

**LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812
COMO ANTECEDENTE
CONSTITUCIONAL ARGENTINO**

*Comunicación de los académicos Alberto Dalla Vía y
Jorge Reinaldo Vanossi en sesión privada de la
Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas,
el 23 de julio de 2008*

LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812: UN ANTECEDENTE INDIRECTO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA

Por el académico DR. ALBERTO RICARDO DALLA VÍA

I

El derecho español en los antecedentes constitucionales argentinos

El constitucionalismo español, y en general el derecho de España, han influido sobre el constitucionalismo argentino. Los hombres del gobierno patrio, así como los autores de los distintos ensayos constitucionales, estaban imbuidos de la doctrina, la legislación y la tradición jurídica hispanas; y la Constitución de Cádiz de 1812 gravitó sobre los aspectos fundamentales de la Constitución que sancionara el Congreso General Constituyente de 1853¹.

¹ Rodríguez Varela, Alberto. "Génesis del Constitucionalismo argentino". Jurisprudencia Argentina. 1962. T. VI. Sección doctrina.

Entre las fuentes indirectas se encuentra no solamente la Constitución de **Egaña**, para Chile de 1833, sino también los antecedentes del constitucionalismo argentino, entre los que se encuentra el estatuto de 1815, el reglamento provisorio de 1817, la Constitución de 1819 y, especialmente, la Constitución de 1826 a la que hiciera referencia expresa el Profesor Héctor **Gross Espiel** en un trabajo destinado a destacar la influencia de la Constitución de Cádiz de 1812 y de la Constitución de las Provincias Unidas del Río de La Plata de 1826, en la Constitución Uruguaya de 1830, donde destaca el autor que muchas de las disposiciones argentinas del '26 tienen, a su vez, origen en la de Cádiz y ésta es la razón por la cual ella, en ciertos casos, aunque de manera indirecta, vuelve a incidir en la uruguaya de 1830².

El movimiento liberal de las Cortes de Cádiz se refleja en nuestra legislación desde sus primeros intentos; y a través de ellos, en nuestra Constitución de 1853. El 20 de abril de 1811 se dictó un decreto sobre la libertad de imprenta sin censura previa, inspirado abiertamente en el sancionado por las Cortes el 10 de noviembre de 1810; los principios democráticos en él contenidos, han pasado a la Constitución vigente, que los consagra en su art. 14³.

El 24 de octubre de 1812, el Segundo Triunvirato convocó a una Asamblea General Constituyente para establecer “la organización general del Estado”. El 4 de noviembre, el Triunvirato encomendó a una Comisión Oficial un proyecto de Constitución, que oportunamente sería sometido a la Asamblea; en enero de 1813, el trabajo estaba terminado y presentado.

Contemporáneamente, la Sociedad Patriótica, centro político de tendencia *morenista*, elevó a consideración del gobierno

² Gross Espiel, Héctor. “La Constitución de Cádiz de 1812, la Constitución del reino de Portugal de 1822, la Constitución del Imperio del Brasil de 1824 y la Constitución Argentina de 1826 como precedentes de la Constitución Uruguaya de 1830” en “La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo Iberoamericano y Latino.

³ Conf. Julio V. González. *Filiación histórica del gobierno representativo argentino*, t. II, ps. 404 y 408.

otro proyecto de Constitución, que el Triunvirato también remitió a la Asamblea. Y como para dar pruebas del interés general, que existía, se redactó un tercer proyecto, anónimo. Ninguno de ellos mereció la sanción de la Asamblea.

Nuestro incipiente constitucionalismo se había embebido de las enseñanzas de las Cortes de Cádiz; a fines de 1811, habían llegado al Río de la Plata el proyecto de Constitución española y los fundamentos de Comisión redactora⁴. La influencia gaditana, confirmada luego por los proyectos de constitución presentados, se destaca en la Asamblea desde un primer momento. En efecto, el decreto de instalación de la Asamblea General Constituyente, del 31 de enero de 1813, es copia del de la instalación de las Cortes.

El 10 de marzo de 1813 la Asamblea sancionó su Reglamento sobre inviolabilidad de los diputados, tomado del Reglamento de las Cortes, del 27 de noviembre de 1810, siendo este último el fundamento del art. 128 de la Carta de 1812.

Los principios que sustentan estos reglamentos, estableciendo la inviolabilidad de los diputados y que “no pueden intentarse contra ellos acción, demanda ni procedimiento alguno en ningún tiempo y por ninguna autoridad, de cualquier clase que sea, por sus opiniones y dictámenes”, han pasado a la Constitución nacional, que los adoptó con la misma amplitud. Nuestra Constitución se apartó, en cuanto a la inmunidad de los diputados, de la Carta norteamericana, superando a ésta en el alcance de esas garantías⁵.

Siguió, en cambio, el modelo español, que se adaptaba mejor a las peculiaridades de nuestra política y a los antecedentes históricos sobre la institución, otorgando ese privilegio con generosa amplitud, de modo tal que los congresales no puedan ser

⁴ Conf. José A. Seco Villalba. *Fuentes de la Constitución argentina*, p. 44. Ver en la nota 50 de esa obra, la lista de los folletos que circulaban, explicando los fundamentos y alcances del proyecto.

⁵ Roberto García Martínez. *Privilegios parlamentarios. Inmunidad de la opinión*, en “J. A.”, 1962-I, sección doctrina, p. 62.

molestados por sus opiniones “en ningún tiempo y por ninguna autoridad”; o como dice el art. 60 de la Constitución: “Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”.

De los tres proyectos presentados a la Asamblea del año XIII, el de la Comisión Oficial es el que sigue más fielmente el espíritu y la letra de la Constitución española de 1812. Así, el capítulo IV se inspira en el capítulo III (“Del gobierno”) del título II de aquélla; también sigue casi al pie de la letra el complicado sistema de elección indirecta implantado en España; y en España están inspirados los artículos referentes a la ciudadanía.

También establece la supremacía de la religión católica, pero superando el precedente que prohibía el ejercicio de cualquier otra (art. 12); dispone que ningún habitante puede ser molestado por opiniones religiosas. Siguiendo el ejemplo de los decretos dictados en la Isla de León, se establece que el Poder Ejecutivo estará a cargo de un Triunvirato, institución existente en nuestro país desde 1811.

Otra institución adoptada por el proyecto de la Comisión oficial es el Consejo de Estado, formando por diez personas, una por cada provincia, de reconocidos méritos, orden e ilustración. Al igual que el rey en España, el Triunvirato debía oír el dictamen del consejo en todos los asuntos graves de gobierno y en los proyectos de leyes.

En ambas Constituciones tiene intervención directa en la provisión de judicaturas y cargos eclesiásticos. Nuestro país aceptó oficialmente la institución del Consejo, por el Estatuto provisional del 26 de enero de 1814, actuando como asesor del director supremo; pero el Estatuto provisional del 5 de mayo de 1815 lo suprimió. **Alberdi**, en su proyecto de Constitución, criticó duramente este instituto, considerándolo un contrapeso embarazoso a la acción del Poder Ejecutivo.

Pero la figura más importante adoptada de la Constitución de Cádiz es el Ministerio, que pasará, a través de las Constituciones de 1819 y 1826, a la Carta de 1853, dándole características peculiares a nuestro constitucionalismo; como bien dice el distinguido tratadista uruguayo Alberto **Demicheli**, “estamos frente a un antecedente jurídico fundamental”⁶.

Todos estos principios fueron tomados por el proyecto de la Comisión Oficial, en su capítulo XX, introduciendo así en nuestro constitucionalismo una institución que lo separa del modelo norteamericano, netamente presidencialista, para colocarlo en el camino de los gobiernos parlamentarios europeos. Esa institución es el refrendo y la responsabilidad personal de los ministros. De ahí que **Demicheli** sostenga que entre los dos sistemas de gobierno típicos –el presidencialista o representativo y el parlamentario– el argentino configura un régimen propio, no coincidente con aquéllos, y que él denomina “intermedio”, “ecléctico” o “mixto”⁷.

El refrendo obligatorio por parte de los ministros, para dar validez a los actos presidenciales, y la responsabilidad por los actos que legalizan, unidos a la facultad de interpelación, que estudiaremos más adelante, hizo ver a los estudiosos un “aire parlamentario” en nuestra Carta Magna de 1853⁸.

Esas instituciones fueron posteriormente recogidas por la Constitución de 1853, incorporándose así a nuestro constitucionalismo; los arts. 87, 88, 90 y 92 dan fe de ello⁹. El sistema del

⁶ Alberto Demicheli. *Formación constitucional rioplatense*, t. I. p. 189.

⁷ Alberto Demicheli. Ob. cit, t. I, p. 407.

⁸ Posada, Adolfo. “*La República Argentina*”, Cáp. VII, Sección VII.

⁹ Dicen estos artículos: “Art. 87 - Ocho ministros secretarios tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia. Una ley especial deslindará los ramos del respectivo despacho de los ministros”. “Art. 88. - Cada ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas”. “Art. 90. - Luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán los ministros del despacho presentarle una memoria detallada del estado de la Nación, en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos”. “Art. 92 - Pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar”.

