

SARMIENTO Y LA CONSTITUCIÓN

*Comunicación del académico Juan Vicente Sola,
en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales
y Políticas, el 10 de junio de 2015*

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de dicha publicación, ni la de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

www.ancmyp.org.ar

ancmyp@fibertel.com.ar

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones (www.imagenimpresa.com.ar)
en el mes de agosto de 2016.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2015 / 2016**

Presidente Académico Ing. MANUEL A. SOLANET
Vicepresidente . . Académico Dr. SANTIAGO KOVADLOFF
Secretario Académico Dr. LEONARDO MC LEAN
Tesorero Académico Dr. RODOLFO A. DÍAZ
Prosecretario . . . Académico Dr. JOSÉ CLAUDIO ESCRIBANO
Protesorero Académico Dr. ROSENDO FRAGA

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Leonardo MC LEAN	22-04-87	Juan B. Justo
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI.....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Dr. Mario Daniel SERRAFERO	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET.....	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF.....	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. María Teresa CARBALLO.....	26-10-11	Roque Sáenz Peña
Dr. Héctor A. MAIRAL	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes
Dra. María Angélica GELLI	12-12-12	Antonio Bermejo
Dr. Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI.	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO	12-12-12	José de San Martín
Monseñor Héctor AGUER	10-09-14	Ángel Gallardo
Dr. Horacio JAUNARENA.....	10-09-14	Mariano Moreno
Dr. Luis Alberto ROMERO	10-09-14	Nicolás Avellaneda

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María BIDEGAIN

Dr. Hugo O. M. OBIGLIO

Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA

SARMIENTO Y LA CONSTITUCIÓN

Por el académico Dr. JUAN VICENTE SOLA

Señor Presidente, queridos colegas académicos, doy esta comunicación con algo de pudor ya que reconozco limitaciones en los temas históricos pero con la esperanza luego el debate me permita profundizar estas ideas. Hablaré luego de los motivos que me llevan a elegir este tema.

Aun en un lectura tradicional la participación de Sarmiento es primordial para la Constitución. Criticó la Constitución de la Confederación Argentina de 1853 con una obra famosa, fue Constituyente en 1860 e integró la Comisión redactora, donde cambió el carácter del estatuto constitucional acercándolo definitivamente al modelo de Estados Unidos. Fue el fundador de la Cátedra de Derecho Constitucional como primer titular y luego la estableció definitivamente por decreto del Presidente. Instauró la práctica constitucional como Presidente de la Nación.

Sin embargo, su principal contribución y la que perdura en la Argentina moderna por encima de los demás constituyentes es su visión de la Constitución como un proceso, antes que un conjunto

de normas o valores. Señaló por primera vez el funcionamiento de la división de poderes y los frenos y contrapesos, pero fundamentalmente creó la constitución moderna a través del control judicial de constitucionalidad. Porque Sarmiento quién primero señaló la importancia de “las instrucciones” para cumplir la Constitución con referencia directa a los fallos de la Corte Suprema y a seguir el ejemplo de la Suprema Corte de Estados Unidos.

El cumplimiento de contrato constitucional requería de dos elementos fundacionales, la necesidad del interprete de la Constitución contrato, es decir la Corte Suprema, lo que ahora llamamos su estructura de gobierno, y también la institución presidencial, como baluarte de la autoridad republicana.

Recuerdo que el Embajador Javier Fernández me señaló que era muy importante leer los “Papeles del Presidente”, los dos últimos tomos de sus obras completas. Funda en ellos el camino de la autoridad presidencial, con los poderes y los límites tomados del gobierno de Estados Unidos. Lo hizo con visión porque el poder presidencial estaba en crisis. En la Argentina por la ausencia del Presidente Mitre por la Guerra del Paraguay, el vicepresidente Marcos Paz encabezaba un gobierno de gabinete de ministros. Pero también en los Estados Unidos donde la institución presidencial estaba en crisis luego de la muerte de Lincoln y el fallido juicio político al Presidente Johnson.

