiritual de la sociedad enferma.

4. Contra-culturas o anticulturas, donde predominan notas “in crescendo” de espontaneísmo (el romanticismo literario y artístico ha sido prodigioso, pero el romanticismo ideológico ha causado estragos irreparables) que luego apelan a la fuerza, ya sea para desatar la anarquía, o imponer la tiranía; y otras veces predicán el “nihilismo” o la subversión, alternando con posiciones fundamentalistas opuestas a una sociedad abierta.

Las diferencias son claras: las **culturas** comparten valores y los defienden a través de su práctica e implementación; las **subculturas** aceptan valores semejantes o equivalentes, pero con diferencias relativas en su ubicación en la escala axiológica; las **contra-culturas** imponen coactivamente una escala axiológica invertida absolutamente (todo al revés...); y las **anticulturas** son procesos a-culturales basados en la negación de los valores (por ejemplo: “la libertad es un prejuicio burgués”).

En este marco referencial, pues, debemos concluir que con el paradigma de 1853 (completado en 1860) resulta coherente deducir que una buena y sabia Constitución sólo responde y corresponde a una buena cultura, arraigada en una sociedad sana, aunque sólo “despegue” a partir de sus dirigentes para luego expandirse en el conjunto de los sectores que componen la comunidad. Si Constitución y Cultura se divorcian entre sí, entonces entramos al terreno de la ficción o de la burla a la legitimidad, que es una forma letal de hipocresía social.

Cerramos acá estas meditaciones, que serán juzgadas por los lectores, con la intención de poner sobre el tapete un interrogante a diluci-

dar en los próximos tiempos, atento a que se aproxima el decenio del cambio constitucional consumado en 1994. Mucho aportaría al esclarecimiento de los argentinos, que sus responsables nos respondieran —con humildad de conciudadanos (no de “correligionarios” ni de “compañeros”)— este interrogante acuciante:

¿Sirvió el cambio para elevar la calidad de vida institucional y política de los habitantes de la Nación Argentina, cuya perplejidad ante la observación de la década transcurrida, les ha hecho nacer en sus conciencias —y en sus voluntades— un acentuado descreimiento y una riesgosa pérdida de confiabilidad, hasta el extremo de convertir en consigna simplificada el reclamo: “¡Que se vayan todos!” (los protagonistas).

La tarea grandiosa a emprender partirá de la generación de una nueva e inquebrantable fe en instituciones, antes que en artífices, volcando la capacidad de pensamiento y acción —de los que se sientan llamados por su vocación— a la participación renovadora en todas y cada una de las estructuras de intermediación.

¡Hete aquí el desafío!♦

INDICE

	Pág.
Palabras del señor Presidente de la Academia - <i>Introito</i> , por Horacio A. García Belsunce	3
<i>Corrientes y la Constitución Nacional</i> , por Juan R. Aguirre Lanari	6
<i>La política poblacional y el fomento de la inmigración en la Constitución de 1853</i> , por Beatriz L. Alice	47
<i>Juan Bautista Alberdi, la Constitución de 1853 y la libertad de prensa</i> , por Gerardo Ancarola	64
<i>Reflexiones sobre la Constitución Nacional en su 150 aniversario</i> , por Gregorio Badeni	75
<i>Alternativas de la acefalía presidencial</i> , por Fernando N. Barrancos y Vedia	94
<i>Dos revoluciones que han hecho historia (Un estudio sobre la influencia de las Revoluciones norteamericana y francesa en el desarrollo del Derecho Constitucional)</i> , por Alberto B. Bianchi	110
<i>La Constitución de 1853 y el control constitucional: coincidencia de dos aniversarios</i> , por Germán J. Bidart Campos	252
<i>Un "dicho feliz" pero un tanto equívoco</i> , por Carlos María Bidegain	258

	Pág.
<i>El diseño de la potestad reglamentaria en la Constitución de 1853 y su posterior evolución hasta la reforma constitucional de 1994</i> , por Juan Carlos Cassagne	273
<i>La Constitución Nacional de 1853 y la consolidación del estado federal en 1860</i> , por Antonio Castagno	308
<i>La Constitución histórica en las primeras interpretaciones doctrinarias y la formación de la doctrina constitucional</i> , por Alberto Ricardo Dalla Via	333
<i>La dinámica del progreso en la Constitución de 1853</i> , por Marcelo D. Duffy	366
<i>Las relaciones del Estado y la Iglesia Católica en la Argentina</i> , por Pedro J. Frías	386
<i>Educación y progreso en la Constitución Nacional</i> , por Alberto Manuel García Lema	391
<i>El Poder Judicial en la Constitución de 1853/60. En conmemoración del 150° aniversario de la Constitución de 1853</i> , por Ricardo Haro	419
<i>Los organismos administrativos provinciales actuando como agentes del gobierno federal, según la Constitución de 1853</i> , por Tomás Hutchinson	439
<i>La Nación Argentina hecha ley: la Constitución Nacional de 1853-60. Acta Fundacional de la República Argentina</i> , por Segundo V. Linares Quintana	455
<i>La ideología de la Constitución</i> , por Félix R. Loñ	494
<i>La República, el Presidencialismo, el Federalismo: las opciones fundamentales de 1853</i> , por Eugenio Luis Palazzo	502
<i>La Constitución de 1853 como instrumento de progreso económico: los capitales extranjeros</i> , por Estela B. Sacristán	527

	Pág.
<i>Derecho e Ideología. Una cláusula ilegítima de la Constitución,</i> por Néstor Pedro Sagüés	551
<i>Alberdi, la Constitución y la ingeniería del régimen político,</i> por Mario D. Serrafiero	565
<i>El Preámbulo de la Constitución Nacional,</i> por Guido Santiago Tawil	590
<i>El régimen municipal en la Constitución Nacional y la organi- zación de la ciudad de Buenos Aires en la ley del 6 de mayo de 1853,</i> por Daniela Ugolini	649
<i>El carisma de una Constitución perdurable.</i> por Jorge Reinaldo Vanossi	682

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ª QUINCENA DE AGOSTO DE 2003
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S. A. E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

LA LEY