Poder Ejecutivo que implantó la Carta norteamericana queda así modificado totalmente. El ejemplo viene de Cádiz, a través de los proyectos de 1813, que se desarrollan luego en los fallidos intentos de 1819 y 1826.

La Constitución de los Estados Unidos, como es sabido, nada establecía respecto a los ministros. Sólo una breve referencia: “El presidente... podrá exigir la opinión escrita del funcionario principal de cada departamento ejecutivo, sobre cualquier asunto que se relacione con los deberes de sus respectivos puestos...” (art. II, “Del Poder Ejecutivo”, sección segunda).

No existe allí necesidad de refrendar ni responsabilidad de los ministros, salvo la propia de todo funcionario; la sola firma del presidente basta. Por ello, la organización de nuestro Ejecutivo difiere notablemente de la del país del norte, siendo sus disposiciones constitucionales profundamente divergentes en esta materia; de ahí que “seguir a los Estados Unidos en la interpretación de las funciones ejecutivas es apartarse de la letra y el espíritu de nuestras leyes constitucionales y de nuestra propia idiosincrasia”¹⁰.

A tal punto quedó modificado el Ejecutivo presidencialista norteamericano por la influencia del parlamentarismo español de 1812, que un insigne constitucionalista argentino llegó a sostener que el Poder Ejecutivo es desempeñado en la República Argentina por el presidente de la Nación y sus ministros¹¹.

La influencia gaditana se hace notar, además, en la responsabilidad de los ministros frente al Parlamento, consagrada por la Constitución de 1853. Si bien el presidente de la Nación tiene por sí solo la atribución de nombrar y remover a los ministros del despacho (art. 86, inc. 10, Const. nac.), éstos también son respon-

¹⁰ De Vedia y Mitre, Mariano. “*El gobierno del Uruguay*”, p. 16. ver también Matienzo, José Nicolás. “*Gobierno personal y parlamentario*”.

¹¹ Conf. Matienzo, José Nicolás. “*Lecciones del derecho Constitucional*”, ps. 415 y 416. Véase sobre el particular: Linares Quintana, Segundo V. “*Tratado de la ciencia del derecho constitucional*”, t. IX, ps. 263 a 267; González, Joaquín V. “*Manual de la Constitución argentina*”, ps. 250 a 253.

sables ante el Parlamento. En efecto, los ministros pueden ser destituidos por el Senado de la Nación por medio del juicio político, previa acusación de la Cámara de Diputados y, en su caso, inhabilitados de desempeñar cualquier otro empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación (arts. 45, 51 y 52, Const. nac.).

Y esa sanción puede ser aplicada por el Congreso aun contra el deseo y la voluntad del presidente, que deberá acatar el fallo. Institución típica del sistema parlamentario, que confirma el carácter “intermedio” del nuestro, alejándolo de la Carta norteamericana.

El enjuiciamiento de los secretarios de Estado está previsto en los arts. 226 y 228 de la Constitución de Cádiz, si bien la decisión de la causa le correspondía al Tribunal Supremo de Justicia (art. 229), diferencia lógica, ya que en España existía el sistema de una sola Cámara, a diferencia del nuestro que es bicameral; las Cortes, encargadas de considerar la necesidad de la formación de la causa y de hacer la acusación, no podían constituirse también en juez del acusado. El trasplante y adaptación a nuestro constitucionalismo vino a través de los proyectos del año XIII.

La adopción de algunos de esos principios también se nota en el tercer proyecto de Constitución presentado a la Asamblea General Constituyente del año XIII, que lleva por fecha el 27 de enero de 1813, y cuyo autor o autores no se conocen hasta el presente. El sistema electoral y la organización ministerial coinciden con el proyecto de la Comisión Oficial, pero introduce otra institución del sistema parlamentario español, la interpelación¹², estableciendo que los secretarios de Estado asistirán al Congreso cuando fueran llamados, debiendo informar de todo lo que se les pregunte y dando su dictamen cuando la Sala lo exigiera.

Por su parte, el art. 125 de la Constitución de Cádiz establecía que “en los casos en que los secretarios del despacho hagan a las Cortes algunas propuestas a nombre del rey, asistirán a las

¹² Conf. Demicheli. Ob. cit., t. I, p. 428.

discusiones cuando y del modo que las Cortes determinen, y hablarán en ellas; pero no podrán estar presentes a la votación”. Y la Constitución de 1853, en su art. 63, establece: “Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su Sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes”.

También el tercer proyecto reproduce el capítulo referente a la formación de las leyes del proyecto de la Comisión Oficial. La influencia en ambos proyectos de la Constitución española es evidente, sobre todo en lo concerniente al procedimiento a observarse para la sanción de las leyes en cada Sala, procedimiento no previsto en la Carta norteamericana y que el código gaditano reglamentó especialmente en el capítulo VIII del título III.

Seco Villalba, al estudiar la influencia de las Constituciones norteamericana y española sobre los proyectos del año XIII en esta materia, dice que “la combinación de ambas –norteamericana y española– completan satisfactoriamente el asunto”; y agrega: “Los arts. 68 a 73 de la Constitución de 1853 reconocen este origen”¹³.

Si bien la influencia gaditana fue allí mucho más restringida, también en el proyecto de la Asociación Patriótica se adoptaron algunas de sus disposiciones, tales como el art. 12, referente a la religión; el art. 22 que exige el requisito de saber leer y escribir para ser ciudadano; y el art. 24, sobre pérdida y suspensión de la ciudadanía.

¹³ Seco Villalba. Ob. cit., p. 68.

II

El diseño del Poder Ejecutivo

Pero, como bien lo ha señalado **Linares Quintana**, es en la institución ministerial y en las relaciones entre el órgano ejecutivo y el legislativo, en lo que la Constitución de Cádiz influyó decisivamente sobre la ley fundamental Argentina, la cual, si bien en este punto se inspiró en el sistema presidencial norteamericano, modificó notablemente este modelo, perfeccionándolo, con la creación del ministerio y los canales de comunicación entre el presidente de la Nación y el Congreso.

La Constitución gaditana atribuyó a las Cortes amplias facultades, a la vez que limitó con estrictez la autoridad real, al lado de la cual instituyó los secretarios de Estado y del despacho o ministros. Todas las órdenes del monarca debían ir firmadas por el secretario del despacho del ramo correspondiente, sin cuyo requisito “ningún tribunal ni persona pública dará cumplimiento a la orden”. Dichos secretarios eran responsables ante las Cortes de las órdenes que autorizasen contra la Constitución y las leyes, sin que les sirviera de excusa haberlo mandado el rey.

Para hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del despacho, las Cortes debían declarar hacer lugar a la formación de causa, en cuyo caso quedaba suspendido el funcionario, debiendo las Cortes remitir al tribunal supremo de justicia, todos los documentos concernientes a la causa que debía formarse por dicho tribunal, quien la decidía con arreglo a las leyes¹⁴.

Ha señalado **Cassagne** que una de las instituciones que distinguen a nuestro sistema constitucional del modelo norteamericano radica en el poder reglamentario atribuido al Presidente de

¹⁴ Linares Quintana, Segundo V. “*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*”. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1977. Tomo I pág. 136.

la República por el artículo 99 inciso 2° de la Constitución Nacional. El antecedente directo de dicho precepto se encuentra en el artículo 85 inc. 2° del Proyecto de Constitución de Juan Bautista **Alberdi**, con el que acompañó la segunda edición de las “Bases”, el cual prescribe que el Presidente de la Confederación “*expide los reglamentos e instrucciones que son necesarios para la ejecución de las leyes generales de la Confederación, cuidando de no alterar su espíritu por excepciones reglamentarias*”¹⁵.

Aunque es probable que **Alberdi** se haya inspirado para redactar la cláusula constitucional en la Constitución chilena de 1833, lo cierto es que ambas prescripciones encuentran su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo artículo correspondiente faculta al Poder Ejecutivo a “*expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes*”¹⁶.

En cambio, la Constitución norteamericana no contiene un precepto semejante, al partir de una interpretación más rígida que la establecida en nuestro ordenamiento constitucional en punto a la separación de poderes, como consecuencia de considerar que el poder de hacer la ley sólo compete al Congreso y que al Ejecutivo sólo le corresponde lo concerniente a su cumplimiento.

De allí que no quepa la posibilidad de sostener que la referencia que hace la Constitución norteamericana a que el Presidente deba velar por la ejecución de las leyes equivalga a reconocer *ab initio* y en forma plena el principio de la dualidad de fuentes (ley y reglamento), característico de los sistemas constitucionales europeos y del nuestro¹⁷.

Por eso es también del caso recordar que la Constitución gaditana estableció el monopolio legislativo de las Cortes como

¹⁵ Cassagne, Juan Carlos. “*Las Fuentes de la constitución Nacional y el Derecho Administrativo*” en La Ley del jueves 6 de septiembre de 2007 pág. 5.