Sarmiento profesor y doctor

Primer profesor de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires designado por decreto del día 27 de agosto de 1856, firmado por el gobernador Valentín Alsina. Las clases no eran obligatorias. El texto utilizado eran los Comentarios a la Constitución.

El doctorado de Sarmiento fue otorgado por causa honorífica por la University of Michigan en el 24 de junio de 1868. Fundada en 1817, hacía dos años que se había mudado de Detroit a Ann Arbor, y era en ese momento la mayor universidad de los Estados Unidos. Cuidaba mucho sus grados y consideraba que los títulos que otorgaba debían ser reconocidos y utilizados. Nada del “doctor de Michiganga” como gritaban sus opositores.

Fue durante ese período que Richard Burton el gran descubridor y escritor inglés viaja a la Argentina para ir a los campos de batalla del Paraguay. Tiene una entrevista con Sarmiento que lo impresiona por su voluntad de progreso. Le dedica el libro “Cartas desde los campos de batalla del Paraguay”, por “alguien que admira la honestidad de sus propósitos y el homenaje que le da al progreso”. Describe las dificultades que debe afrontar pero mantiene sus puntos de vista a pesar del ataque de “los que no comprenden sus ideas avanzadas”...“creen que los deshonran llamándolo maestro”. Todo en un libro que es favorable al Paraguay, “guerra desastrosa y de ninguna manera honorable.”

El carácter profético de Sarmiento

Sin duda el Dr. Sarmiento es nuestra principal figura en la creación del sistema constitucional contemporáneo, fue el “profeta” en la expresión de Ricardo Rojas.

Ricardo Rojas toma un nombre algo pomposo “El profeta de la Pampa” y lo compara con San Martín el “Santo de la espada”. Pero este carácter de visión e influencia en el futuro es resaltado por Borges.

... *Abstraído*

En su larga visión como en un mágico

Cristal que a un tiempo encierra las tres caras

Del tiempo que es después, antes, ahora,

Sarmiento el soñador sigue soñándonos.

El otro el mismo. (1964)

Johathan Miller en su tesis doctoral *habla de un “paradigma de la visión talismánica, sobre la Constitución de los Estados Unidos, fue planteado por Sarmiento. Su tesis sobre el punto aparece en los opúsculos “Comentarios de la Constitución” y “Examen crítico del Proyecto de Alberdi” de 1853 donde Sarmiento celebra que el Congreso Constituyente haya tenido el acierto de limitarse a adoptar la Constitución norteamericana y postula que en la interpretación judicial –manteniendo la coherencia con esa inspiración– se proceda de la misma forma, tomando por buena la doctrina de Story. Lo hace en términos enfáticos y exagerando las virtudes de su modelo, llegando a decir que la jurisprudencia ha alcanzado “tal grado de perfección” que “los partidos políticos ya no discuten ninguna cuestión relativa a la interpretación de la Carta Magna que rige en su Nación”.*

Creo que Sarmiento era demasiado práctico para pensar en talismanes. Simplemente vio a un sistema republicano activo, en un gran país con relativa poca población, que atraía a la población y las inversiones extranjeras y sugirió seguir ese camino frente a las sociedades europeas monárquicas y en algunos casos feudales. Prefirió la mimesis antes que la innovación a oscuras, digamos que prefirió no “inventar la rueda”.

Sobre respuesta de Alberdi dice Miller: *No se hizo esperar la réplica del padre de la criatura, cuya labor Sarmiento menoscababa en el contexto de una agria disputa personal. Recuérdese que en las Bases, criticando la Constitución de 1826, Alberdi dejaba una máxima que resumía su credo: “La constitución que no es original es mala, porque debiendo ser la expresión de una combinación especial de hechos, de hombres y de cosas, debe ofrecer esencialmente la originalidad que afecte esa combinación en el país que ha constituirse”. Tan luego Alberdi, un historicista savigniano, no habría de caer en la trampa de adoptar el modelo americano “a libro cerrado”.*

El tucumano respondió con los “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853” bajo el nombre intencionado de “estudios”, la obra sugería la seriedad del propósito, en contraste con la superficialidad del mero “comentario” alcanzado por Sarmiento. Allí resaltaba sus diferencias, y advertía que “para disolver la unidad y la integridad nacional de la República Argentina, bastaría aplicarle al pie de la letra la Constitución de los Estados Unidos, convirtiendo en Estados a los que son y fueron provincias de un solo Estado. 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”.

Pero las obras de Alberdi quedaron ostensiblemente afuera de toda cita en los fallos del primer período de la Corte. El resultado de la polémica, por lo menos en las versiones de manual, parece claro: la evolución siguió el derrotero sarmientino. La reverencia y los esfuerzos que consagraron los constitucionalistas al estudio de las fuentes americanas demuestran que aquella tesis, que al cabo hiciera suya la Corte Suprema, había triunfado además en el imaginario de los operadores del derecho.

La Constitución y los jueces

En Comentarios Sarmiento dio el fundamento de su doctrina, dado que la Constitución Argentina se basaba en la americana: *“aplicar al texto de sus cláusulas las doctrinas de los estadistas y jurisconsultos norteamericanos y las decisiones de sus tribunales”*.

La Argentina no tenía tradición de división de poderes y, de ninguna manera, la del control judicial. La tradición existente era la del gobierno virreinal español y luego del derecho de las provincias donde no existía ninguna independencia judicial, en algunos casos existía un recurso de alzada al gobernador. Inclusive la Constitución del Estado de Buenos Aires de 1854 solo menciona al Poder judicial otorgándole independencia pero remite luego a la ley para su creación y organización. En la Confederación Argentina no se había integrado la Corte Suprema de nueve jueces y dos fiscales.

En la Confederación Argentina a pesar de haber sido designados los jueces de la Corte Suprema nunca se hicieron cargo. Una vez organizada definitivamente la República el Presidente Mitre designó a los ministros de la flamante Corte Suprema el 18 de octubre de 1862.

El contrato constitucional

La necesidad de unir la república con el poder legítimo fue una idea que acompañó a Sarmiento toda su vida. Tomó la idea de barbarie de Gibbon, Michelet y Agustin Thierry. Ver la página en que utiliza la metáfora del Libro de los Hechos de los apóstoles, “el camino a Damasco”. Su desilusión en el viaje a Europa y su fe en un sistema republicano, federal y por lo tanto descentralizado lo lleva a los Estados Unidos. Botana asocia el viaje de Sarmiento

a Estados Unidos con el de Tocqueville que había ocurrido quince años antes. Ambos buscaban entender el presente, no les interesaba la historia sino el futuro. (Sin duda compartió con Tocqueville la importancia del control judicial en la vida política de los Estados Unidos.) Lo atrajo la amplitud del espacio, la creciente población, vio la esperanza de los inmigrantes irlandeses en su barco, la igualdad social y la libertad económica, el amplio mercado, la actividad pública de iniciativa y control, el federalismo, la libertad y la educación pública. Vio también la esclavitud pero previó su final.

Sarmiento consideró que con la idea del contrato social que aportaba la legitimidad que él deseaba se necesitaba un gobierno poderoso¹. Tulio Halperin Donghi tiene siempre poderosas metáforas lo llama “Author of a Nation”, diríamos la continuidad de “Una nación para el desierto argentino”.

Tuvo la influencia de Joseph Story, tanto como la de Tocqueville.

La visión que nos da Richard Burton es la un gobernante que busca finalizar una guerra para avanzar con los beneficios de la paz. (*Letters from the battlefields of Paraguay*, libro dedicado a Sarmiento a pesar que tiene una visión favorable a los paraguayos).

La fórmula del progreso: instituciones antes que políticas

Sarmiento sostenía la idea del progreso económico, como muchos en su generación, era uno de los baluartes del positivismo. **La sociedad requería de normas para la interacción de las personas.** (Cortés Conde. *Sarmiento and Economic Progress*).