¹⁶ Muñoz Machado, Santiago. “*Tratado de derecho administrativo y derecho público general*”. 2da. ed. Iustel. Madrid. 2006.

¹⁷ Cassagne, Juan Carlos. Op. cit.

representantes de la soberanía nacional, añadiendo una puntual relación de las materias que quedaban sujetas a reserva estricta de ley, con pretexto de regular las facultades de las Cortes (art. 131) y las del Rey, limitadas en este caso a la ejecución de las leyes y a la conservación del orden público en el interior y de la seguridad exterior en el ámbito externo, de conformidad con la Constitución y las leyes. (art. 170).

Pero es conveniente precisar que la potestad reglamentaria que se reconoce al monarca excluye, de manera clara e inequívoca, cualquier tipo de reglamento de los denominados “*autónomos*” o *praeter legem*, toda vez que sólo quedaba autorizada o habilitada la reglamentación “conducente” a la “ejecución” de las leyes.

Esto nos parece un punto muy importante de precisar en cuanto a que la Constitución de Cádiz, como fuente originaria de las facultades reglamentarias del Presidente de la Nación, se limitó con exclusividad a los reglamentos de ejecución, siendo que la posterior expansión realizada por el Derecho Administrativo a los reglamentos autónomos y los reglamentos delegados y a los reglamentos de necesidad y urgencia no encontraron cabida en el texto constitucional originario.

Pero no cabe de esto culpar a Cádiz sino a la traslación de instituciones propias del derecho administrativo de países europeos con regímenes centralistas como Francia e Italia sobre una constitución de origen presidencialista y federalista como la Argentina que siguió en lo principal al modelo estadounidense, pero sin desdeñar otras fuentes; como es el caso de la que aquí evocada; aunque con un sentido preciso.

La expansión fue producto de interpretaciones doctrinarias que se fueron trasladando a la jurisprudencia, admitiendo los reglamentos “autónomos” como una consecuencia propia de la llamada zona de reserva de la Administración (art. 99 inc. 1° C.N.) y

que finalmente encontrarían cabida en la reforma constitucional de 1994 para los denominados reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3º) y para los reglamentos delegados (art. 86 C.N.); pero repetimos de ningún modo por encontrar tales bases en la carta gaditana, donde la limitación de funciones entre los poderes aparecía claramente delimitada.

Se agregaba un conjunto muy minucioso y puntual de restricciones específicas a la actividad real que le impedían no sólo disolver, perturbar o entorpecer las actividades de las Cortes, ausentarse del reino, ceder o abdicar la autoridad real, celebrar tratados o actos internacionales o imponer contribuciones, conceder privilegios o agraviar la libertad o el patrimonio de los particulares incluyendo contraer matrimonio (art. 172 incs. 1 a 12)¹⁸.

La exaltación de la soberanía nacional condujo a una inocultable exacerbación de la representación popular que subordinaba, por obvia consecuencia, a la monarquía en gesto inequívoco de afirmación del principio democrático que inspiró todo el texto y el proceso gaditano.

Las decisiones del monarca quedaban sujetas al refrendo de los Secretarios de Estado y del Despacho, a la vigilancia de un Consejo de Estado estamental, nombrado y regulado por las Cortes y fiscalizado por las Cortes y por la Diputación Permanente durante el receso de ellas; que podía acusar a los Secretarios del Despacho por infracciones de la Constitución y de la Ley ante el Supremo Tribunal.

El Estado de sitio es otra institución que se proyecta sobre las restauraciones monárquicas, de manera de que el poder de los parlamentos pudiera volver al rey en situaciones excepcionales de peligro inminente de conmoción interior o ataque exterior, remon-

¹⁸ Paniagua Corazao, Valentín.. *“El proceso constituyente y sus principios rectores”*. Lección Magistral del libro “La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino”. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2004. pág. 57.

tándose a las bases de la *dictadura comisoría del Derecho Romano*, conforme lo enseñara Manuel **García Pelayo**¹⁹.

Así se ha señalado en un importante estudio realizado por el profesor Pedro **Cruz Villalón** que la Constitución de Cádiz incluye tanto la detención preventiva en la forma contemplada en el artículo 145 de la C. Directorial de 1795, como la figura angloamericana de la “suspensión del privilegio de habeas corpus”²⁰.

La primera aparece en el artículo 172 (restricciones a la autoridad del rey), como excepción a la “restricción” 11^a: “*Solo en el caso de que el bien y seguridad del estado exijan el arresto de alguna persona podrá el rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho horas deberá hacerla entregar a disposición del tribunal o juez competente*”.

El segundo supuesto de detención preventiva, el verdaderamente importante, es el del artículo 308: “*Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla por tiempo determinado*”.

La discusión puso de manifiesto que la comisión se había inspirado al redactar este artículo en las “Suspensión of Habeas Corpus Acts” inglesas, en particular las aprobadas a instancias de **Pitt** entre 1794 y 1801. La intervención de **Argüelles** en nombre de la comisión también puso de manifiesto la misión que se le asignaba al precepto, la de constituir el medio extraordinario y único de salvación del Estado “*Y si en la constitución no se dexase la puerta abierta para salir de lo ordinario, en estos casos raros sucedería con escándalo su ruina, la cual de ningún modo*

¹⁹ García Pelayo, Manuel. “*Derecho Constitucional Comparado*”. Revista de Occidente. Madrid.

²⁰ Cruz Villalón, Pedro. “*El Estado de Sitio y la Constitución*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980.

puede precaverse mejor que por el que establece este artículo, que es el medio más legal..."²¹.

Y si bien existe cierta coincidencia doctrinaria en la Argentina acerca de que la garantía de "Hábeas corpus" encuentra sus antecedentes en el derecho inglés, del cual pasó a los Estados Unidos y de allí a nuestra norma constitucional; su base originaria, en el texto del artículo 18 de la Constitución de 1853, se remonta en sus orígenes al decreto de seguridad individual del primer triunvirato, en el que tuviera influencia también la Constitución de Cádiz, conforme ya fuera afirmado.

III

Parte final

En el derecho foral español, el Justicia Mayor de Aragón constituye el ejemplo de mayor raigambre histórica y jurídica en materia de independencia judicial frente al Rey, rigiendo hasta los tiempos de Felipe II en que el absolutismo monárquico transformaría la institución después de ocurrida la muerte de Juan Lanuza en 1591, dependiendo a partir de entonces de la autoridad del monarca.

La influencia de las instituciones españolas en el constitucionalismo hispanoamericano es así destacada por una corriente de opinión doctrinaria, entre quienes cabe destacar a Estanislao **Zeballos** y Segundo V. **Linares Quintana**, quienes han puesto el acento en la Constitución chilena de 1833 y la Constitución argentina de 1853. Así **Zeballos**, ha tenido la oportunidad de señalar que al estudiar las fuentes de la Constitución argentina había lle-

²¹ Cruz Villalón. Op. cit. pág. 260.

gado al sorprendente resultado de que ella tiene raíces profundas que no se nutrieron en las instituciones de Inglaterra sino en las del antiguo derecho español²².

Entre tales principios, se encuentra el enunciado en el artículo 109 de la Constitución Nacional (ex 95 antes de la reforma de 1994) que separa el poder judicial del ejecutivo y del legislativo, prohibiendo a este último el ejercicio de funciones judiciales, traduciendo la continuidad de la doctrina jurídica española secular, representada por las antiguas leyes de Aragón y de Castilla, conforme se reconoce en los fundamentos del discurso preliminar que acompañó al texto de la Constitución de Cádiz²³.

No debe sorprender, entonces, que el juicio de manifestación, un antecedente de naturaleza similar al hábeas corpus anglosajón, haya influido en nuestra tradición constitucional, ni mucho menos puede discutirse, en tal sentido, que la Constitución de Cádiz haya sido una de las fuentes de la Constitución Argentina, sea de modo directo o indirecto, conforme lo han reconocido muy importantes juristas²⁴.

Estas y otras instituciones hunden sus raíces históricas para remontarse hacia Cádiz, remarcando la dimensión cultural del Derecho, que no sólo puede encerrarse en el silogismo y la lógica deóntica, sino que la vida humana y el devenir de los pueblos también la han ido forjando en procesos normalmente complejos.

²² Zeballos, Estanislao. “*Influencia de las Instituciones visigodas en la Argentina*”. Revista de Derecho, Historia y Letras. Año XVIII, t. LV Buenos Aires, 1916 p. 379.

²³ Bielsa señaló que la Justicia de Aragón fue una “admirable institución, cuya esencia es de las más altas cortes de justicia defensora de las leyes, empezando por la ley fundamental que es la Constitución” v. “La protección constitucional y el recurso extraordinario”. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1936.

²⁴ Linares Quintana, Segundo V. “*Raíces hispánicas del constitucionalismo*”. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Vol. XXIX. Buenos Aires 2001 p. 313; Rodríguez Varela, Alberto “*Génesis del Constitucionalismo Argentino*”. Op. cit. Pág. 117; Seco Villalba, José Armando B. “*Fuentes de la Constitución Argentina*”. Depalma. Buenos Aires. 1943. p. 218 y ss.; Matienzo, José Nicolás “*Lecciones de Derecho Constitucional*”. Librería La Facultad. Buenos Aires. 1926. ps. 415-416.

Y en este rastreo de fuentes indirectas o más o menos remota de un derecho constitucional gaditano se dan cita numerosos elementos jurídicos, pero también a su vez, una esencial atmósfera política que contribuiría decisivamente en el posterior desarrollo de las instituciones republicanas de Hispanoamérica.

Como ha señalado el profesor Asdrúbal **Aguiar Aranguren**, el texto constitucional gaditano es, en suma, si no el único, sí uno de los más importantes paradigmas y fuente indiscutible del constitucionalismo latino e iberoamericano emergente. La tarea constituyente de las Cortes ejerció una influencia esencial en el nacimiento de algunas instituciones y prácticas políticas fundamentales de nuestros países. De modo particular, introdujo la idea del sufragio universal, predicó el carácter nacional de la educación, promovió el trato igualitario del indígena y la reforma agraria, auspició la regionalización de la administración de justicia, consagró el derecho de amparo, apostó por la eliminación de los mayorazgos y buscó fundar un modelo económico basado en el *laissez faire*²⁵.

La vigencia de *la Pepa* superaría su consideración como Ley para convertirse también en un símbolo político. Se convirtió en la bandera que tremolaron todos los revolucionarios españoles hasta bastante después de haberse acreditado su inaplicabilidad; y aún más tarde, siguió siendo como una reliquia sagrada, un recuerdo digno de veneración. No solamente en España, sino también en Europa y América de manera que **Mirkin Guetzevich** la consideraría el patrón base del liberalismo decimonónico²⁶.

²⁵ Aguiar Aranguren, Asdrúbal. “*La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz*”. Presentación de la obra “La Constitución de Cádiz de 1812. Hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino”. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2004, pág. 15.

²⁶ Sánchez Agesta, Luis. “*Orígenes, evolución y crisis del régimen constitucional*”. Madrid, 1974. p.35. “Historia del Constitucionalismo Español”. Madrid 1964. p. 5.

LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812 COMO ANTECEDENTE CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Por el académico DR. JORGE REINALDO VANOSI

El valor paradigmático de la Constitución de Cádiz siempre me ha despertado inquietud y, por lo tanto, dudas a disipar, pues existen opiniones bastante bien perfiladas o definidas entre sí. Están por un lado los apologistas que resaltan las virtudes intrínsecas de ese texto, la importancia que tuvo en el momento histórico en que se sancionó, muy difícil para España invadida por Napoleón Bonaparte en la mayor parte de su territorio. La inserción por primera vez de principios liberales que podían después ser la base para que cuajaran en forma más desenvuelta o desarrollada a posteriori, incluso la participación de miembros en esas cortes de españoles que no pertenecían a la metrópolis sino a las colonias, han sido datos arcónticos.

En el extremo opuesto podríamos ubicar una tendencia negatvita o negatoria por parte de aquellos que niegan todo tipo de influencia o todo tipo de trascendencia o todo tipo de importancia intrínseca a un texto constitucional que, comparado con otros de la misma época, era evidentemente inferior en cuanto a lo que

podíamos llamar conquistas o progresos o desarrollos de lo que históricamente es el proceso del constitucionalismo.

Ya para 1812 habían ocurrido muchas cosas en ambas partes del mundo, es decir de uno y otro lado del Atlántico. Y una tercera postura que podríamos llamarla intermedia, más ponderada, más equilibrada, tiende a mirar no sólo la parte vacía del vaso, o no sólo la parte llena del vaso, sino la composición de colorido que resultó de esa mixtura producto de la reunión de las Cortes.

Hay que tener en cuenta que Napoleón había invadido casi toda España; Cádiz era uno de los reductos muy bombardeados pero que no había podido ser penetrado por el ejército francés y que la resistencia que había empezado en 1808, había dado lugar a la formación de juntas locales y regionales que, de alguna manera, trataban de representar a la soberanía nacional frente a la imposición hegemónica de José Bonaparte, hermano de Napoleón e instalado en Madrid.

En lo que a Cádiz se refiere era un reducto en el cual también operaban sectores liberales que tenían antecedentes en cuanto a su malestar, su resistencia, su diferenciación con Fernando VII y con los estilos de monarquía absoluta que habían imperado hasta entonces. Pero nadie tenía una mayoría como para poder imponer en esas condiciones, el territorio invadido, con Cádiz bombardeada, con ningún sector predominante y con el bonapartismo instalado en Madrid y los fernandistas luchando no por una monarquía constitucional, sino por una monarquía absoluta. Eso se refleja en la composición de los poco más de 300 miembros que tenía: había noventa eclesiásticos; cincuenta y seis abogados; cuarenta y nueve altos funcionarios; treinta militares; veinte sin profesión definida; quince catedráticos; catorce nobles; nueve marineros; ocho comerciantes; dos escritores; un arquitecto; un bachiller y un médico. De estos trescientos, aproximadamente sesenta representaban o habían sido nominados por los virreinos y las colonias;

no así lo que hoy en día es la Argentina como producto del Río de la Plata, que no tuvo nadie con un sitio en esas Cortes.

A las Cortes locales que se habían ido formando a través de una Junta Central, a la que se le dió la misión de convocarlas a los efectos constituyentes, no para funcionar estamentalmente sino para sancionar una Constitución que representara de alguna manera la síntesis de toda esa heterogeneidad. Ese fue realmente el propósito que tuvo la Junta Central cuando hizo la convocatoria, tanto que no se la llamó Constitución: es la historia la que la denomina Constitución. Es a posteriori que se comienza a hablar de la Constitución de Cádiz. No llevaba el título de Constitución originalmente. Era de una extensión considerable, que en total tenía trescientos ochenta y cuatro artículos: mucho más que la Constitución argentina en 1853 o sus antecesoras, mucho más que la Constitución de Estados Unidos; y su real vigencia fue esporádica, aunque no diríamos que fue tan virtual e inexistente como la francesa de 1793. Como muy bien lo ha recordado el académico Horacio Sanguinetti en un trabajo dedicado a Saint Just, a quien se adjudica la autoría de la Constitución de 1793 más que a Robespierre y también tenía sobrenombre: la llamaban “el Evangelio según Saint Just”. A la española la llamaron “la Pepa”, por el día de San José. La de Cádiz rigió entre el año 1812 y el año 1814, dos años sin poderse cumplir enteramente, pero fueron dos años hasta la derogación expresa del texto por Fernando VII cuando, ya muy cercano al Congreso de la Santa Alianza, el robustecimiento de los poderes absolutistas se hacía evidente. Después tuvo una vigencia posterior en 1820, lo que se llamó el Trienio Liberal, hasta 1823 en que nuevamente Fernando VII se la sacó de encima porque le delimitaba los poderes y rigió por última vez un año entre 1836 y 1837 con la particular circunstancia de que la reemplaza otra Constitución mucho más progresista y liberal que la llamada “de Cádiz”.

En el tercer ensayo de su aplicación lo que sucede no es un restablecimiento del fernandismo absolutista sino un avance hacia

el liberalismo, lo cual puede ser interpretado positivamente como que la Constitución de Cádiz favorece un poco la apertura, es decir el desbloqueo de la situación absolutista y la posibilidad de abrir una nueva era. Pero no tenía inicialmente ni siquiera el nombre de Constitución y su vigencia esporádica fue durante tres períodos: lo que tiene de positivo es haber abierto el camino a una constitución más progresista.

La composición de los miembros de las Cortes indicaba que todo debía llevar a una transacción; de modo que afirmar que es realmente la Constitución liberal no es exacto; decir que es una Constitución totalmente monárquica absolutista tampoco es exacto; decir que es una Constitución semi-parlamentaria porque tenía un cuerpo unicameral que ejercía el poder legislativo, es parcialmente exacto pero no es lo que en la denominación actual llamaríamos un cuasi-parlamentarismo o un semi-parlamentarismo. Era el producto de un conjunto de transacciones para intentar superar en una situación militarmente incierta e históricamente imprevisible, tanto que al poco tiempo (en 1815) con la unión de la Santa Alianza nadie se acordaba de “la Pepa”; en su lugar se decía “viva las caenas”, que eran los dos gritos contrapuestos: los liberales gritando “viva la Pepa”, por la aprobación de la festividad de San José 19 de marzo. Esa fecha fue elegida a propósito y por dos motivos: primero para herirlo a José Bonaparte que era el rey monigote que había impuesto Napoleón y, por otro lado, la Constitución había sido terminada anteriormente, una semana o diez días antes, pero no había sido difundida esperando la fecha, porque era una forma de tener lo que hoy llamaríamos un *slogan*. A los españoles se les ocurrió decir “viva la Pepa”, y después los absolutistas para contrarrestar esto inventaron “vivan las caenas”, con lo que se exaltaba el poder absolutista tal como había sido concebido y admitido por Fernando VII. Este monarca estuvo a punto de recuperar no sólo el absolutismo del poder en España, sino de reconquistar parte de las colonias, empezando por el Virreinato del Río de la Plata,

que fue el elegido para una expedición que con la ayuda de la Santa Alianza se formó con un gran poderío que tenía como destino venir a estas tierras y que gracias a la sublevación militar de Riego –de ahí viene el himno de Riego y toda la mitología en torno a la labor de Riego– hizo imposible que esa expedición pudiera partir. De modo que también hay que agradecer a la sublevación de Riego, y a los liberales que acompañaban a Riego, el hecho de que no se volviera al absolutismo.