¹ Natalio Botana: “Sarmiento and political order. Liberty power and virtue”. En *Sarmiento. Author of a Nation*. Tulio Halperin Donghi. University of California Press. 1994.

La idea innovadora en Sarmiento es que **el progreso se obtiene con instituciones y no con políticas**. Cree en la Constitución como proceso y antes que como una idea o programa político. En la división de poderes, en los frenos y contrapesos, en un ejecutivo que consolide la unidad nacional, en educación, ejército y marina organizados profesionalmente.

Si Alberdi imaginaba una Constitución como un programa de gobierno, es decir una interpretación valorativa, Sarmiento imagina la Constitución como un contrato, es decir como un proceso, en el que las reglas establecen instituciones y organizan las políticas. Una Constitución de incentivos para crear una nueva cultura constitucional.

Hasta ese momento la idea de un gobierno constitucional, con poderes limitados y declaraciones de derechos era asociada a la anarquía y a la inestabilidad política. Por eso Sarmiento se centra en el poder presidencial, en la estructura del gasto público y la formación del tesoro público. Es el primer presidente civil que cumple con su mandato constitucional y permite la elección de su sucesor. Podríamos decir que con él se limita la existencia de los presidentes militares y aparece la de los abogados.

Esta visión de la Constitución como un contrato cuyo contenido es debatido en procesos judiciales, tiene grandes consecuencias para la sociedad. La lectura de la Constitución no es exegética, como la de un texto sagrado, sino la de un contrato continuamente renegociado que la transforma en una “novela por entregas” según la elocuente metáfora de Dworkin. El origen de los artículos y la opinión de los constituyentes es irrelevante frente a la necesidad de resolver nuevas cuestiones.

Esto se comprueba en la realidad, por ejemplo entre otros a Adolfo Saldías en su obra *Ensayo sobre la Historia de la Constitución Argentina* de 1878, escrita para demostrar que nuestra Constitución no sigue la de los Estados Unidos, tiene un capítulo lla-

mado “Constitución de 1860 concordada con las constituciones de 1819 y 1826” en el que se señalan las similitudes de una multitud de artículos. Incluye la llamada “clausula del progreso” que encuentra similar a los artículos 41 y 42 de la Constitución de 1819² y 54, 55, 56 y 57 de la de 1826³. Esta información, si bien interesante, es irrelevante para la interpretación constitucional. Ésta se basa en el debate judicial de las cuestiones que se presentan y en los precedentes constitucionales existentes.

Al tomar de la Constitución de los Estados Unidos “de Norteamérica” como diría Sarmiento, la división de poderes, frenos y contrapesos, y el control judicial, fundó las bases de nuestro sistema político contemporáneo. Estableció temas que debatimos en la actualidad; fue Sarmiento un profeta. Comprendió la Constitución como un proceso, con jueces activos en su interpretación. Buscó la reforma electoral con circunscripciones uninominales.

Su visión del poder era el de la fortaleza que garantiza la libertad individual. La república era una institución para la creación de ciudadanos. Sus teorías sobre educación e igualdad nos recuerdan la doctrina de las minorías discretas e insulares de Carolene products, 1938... **“educación para todos que representa libertad, república y democracia.”**

² Artículo XLI. Habilitar puertos nuevos en las costas del territorio cuando lo crea conveniente, y elevar las poblaciones al rango de villas, ciudades o provincias.

Artículo XLII. Formar planes uniformes de educación pública y proveer de medios para el sostén de los establecimientos de esta clase.

³ Artículo 54.- Habilitar puertos en las costas del territorio cuando lo crea conveniente y elevar las poblaciones al rango de villas, ciudades, provincias en los casos y con las calidades que la ley prefije.

Artículo 55.- Formar planes generales de educación pública.

Artículo 56.- Acordar premios a los que hayan hecho o hicieren grandes servicios a la nación.