No creo que un hombre como Bernardino Rivadavia haya elegido por casualidad su destino después del fallecimiento de su esposa en Río de Janeiro, que fue el primer lugar de residencia al irse del país después de renunciar (cuando asume interinamente Vicente López y Planes el poder) eligiera finalmente, ya viudo, Cádiz. Porque era un ambiente en el cual el espíritu liberal tenía una gran vigencia: así lo hemos visto al caminar por las calles las placas recordatorias, por ejemplo el club en el cual se reunían los constituyentes liberales, ya que el grupo liberal tenía una particular connotación dentro del género de los constituyentes, pues eran un especie de sub-bloque que influían grandemente. Hechas estas apreciaciones iniciales queda en evidencia que mi postura es la tercera dentro de las que he enunciado: no soy ni un fanático ni un denigrador de la Constitución de Cádiz.

La parte vinculada con los derechos y garantías era una parte realmente importante, pues allí había habido diversas influencias tanto de origen francés como probablemente también de origen americano, pero no podemos de ninguna manera decir que era una constitución liberal, típica y clásica. Por supuesto que tenía principios que avanzaban respecto de lo anterior, pero por ejemplo en el tema religioso se establecía la religión única y exclusiva del Estado, y esa cláusula de religión oficial única y exclusiva del Estado no fue grandemente discutida. En cambio, en la Argentina, cuando en 1853 se reúne el Congreso General Constituyente, hay que recordar las dos cosas: que hubo “dos tercios” en juego, pues

dos tercios del tiempo llevo la discusión de los temas religiosos y un tercio el resto de la discusión del articulado de la Constitución, y dos tercios votaron contra la religión única exclusiva y oficial y quedó el texto tal cual como está, o sea el sostenimiento del culto católico en el artículo dos y la libertad de cultos en los demás artículos (catorce y siguientes de la Constitución Nacional), donde se impuso el sector liberal por dos tercios con respecto al sector que podríamos llamar “clerical”, si se quiere de alguna manera denominarlo así.

Tampoco hay que exagerar la importancia de “la Pepa” en el tema del poder judicial: hubo sí un avance que no se puede ignorar porque la tradición europea no era propicia al reconocimiento de un poder judicial. Esta Constitución ni remotamente habló de un “poder judicial”, el título quinto referido a los jueces se titula exactamente: Título quinto “De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal”. De modo que lo de la “administración” se expresaba así porque se impartía en nombre del rey, es decir, se adjudicaba justicia en nombre de la Corona, expresión que tenemos que seguir luchando para erradicar en este país donde subsiste la mala costumbre (incluso en niveles altamente ilustrados) de hablar de “administración de justicia” o, peor aún, de decir “servicio de justicia” como si fuera igual que el servicio de alumbrado, barrido y limpieza que pagamos en el ABL.

La Justicia es una alta función de Estado, que la ejerce un poder de Estado. Lo que ocurre es que si la Constitución española actual vigente habla de “poder judicial”, lo nombra como tal aunque utiliza en el primer artículo todo un juego de palabras para decir que es en nombre del rey pero como producto de la soberanía del pueblo. Hay una combinación para dejar contentos a todos, como que la Constitución actual es el producto de una ponencia en la cual intervinieron desde el comunismo en la extrema izquierda hasta el neo-franquismo en la extrema derecha, de modo que era lógico que hubiera también transacciones en esa materia. Pero se

puede rescatar del título quinto de “la Pepa” cosas importantes para la época, porque resumía reglas precisas, vinculadas con el funcionamiento de los magistrados, que es a lo que se refería ese título: por ejemplo, precisiones sobre la inamovilidad de los jueces, principio muy importante; precisiones sobre la exclusividad de la función judicial a cargo de los jueces; precisiones sobre la autonomía decisional de los jueces, que no podía ser interferida; y precisiones sobre la separación de funciones, un antecedente del artículo 95 de la Constitución Argentina de 1853/1860 (art. 109, Reforma de 1994).

En una palabra: probablemente estaban escribiendo sonetos sin saber que hacían sonetos, aquello que se dice del que hacía poesía sin saber que era poeta. Estaban dando las bases de lo que luego serían principios fundamentales de un poder de Estado pero no lo estaban caracterizando o denominando como un poder de Estado. Era de todos modos un avance. No eran un avance las prohibiciones, pues allí hasta parece haber increíblemente una influencia francesa Roussoniana, porque la Revolución Francesa detestaba que los jueces pudieran contravenir el valor o la vigencia o la supremacía de las leyes del parlamento, y que no podían admitir que un funcionario “designado” como era un juez, pudiera invalidar una ley sancionada por la representación de la soberanía nacional, que era la asamblea nacional o el parlamento como se llamó después; y hubo resoluciones y decisiones varias en la década del noventa del siglo XVIII, entre 1780 y 1800, donde en Francia era absolutamente erradicada la posibilidad de lo que en 1803 en Estados Unidos nacería con el Juez Marshall, en el caso de *Mabury vs Madison* y que hoy llamamos “control de constitucionalidad”, por el cual toda norma inferior que se oponga a la norma superior es descartada y se aplica la norma superior (en estos casos concretos la Constitución).

Por lo tanto, no puede decirse que la Constitución de Cádiz hablara de un poder judicial y mucho menos con sustancia

política, porque no podía apartarse de la ley, tenía que aplicar la ley, podía interpretarla pero no podía apartarse de la ley, no podía negar la validez de la ley. Además, ni se llamaba Constitución; ahora sí lo es. Llama la atención que no hay en la ahora denominada Constitución de Cádiz, antecedentes importantes de la España foral, previa a la derrota de los comuneros en la batalla de Villalar en 1522. Hasta ese momento los “fueros”, especialmente el de Aragón, tenían institutos de mucha mayor independencia y poder, como el “Justicia”, que era un magistrado que podía enfrentar al rey, si consideraba frente al reclamo de un ciudadano que el rey había cometido una arbitrariedad, que su prisión era ilegítima o que la privación de otra libertad era arbitrariamente llevada a cabo por el monarca o por los funcionarios designados por el monarca. En esos casos podía oponerse y le daba poder para ejecutar por sí la decisión: es un antecedente importantísimo sobre todo para que lo tengan en cuenta los magistrados que se lavan las manos diciendo “yo dicto la sentencia pero que la ejecute otro”.

No, los jueces deben tomar en cuenta que el “Justicia” de Aragón tenía reconocido en el Fuero de 1198 –anterior a la Carta Magna que es de 1215– la potestad de ir con la pica y derribar la pared o la puerta o las cadenas que tenían alzado el puente en virtud del cual no se podía acceder al espacio en el que estaba privado de la libertad un súbdito de esa monarquía.

Resumiendo: la influencia en la Argentina de la Constitución de Cádiz, en mi modesta opinión personal y sin querer ofender opiniones que la han resaltado, es muy relativa y viene de segunda mano, de otras Constituciones que tomaron algo de la de Cádiz. Lo del presidencialismo nuestro no viene de Cádiz, viene de la visión de los exiliados argentinos que estuvieron en Chile, al ver como funcionaba la Constitución de Egipto de mil ochocientos treinta y tres, que permitía en ese país asumir potestades que de otra manera quizás se hubiera desintegrado (o por su propia “loca geografía” como la llamó Julio Subcaseaux, que es como decir

“el silbido del Pacífico”), asegurando la posibilidad de tener unido un país con dos extremos tan dispares: necesitaba un poder ejecutivo fuerte.

Nosotros también teníamos una necesidad equivalente a través de problemas que no eran exactamente los mismos en geografía pero eran muy parecidos desde el punto de vista de los localismos, de los regionalismos, de los caudillismos, de las pretensiones autonómicas, etc. De modo que el presidencialismo argentino no viene de Cádiz, viene de los exiliados argentinos que vivieron la experiencia chilena. Y en materia de derechos hay que tener en cuenta que aquí no éramos ágrafos ni desinformados, por lo que no necesitábamos la Constitución de Cádiz como único modelo. Mariano Moreno se encargó de traducir el contrato social y el mismo prócer –el académico Spota lo destacó en varios trabajos– hizo una traducción de la Constitución de Filadelfia que es la Constitución de Estados Unidos de 1787, muy anterior a la de Cádiz y que era realmente una Constitución cuando fue complementada en 1791 con el *bill of rights* de las diez primeras Enmiendas que por pedido especialmente de Madison y Jefferson se estimó necesario agregarla para dar un *status* completo. Fue lo que de alguna manera la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de agosto de 1789 en el artículo dieciséis había prescripto diciendo: “Sólo tiene Constitución aquel Estado donde están garantizados los derechos y establecida la división de los poderes”, concepto fundamental que ha sido denigrado por Carl Schmitt cuando en su prédica para demoler la Constitución de Weimar lo menospreció llamándolo “un mero concepto ideal de constitución”, por oposición al concepto “decisionista”, que él sostenía en definitiva como el realmente válido. Que la mayor influencia nuestra viene de otros lados no tengo la menor duda. ¿Cómo estaba compuesto el mundo cuando se reúnen los constituyentes del ‘53? Puede ser que “la Pepa” influyera en los antecedentes que no rigieron: en los estatutos, en los reglamentos, en la del ‘19, en la del ‘26; pero en la de 1853 y 1860 no.