Artículo 57.- Acordar a los autores o inventores de establecimientos útiles privilegios exclusivos por tiempo determinado.

Si me permiten puedo citar unos párrafos; la elocuencia de Sarmiento, que atrajo a Unamuno y a Borges, es sin duda más atrayente que la mía.

La Constitución como “tisana”

La Constitución federal de los Estados Unidos ha recibido la sanción del tiempo, y en su trascurso, pasado por la criba del examen cada una de sus frases; cada una de sus cláusulas, cada una de sus palabras. Centenares de volúmenes se han escrito comentándola, ilustrándola, y durante sesenta años los Tribunales federales han dado decisiones judiciales sobre las materias regidas por aquella constitución.

A tal grado de perfección llega hoy esto, que los partidos políticos no discuten cuestión alguna que a la constitución se refiera, ni a la mayor o menor laxitud en la práctica. Todos los partidos están de acuerdo sobre lo que en el resto del mundo es motivo o pretexto ordinario para las resoluciones y el despotismo.

*Ahora, pues, si nuestro país se constituye bajo el sistema federal, y si adopta en su carta constitucional, hasta la letra de aquella otra constitución, ya discutida, ya fijada, ya probada, resulta necesariamente que toda la labor de aquella sociedad, que toda su ciencia y experiencia viene, a la par de la constitución, a servir de apoyo a la nuestra. **La constitución vendría a ser, pues, para nuestros males, lo que aquellas tisanas, que traen, envolviendo el frasco que las contiene, la instrucción para enseñar la manera de usarlas.***

Sirva esta simple comparación para mostrar lo que nos hemos propuesto en los Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina que principiamos, y es aplicar al texto de sus cláusulas las doctrinas de los estadistas y jurisconsultos nor-

teamericanos, y las decisiones de sus tribunales. Una vez echados en este camino, la práctica de la constitución se simplifica, fijando el sentido genuino de sus disposiciones, ya para que los encargados de ejecutarla no se arroguen atribuciones que no les confiere, ya para que los que han de obedecerla no pretendan, como sucede de ordinario, derechos que ella no asegura.

Se nos dice que los pueblos no están en estado de usar de instituciones tan perfectas. Si hubiésemos de juzgar por ciertos hechos de la República Argentina, diríamos que esos pueblos no están preparados sino para degollar, robar, haraganear, desbastar y destruir.

La Constitución de incentivos

Cuando señala la Constitución como un incentivo al cambio de comportamientos sociales: *Pero hay otro orden de hechos que muestran que esos pueblos en nada ceden a los otros americanos, en cuanto a capacidad de comprender el juego de las instituciones. Ahora una constitución no es la regla de conducta pública para todos los hombres. La constitución de las masas populares son las leyes ordinarias, los jueces que las aplican, y la policía de seguridad. Son las clases educadas las que necesitan una constitución que asegure las libertades, de acción y de pensamiento; la prensa, la tribuna, la propiedad, etc., y no es difícil que estas comprendan el juego de las instituciones que adoptan. Para el ejercicio de una constitución cualquiera, no hay sino dos personajes de por medio, el mandatario, y el ciudadano; los dos aptísimos para instruirse, y saber si está o no en los términos de la constitución, el intento sostenido por cada uno.*

Toda duda a este respecto la resuelve el comentario; no el nuestro, a fe, que no hace mas que desflorar las cuestiones, sino

el comentario norteamericano, que es allí autoridad, y texto para la enseñanza de colegios y universidades; pues la constitución se enseña y profesa, como toda arte liberal, por pertenecer a esa clase las reglas y práctica de los grandes principios que responden a alguna de las cualidades nobles de nuestro ser.