El Deán Funes, en el manifiesto de la primera Constitución (1819), tiene el gran cuidado de decir que no adoptamos ni la complicada federación de algunos estados, ni el régimen autoritario espartano, ni la democracia inorgánica de Atenas, ni el régimen absolutista del Sultán, etc. etc. Es todo “ni”, “ni”, “ni”, pero sin especificar, porque había que dejar abierta la puerta a una posible monarquía atendiendo a que en Europa la situación no estaba todavía del todo definida. Pero es evidente que en materia de estado federal nuestra Constitución responde fundamentalmente al modelo de Filadelfia, que no estaba en los libros, sino que fue una creación, pues en los libros estaban las confederaciones, estaban las uniones reales, estaban las uniones personales. El estado federal es una creación pragmática y transaccional, producto del fracaso de la confederación que, al no tener un poder central munido de facultades suficientes para tener recursos propios y para manejar la guerra y las relaciones exteriores en forma eficaz con esos recursos, necesitaba que hubiera mayor delegación de poderes y se formara un tesoro federal y un poder central que fuera más allá del simple manejo de relaciones diplomáticas protocolares.

El otro modelo posible era Suiza, que en 1848, más tempranamente, con relación a la fecha de nuestra Constitución, y con la inspiración de Pellegrino Rossi que había sido el primer profesor titular que con el nombre de “Derecho Constitucional” inauguró la cátedra en la Francia liberal de Luis Felipe de Orleáns en 1834, colabora con los suizos en el proceso de la transformación de los cantones helvéticos, totalmente separados entre sí, en algo que si bien se sigue llamando confederación helvética, es en realidad un estado federal y funciona hoy en día como un estado federal, con mayor autonomía que nuestras provincias (para lo cual no hace falta mucho, porque es muy poca la que tienen en los hechos). Pero es obvio y lo demuestra Salerno en un magnífico trabajo que publicó en la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la UBA, que en todo el capítulo final sobre las provincias, gran parte

de los artículos de la Constitución de 1853 están tomados textualmente de Pellegrino Rossi, del esbozo o boceto que preparó para la Constitución suiza de 1848. No niego la importancia de Cádiz en la formación constitucional de países latinoamericanos; tampoco lo niego en lo que se refiere a los ministros, en lo atinente al gabinete y lo relativo al consejo de Estado, que era un órgano meramente consultivo. Pero en lo que concierne a lo de los ministros y gabinete hay que manejarse con la experiencia histórica, con la praxis constitucional y no con la letra: la cuestión no pasa por el orden de las normas sino por el orden de los comportamientos. En Estados Unidos hay secretarios de Estado, no se habla de ministros ni se menciona al gabinete, pero funciona y ¡cómo funciona!, y el poder que tienen. En la República Argentina tenemos un capítulo entero sobre ministros, se habla del gabinete, se habla de un jefe de gabinete, pero llevamos cinco años sin una sola reunión de gabinete y con poderes súper extraordinarios para un jefe de gabinete que puede disponer de 4.500 millones de pesos discrecionalmente, cosa que en Estados Unidos ningún secretario de estado puede disponer. De modo que el problema no pasa por el orden de las normas sino por el orden de las actitudes de los gobernantes y de los partidos y, como antítesis de lo vivido en los últimos cinco años, quiero recordar a la personalidad de mi siempre bien querido Marcelo T. de Alvear, que decía que él era “un simple secretario entre ocho ministros presidentes”, es decir que sus ocho ministros eran presidenciales como que lo fue Justo, como que lo fue Ortiz, como lo pudo haber sido Gallo, como que lo pudo ser Tamborini, es decir eran todas figuras de estadistas desde el momento en que eran considerados como tales.

Por último, quisiera simplemente señalar que me quedo con los ciento diez artículos de la vieja Constitución del ‘53 y no con los trescientos ochenta y cuatro de la “llamada” Constitución de Cádiz, ni con el lenguaje folklórico y tropical sobreabundante del texto argentino actual de 1994, que además no se aplica, porque de

lo que se aplica de la reforma del '94 es una ínfima parte: quizás lo único que esté bien redactado es el art. 43, cuando al "amparo" le da una jerarquía que le había quitado el decreto-ley de Onganía de diciembre del '66; pero el resto, la "coparticipación", y todo lo demás, podemos hacer un catálogo (lo hice al cumplirse el decenio y descubrí que había diecinueve incumplimientos notorios del temido lenguaje tropical de la reforma del '94). Los constituyentes argentinos tuvieron también muchos méritos, por ejemplo dejar de lado las Constituciones de Napoleón y del imperio: recién fue un poco liberal la Constitución que Napoleón *in articulo mortis* sanciona cuando vuelve de la isla de Elba y antes de la batalla de Waterloo; y después la del '30 con Luis Felipe de Orleáns. Lo importante está dicho por Madison en el Federalista: para que una constitución sea republicana tiene que tener los seis principios fundamentales: democracia, igualdad ante la ley, separación de poderes, publicidad de los actos estatales, periodicidad en la función pública y responsabilidad de los gobernantes. De los seis, cinco no los practicamos y uno esta semi cuestionado por algunas denuncias de fraude que han habido recientemente.

Conclusión: en mi modesta opinión la llamada entonces Constitución de Cádiz, más que en la letra influyó con el espíritu de Cádiz y esto es lo importante ¿por qué influyó? Porque estaban luchando contra un doble enemigo: el doble enemigo era por un lado el invasor extranjero, pues estaban luchando contra el bonapartismo y tenían que diferenciarse del bonapartismo; y el otro enemigo era interno, era el "fernandismo", es decir el absolutismo local que quería volver al poder absoluto. La Constitución de Cádiz, entonces, tenía que tomar en cuenta los dos frentes y en una posición muy débil porque lo único que no habían ocupado los franceses era esa parte sureña de Andalucía. Así y todo evita el absolutismo, trata de evitar el despotismo, trata de evitar el gobierno tiránico: son todas prescripciones válidas y muy meritorias, lógicas en una Constitución que aspiraba a ser liberal. De modo

que algo de liberal tenía en cuanto que procuraba reemplazar la monarquía absoluta por la monarquía constitucional y eliminar al invasor extranjero, restableciendo la soberanía nacional. Pero no olvidemos que para nosotros, que en el artículo primero nos definimos como republicanos, representativos y federales “según lo establece la presente constitución”, hay una adopción y una adaptación de otros modelos y no del de la Constitución de Cádiz.

OBSERVACIONES Y COMENTARIOS

presentados por los señores académicos:

Académico Gregorio Badeni

Felicito a los académicos Alberto Dalla Vía y Jorge Reinaldo Vanossi por sus muy interesantes disertaciones e invito a los señores académicos presentes a realizar sus comentarios.

Académico Isidoro Ruiz Moreno

Me uno a las felicitaciones del presidente en cuanto a la erudición y brillo con que han hablado nuestros colegas Dalla Vía y Vanossi. Pero tengo algunas diferencias. Ante todo que la *Pepa* de 1812 se llamó en su portada *Constitución de la Monarquía Española* (Tengo un ejemplar de ella que perteneció a mi tatarabuelo Cipriano José de Urquiza cuando era Diputado en el Congreso de 1826, que se me ocurre fue un modelo para tener en cuenta en la redacción de la que se sancionó en diciembre de 1826. Pero la Constitución gaditana tampoco fue un antecedente meramente espiritual, pues hay mucha recepción en la Asamblea Constituyente de 1813, concretamente sus disposiciones.

Claro que no podría decirse que la Constitución de 1853 es exactamente hija legítima de la de España, ya que el liberalismo de

los españoles en 1812 era distinto del de cuarenta años más tarde, pero con las ideas de la Revolución Francesa había también una nueva España, moderna, regeneradora, que se plasmó en 1812.

Todos sabemos que en política no existen sistemas puros. Nuestra Constitución del '53 era federal, pero tiene algunos articulados que son contrarios al federalismo, por ejemplo el derecho de intervención a las Provincias, que borra su autonomía y que no está reglamentado hasta ahora, y que le otorga al Gobierno Central la facultad de cambiar los mandatarios casi a voluntad.