La gran fuente es Story

Hemos seguido las doctrinas de Joseph Story, consultando su grande «Comentario», en todos los puntos constitucionales que son de idéntica contextura con los que nuestra propia constitución abraza. (Cita en el original: *Commentary of 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, Ry. Joseph Story.*)

El Juez Scalia nos señaló que Story fue uno de los grandes jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos y su influencia es comparable a la de Marshall. Basta leer su opinión en el caso *Martin vs. Hunter's Lessee* de 1816. Sin duda la obra de Story fue el paradigma para la enseñanza del derecho constitucional en la Argentina hasta la actualidad. En Estados Unidos aparecieron otros paradigmas de enseñanza.

Sobre el poder judicial

Un cuerpo nacional de jueces llevaría la luz a estos rincones oscuros en que las nociones de la justicia se pervierten, y donde prevalece la violencia o el poder de la fortuna. Una organización de tribunales nacionales establecería además, en sus gradaciones ascendentes, vínculos de unión y de dependencia entre ciertas porciones del territorio que hoy no existen, reconcentrada cada provincia en lo que llamaríamos su independencia y sobera-

nía, si una ruda experiencia no hubiese mostrado que no es mas que su desamparo, su aislamiento y abandono a su propia suerte. Aquella poderosa federación que es hoy el modelo de todas las libertades como el teatro de todas las prosperidades, está dividida en nueve circuitos judiciales, en cada uno de los que, entraría la República Argentina toda, y quedaría mezquina en capacidades jurídicas y en número de habitantes. Un miembro de la Suprema Corte que se reúne en diciembre en Washington, preside dos veces al año a un tribunal de apelaciones tenido en cada distrito, y sucesivamente en cada estado de los que lo componen. ¿Porqué las provincias argentinas no se agregarían en Distritos judiciales, para que anualmente viniesen jueces probos y llenos de ciencia, extraños a las influencias de lugar, superiores a toda intimidación, a enderezar los entuertos de una justicia de aldea, y los extravíos de las pasiones o los errores de la ignorancia? Así pues la administración de justicia nacional está destinada a curar las inmundas llagas del aislamiento y de la oscuridad provincial, y establecer un vínculo de unión que ligue a unas provincias entre sí, y a todas con la capital; a llevar una antorcha que alumbre en los ángulos mas secuestrados del territorio, descubra, denuncie y cure; a prestar amparo a todos los derechos oprimidos en cada localidad y cuyos clamores quedan sufocados por la violencia misma que los arranca; a difundir en fin por todo el territorio las luces que están acumuladas en el foro de Buenos Aires y de Córdoba, llevando a todas partes las prácticas, formalidades y garantías de la administración de justicia, extirpando los abusos, uniformando los procedimientos, y creando el conjunto de usos, derechos, y autoridades que solo constituyen una nación y aseguran la libertad de sus moradores, como su prosperidad y engrandecimiento.

Ni paran ahí las ventajas de institución tan salvadora. La justicia es la forma visible del derecho, y la justicia, debidamente administrada, concluye por familiarizar a cada hombre con la

idea de sus deberes y de sus derechos, y con la idea del derecho, es con lo que los hombres han definido lo que eran licencia y tiranía. “Ilustrados por ella, dice Toqueville, de quien tomamos estas palabras, cada cual ha podido mostrarse independiente sin arrogancia, y sumiso sin bajeza. El hombre que obedece a la violencia se doblaga y se abaja; pero cuando se somete al derecho de mandar que reconoce en su semejante, se eleva en cierto modo sobre el que manda. No hay hombres grandes sin virtudes, como no hay gran pueblo sin respeto a los derechos; puede decirse que no hay sociedad; porque, ¿qué es una reunión de seres racionales, cuyo único vínculo es la fuerza?”

En un país como el nuestro, que salió del reino desenfrenado de la violencia y de la fuerza brutal, es preciso levantar muy alto por todas partes el pendón de la justicia y del derecho. Así la Constitución Argentina ha establecido en los tribunales de justicia un poder superior a todos los otros poderes, en cuanto ellos son en definitiva los intérpretes de la constitución, y por tanto los jueces que han de resolver todas las cuestiones de derecho y de hecho que del ejercicio de aquellas emanan; y este es un punto capital para que lo dejemos pasar inapercibido.