La Constitución de España de 1812 tuvo una influencia más importante de lo que se cree en la nuestra. El constitucionalismo es una sedimentación a través del tiempo: en 1853 no se iba a “inventar” una Constitución. En 1811 ya Venezuela tiene la suya. Nosotros fuimos el último país en América en tenerla: no íbamos a inventar la pólvora. Y así la Constitución española del '12, a través de la Asamblea de 1813, influyó en la Constitución argentina del año 1853. Que nuestro régimen fue una República y que la del año '12 una Monarquía no les quita el carácter de liberal.

Académico Jorge R. Vanossi

Solamente quiero puntualizar lo siguiente: es muy cierto todo lo que dice el académico Isidoro Ruiz Moreno pero hay que tener en cuenta que a pesar del pomposo título que llevaba el Congreso General Constituyente y la Soberana Asamblea General Constituyente de 1813, no sancionó ninguna Constitución, de modo que puede haber estado presente el espíritu de 1812 pero, desde el punto de vista de las “efectividades” conducentes, 1813 cero, sin desmedro de las trascendentales decisiones adoptadas a manera de anticipo de una futura República soberana.

Lo segundo es que el título de Constitución “la Pepa” estaba en la portada de los imprenteros pero en ningún artículo del texto

se habla de Constitución: el texto del articulado no menciona el nombre Constitución, en las ediciones –que se hicieron varias, e incluso vimos algunas originales en Cádiz– los imprenteros pusieron en la portada, después, “Constitución”, pero inicialmente no recibía esa denominación.

Académico Asdrúbal Aguiar

Saludo, en primer término, que esta sesión de la Academia considere como tema de su interés la célebre y fundacional Constitución de Cádiz de 1812. Ello le hace justicia al esfuerzo constituyente original de nuestra república liberal moderna, realizado para la época por las Cortes Generales y Extraordinarias reunidas en dicha ciudad española. En segundo lugar, aprecio que la muy valiosa y brillante exposición realizada de conjunto por mis nobles amigos los académicos Dalla Vía y Vanossi acerca de este hecho crucial para la historia del constitucionalismo iberoamericano, vuelve por sus fueros. La misma fue saludada y aplaudida antes, como una de las ponencias medulares dentro de la más reciente edición del Coloquio Internacional organizado en territorio gaditano con vistas a la celebración bicentenario de la Pepa. Debo decir, además, que cuando hablo de un acto de justicia merecida en beneficio de la Constitución gaditana no pretendo, como tampoco lo pretende Vanossi, hacer de apologista del texto fundamental e histórico mencionado. Bien puedo, sin embargo, decir algo sobre el origen de este movimiento novedoso y hasta curioso que surge aproximadamente hace ocho años con el propósito de reivindicar el magno esfuerzo revolucionario acometido por esos diputados hoy olvidados, quienes tras los muros de una localidad portuaria cercada por la guerra de y contra Napoleón Bonaparte, imaginan con admirable lucidez los rasgos del moderno Estado de Derecho constitucional y republicano. Ejerce para la época, quien les habla, la presidencia del Consejo Educativo de Unión Latina en París, creada mediante el Acuerdo de Madrid de 1954, y es cuando

su actual Secretario General, el embajador Bernardino Osio, nos obsequia dos textos en italiano para nuestra colección de libros antiguos. Se trata, justamente, de un ejemplar de la Constitución del Reino de las dos Sicilias y otro de la Constitución del Reino del Piamonte. Ambas, al unísono, para nuestra sorpresa, son traslado fiel y directo de la Constitución doceañista, asumida por los dos reinos mencionados como sus cartas políticas. Al profundizar en nuestras investigaciones, en sede de la misma Unión Latina, encontramos que la Pepa sirve de igual apoyo al constitucionalismo portugués y es inspiradora –cosa extraña– del mismo constitucionalismo ruso. De allí, pues, nuestra gran pregunta: ¿por qué razón, junto a la experiencia revolucionaria francesa y americana, que son antesala de nuestra modernidad política e institucional, no aparece ni se menciona la que fragua en Cádiz y que, extremando nuestra observación, hasta la ocultan o demeritan los mismos españoles? La experiencia venezolana es sugerente e ilustrativa al respecto. Casi ningún texto de enseñanza o de estudio crítico sobre la historia constitucional de nuestra patria refiere como antecedente a la Constitución del año ‘12. Es cierto que algunos de nuestros reputados maestros constitucionalistas, en especial el Profesor Allan Brewer Carías, defienden el carácter anticipatorio de la Constitución de Venezuela del año ‘11; pero igualmente es verdad que la Primera República cae en el año ‘12 y el año ‘14 la Constitución Política de la Monarquía Española –como se llama desde su artículo inaugural– es jurada en territorio venezolano y en acto que se repite luego hacia el año ‘20. Visitando los archivos de Cádiz, además, constatamos que un tío del Libertador Simón Bolívar, Esteban Palacios, es firmante de la Pepa. De modo que, tras dicho telón, bajo nuestra coordinación científica, de conjunto con un calificado grupo de constitucionalistas americanos entre quienes debo mencionar por haber fallecido, al ex presidente peruano Valentín Paniagua y contando el patronato de Unión Latina y de la Alcaldesa de Cádiz, nace el compromiso de ese grupo de estudiosos de la historia y del derecho constitucional reunirnos

cada dos años con la intención de revisar *in extensu* la obra de las Cortes gaditanas, en una suerte de actividad continua que ha de tener como epígono el año 2012, fecha efemérides bicentenario. Señor Presidente, dado lo dicho, mal puedo obviar una mención de eventual interés para nuestros colegas de la Academia. Hemos conversado con los académicos Dalla Vía y Vanossi, a objeto de referirles que así como el primer coloquio internacional sobre la Constitución de Cádiz ha lugar en la ciudad del mismo nombre el año 2002, continuando luego con el coloquio de Guadalajara en el año 2004, que apoya el profesor mexicano José Barragán, hasta cuando se efectúa su sesión siguiente en Sicilia, bajo los auspicios de la Universidad de Messina y de su decano de Derecho, profesor Andrea Romano, ya concluida recién nuestra nueva jornada en Cádiz este año 2008, queda pendiente organizar un nuevo encuentro en tierras americanas para el año 2010. Ojalá sirva Buenos Aires y nuestra Academia, de anfitriones para el coloquio pendiente. Sabemos de la suerte de limitante que implica la denuncia por la Argentina, debido a razones financieras, del Tratado de Madrid que la hace parte de Unión Latina. No obstante creemos que puede ser un obstáculo superable, dada su naturaleza. Decimos, en conclusión, que la Constitución del año '12 deja una huella muy profunda en el alma constitucional de nuestro continente, como lo han hecho constar, pruebas en mano, los juristas e historiadores que se han hecho presentes en los Coloquios sobre Cádiz. Incluso, para nuestra sorpresa, hasta un constitucionalista puertorriqueño dice que “la única base y anclaje que les permite sostener aún la lucha por la autonomía de Puerto Rico frente a los Estados Unidos, reside en las Cortes Generales y Extraordinarias de Cádiz y su obra constituyente. Otro tanto ocurre con el constitucionalismo centroamericano. No obstante hacemos propia la tesis del académico Vanossi, en cuanto a que la Pepa es una Constitución de transacción; pero creemos, por lo mismo, que en ello radica su virtud y el ánimo moderador que la acompaña, dado el pánico que suscita en toda Europa la experiencia revolucionaria francesa de

1789. Ésta liquida al Antiguo Régimen sobre la sangre de miles de inocentes y en una suerte de desarraigo violento con los referentes confesionales que, según se sostiene, inhiben el ingreso de Occidente a la modernidad. El caso español cursa por otra vía, porque justamente la Iglesia hispana, a diferencia de la anglo-francesa, es defendida de un modo militante por los sectores populares de la península. La mayoría de los curas y sacerdotes que hacen parte de la curia española procede de los sectores más empobrecidos. La Constitución de Cádiz acaba con la Inquisición, pero mantiene la religión católica como religión de Estado; anula los tribunales eclesiásticos pero somete las decisiones de los tribunales eclesiásticos al conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Y un último detalle digno de citarse, no constante que de modo expreso no lo refiere la Constitución gaditana pero sí es objeto de los otros decretos dictados por las Cortes constituyentes. Nos referimos a la fragua en Cádiz, en 1812, del control difuso de la constitucionalidad al que tanto rinden culto nuestros contemporáneos. “Los jueces civiles y criminales –reza uno de dichos decretos– tendrán que preferir a todos sus negocios aquellos en los cuales esté comprometida la aplicación interpretación de la constitución”. Sobran razones, pues, para celebrar el objeto de nuestra reunión de hoy y alrededor de esta mesa de nuestra Academia.

Académico Horacio García Belsunce

Aunque quizás alejándome del tema que ha motivado las últimas expresiones que se han vertido con tanto acierto en esta mesa, quiero tratar un tema que ha sido mencionado por el académico Vanossi que habló del vocablo o de la expresión jurídica “servicio”. Evidentemente el vocablo “servicio” en derecho no tiene una acepción unívoca, porque una cosa es el servicio en el ámbito del derecho privado y otra distinta es el servicio en el ámbito del derecho público. Los privatistas a veces se niegan a aceptarlo. Hace poco un académico de derecho se disgustó conmi-

go porque él estaba hablando del servicio de justicia y yo le dije “no”, la justicia no presta un servicio, la justicia es una función estatal. Se puso furioso; le dije serenate porque no es para tanto, pues estamos hablando de dos cosas distintas, vos estás ubicado en el derecho privado, con una posición de excelencia, pero no por eso podés negarte a examinar los temas en el orden del derecho público, porque son dos cosas totalmente distintas; una cosa es el servicio en una rama del derecho y otro en la otra. Y esto viene a propósito de que se habla constantemente del servicio de justicia importando la acepción del vocablo en el derecho continental, donde la justicia no es un poder del Estado, pero en regímenes como el nuestro, en que la justicia es uno de los tres poderes del Estado, no tenemos que confundir el concepto servicio. El eximio privatista no podía aceptar que yo dijera que la justicia no era un servicio, y le dije “por favor ubicate que estás haciendo un enfoque exclusivamente privatista”. Las visiones del privatista y el publicista son generalmente distintas, pero no significa que tengan que ser antagónicas, porque no nos olvidemos aquella máxima secular que está por encima de todo, *uno universo juris...* el derecho es uno solo, entonces los compartimentos que el estudio del derecho nos ha llevado a crear y a aceptar y desarrollar no implican apartarnos de esa máxima que debe imperar por sobre todas las cosas. No hay que negar que ciertas divisiones no van más allá del aspecto didáctico o del aspecto científico a los efectos de su tratamiento, pero no rompen el concepto primordial de la unidad e indivisibilidad del derecho, pero es un tema que se hace difícil, porque les repito, este eximio privatista se puso furioso porque yo le dijera que no es un servicio y la justicia no es un servicio, es un poder del Estado, entonces a veces todavía nos cuesta entendernos en las canchas distintas en que jugamos, creo que al final es una sola y hay que saber jugar de cada lado como corresponda sin que por eso el partido tenga que convertirse en un sainete, pero todavía existe esa dureza de algunos sectores para admitir la convivencia con otro sector, pero no nos olvidemos lo que dije al comienzo

“*uno universo juris...*” y de eso no nos podemos apartar, que está por encima de cualquier fanatismo de que esta es mi quintita y aquélla la tuya.

Académico Jorge R. Vanossi

Creo que no hay que apasionarse en este debate porque una cosa es la influencia de Cádiz en el Río de la Plata o en el lugar que sea de América española y otra cosa es la presencia del Río de la Plata en Cádiz: son dos cosas distintas.

Una cosa fueron congresales designados y otros fueron actuantes. Los designados pero que no llegaron a tiempo o llegaron y no entraron en Cádiz, no cuentan; los que cuentan fueron los que realmente tuvieron actuación; y los que tuvieron actuación procedentes de América Latina fundamentalmente son cuatro, aunque puede haber más. Uno es Ramos de Arispe, otro es Fernández de Leiva, otro es Morales Duares y otro es Mejía Lequerica: ninguno era del Río de la Plata (pudo haber otro designado, pero no fue actuante).

Académico Isidoro Ruiz Moreno

El tema de la disertación de nuestros amigos Dalla Vía y Vanossi es la Constitución de Cádiz como antecedente argentino, no tanto la representación de América o la participación que tuvieron sus Diputados. Me parece recordar que el diputado por Buenos Aires era Arguibel, si figuró mucho no lo sé. En cuanto a lo planteado sobre el rechazo de la Constitución Española, yo me explico que no haya sido mencionada expresamente por ese fervor antiespañol que reinaba desde 1810, sobre todo en 1813, y sería muy raro en el ambiente público de Buenos Aires se la hubiera mencionado como modelo para seguir: ya estaba por volver Fernando VII. Hay que tener en cuenta que la Asamblea General era constituyente, con

dos programas fundamentales: primero declarar la independencia, una vez soberano el país, darle su Constitución. Como bien recuerda Jorge Reinaldo Vanossi, en 1813 no hubo Constitución, pero sí leyes fundamentales, que como recién indicaba Asdrúbal Aguiar fueron tomadas de la de Cádiz. Por ejemplo él citó la abolición de la Inquisición y el cese de los mayorazgos también de Cádiz.

En cuanto al rechazo explícito de la Constitución existió cuando en 1820 el general Riego levanta la bandera liberal contra el absolutismo de Fernando VII y se envía una misión diplomática al Río de la Plata. Entonces Rivadavia, Ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores de Rodríguez, se niega a recibir a la misión, pues la comisión regia española venía a ofrecer a los americanos las libertades cívicas contenidas en la Constitución de Cádiz de 1812, y Rivadavia expuso que ya habíamos declarado la independencia y teníamos otro sistema.

Académico Alberto Dalla Vía

Quiero hacer una reflexión de carácter general después de escuchar tan importantes intervenciones, todas tan conducentes porque en definitiva este debate es enriquecedor para todos. Parto de las polémicas que señalaba el académico Vanossi hace un rato, esas polémicas tan apasionadas a lo largo de nuestra historia, tan válidas pero que uno no puede tomar del todo ciertas si se coloca absolutamente de un lado o del otro. Empezando por Sarmiento y Alberdi que polemizaban por cuestiones teóricas pero también con una gran cantidad de rencores personales e ironías en el medio de sus debates, pero también por debates más actuales que toman posiciones más extremas cuando a veces la realidad está un poco a mitad de camino. Por ejemplo con el tema de la fuente, el libro reciente de García Mansilla y de Ramírez Calvo, se lamenta del antinorteamericanismo que existiría en nuestra sociedad y reivindica la fuente norteamericana y es cierto que durante bastante tiempo

en el origen de nuestro Constitucionalismo se renegó del origen hispánico y se miró a la fuente norteamericana como estrella polar fundamental y para eso basta la jurisprudencia de los primeros tiempos de la Corte que seguía prácticamente a la jurisprudencia de la Corte norteamericana. Me parece que en esto tiene razón el doctor Fayt, actual Ministro de la Corte, Ministro decano, en un artículo escrito en la época de su juventud donde rescata la idea de la fuente o el modelo, una cosa es haber seguido la fuente o el modelo de la Constitución norteamericana, como decía el miembro informante que nuestra Constitución estaba basada en el modelo norteamericano para superar los conflictos, y otra cosa es creer que exclusivamente nuestra interpretación tiene que ser así. Allí están los que defienden la coherencia en las fuentes como es el caso de Mairal cuando defiende que un Derecho Administrativo tiene que encuadrarse en un derecho constitucional norteamericano porque si no no hay coherencia; pero por otro lado está la realidad, la realidad es que nosotros seguimos teniendo Derecho español durante mucho tiempo, fue bien entrado, casi sobre finales del siglo XIX donde tuvimos nuestros primeros códigos y ya teníamos Corte Suprema cuando Mitre logró constituirla pero todavía tenemos hoy en la provincia de Buenos Aires el recurso de inaplicabilidad de ley que es una rémora de los recursos de súplica que vienen de cuando ese tribunal era el sucesor de la Real Audiencia Española. Por eso creo que este debate es importante por eso, porque indudablemente coincido con el doctor Vanossi en que Cádiz no es una fuente directa, las fuentes directas son las que tuvieron los constituyentes del '53, la obra de Pellegrino Rossi, el ejemplar del *Federalista*, que pudo traducir Gorostiaga, la obra de Alberdi, el esbozo de Gorostiaga que también destaca el doctor Vanossi en su tesis sobre Gorostiaga. Pero cuando uno lee en nuestro artículo 109 ve que es casi textual del original de la Constitución de Cádiz, lo mismo ocurre con los artículos del ministerio y lo mismo ocurre con nuestro 99 inciso segundo, cambiar la palabra rey por la palabra presidente es exactamente lo mismo, entonces obviamente

ha habido un tránsito y la asamblea del '13 no llegó a sancionar una constitución, pero tuvo un tránsito histórico por distintos documentos constitucionales, inclusive la Constitución del '26 que Vanossi se ha dedicado tanto en reivindicar, y allí están con su misma letra. Entonces me parece que esta fuente indirecta es clara en algunos artículos, posiblemente no recordaba los treinta que había anunciado Carlos Colauti, pero que están en ese derrotero histórico y sobre todo están en ese espíritu revolucionario y liberal que fue forjándose, en esto coincido con el académico Ruiz Moreno, no fueron procesos inmediatos, no fue un hecho que ocurrió de la noche a la mañana, se fueron forjando y en esa lucha, que no solamente eran liberales los que había en Cádiz, era un conjunto producto de un momento, por eso creo que las polémicas sirven como referencia y aportan pero coincido en absolutamente lo que decía el doctor Vanossi que no nos podemos apasionar con esas polémicas porque si tomamos partido vamos a caer en el peligro de ser absolutamente parciales y creo que en Ciencias Sociales es una de las peores cosas que nos puede ocurrir.