La teoría es sencillísima. El poder judicial es independiente de los otros poderes, y coexistente con ellos. Su oficio es aplicar las leyes, en todos los casos contenciosos: la Constitución es la ley suprema, luego la aplicación práctica que de sus disposiciones hagan los otros poderes recae bajo la jurisdicción y el fallo del Supremo poder judicial, en los casos que se reputen agredidos derechos que motiven acción, y pidan amparo. Esta doctrina era ya perfectamente reconocida por Washington en el momento de principiar su primer circuito los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, dirigiéndoles la siguiente nota. “Caballeros: Siempre he estado persuadido de que la estabilidad y buen suceso del gobierno nacional y por consiguiente la felicidad del pueblo de los Estados Unidos, dependería, en mucha

parte, de la interpretación de las leyes. En mi opinión, por tanto, importa que el sistema judicial sea no solo independiente en sus operaciones, sino tan perfectamente como sea posible en su formación.” Los términos de la Constitución Americana y los de la nuestra coinciden tan perfectamente en establecer la jurisdicción de los tribunales supremos de justicia para la interpretación de la constitución, que podemos sin restricción reproducir las doctrinas recibidas para la una como perfectamente emanadas de la otra.

Oigamos al Juez Story. “La constitución declara (art. 6) que Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se sancionaren con arreglo a ella, y todos los tratados, etc., serán la Suprema ley de la tierra.” También declara (art. 3) que el poder judicial se extenderá a todos los casos en ley y equidad que emanen bajo esta constitución, las leyes de los Estados Unidos y tratados celebrados, o que hubieren de celebrarse bajo su autoridad. Declara además (art. 3) que el poder judicial de los Estados Unidos “será depositado en una Corte Suprema, y las otras cortes inferiores, que el Congreso ordene y establezca de tiempo en tiempo.” Aquí, pues, tenemos expresa y determinada provisión sobre cada punto. Nada es imperfecto, ni nada deja en implicación. **La constitución es la ley Suprema; el poder judicial se extiende a todos los casos que ocurran en ley y equidad bajo aquella; y las cortes de los Estados Unidos son, y en último resorte, la Suprema corte de los Estados Unidos es, la investida con el poder judicial. Ningún hombre puede dudar o negar que el poder de construir la Constitución es un poder judicial. El poder de construir un tratado es igualmente claro, cuando el caso suscita controversia entre individuos. El mismo principio puede aplicarse, cuando el sentido de la constitución lo pide, una controversia judicial; porque es función propia del poder judicial construir las leyes. Si pues, ocurre un caso, bajo esta constitución, que sea susceptible de examen y decisión judicial, véase que el mismo tribunal está nombrado para dar la decisión.”**

*La opinión dada por Alejandro **Hamilton en el Federalista**, que era el órgano de las ideas que prevalecieron en la formación de la Constitución Norteamericana, es igualmente concluyente. “La Constitución, decía, define la extensión de los poderes del Gobierno general. Si en alguna época la Legislatura general traspasase sus límites, el departamento judicial es un estorbo constitucional. Si los Estados Unidos se exceden de sus poderes, si dictan una ley que la constitución no autoriza, es nula; y el poder judicial, los jueces nacionales, que, para asegurar su imparcialidad, han sido hechos independientes, la declaran nula. Por otra parte, si los Estados traspasan sus límites, si dictan una ley, que sea una usurpación del Gobierno general, la ley es nula, y jueces rectos e independientes lo declararán. Todavía mas, si los Estados Unidos y los estados particulares se chocasen, si se disponen a pelear, ellos pueden hacerlo, y disposición gubernativa alguna puede evitarlo.”*

Los casos que son jurisdicción de la Corte Suprema

Para completar el sentido de estas disposiciones, añadiremos el conciso juicio pronunciado por el Justicia Mayor Jay “Puede preguntarse, dijo en un caso judicial, cuál es el preciso sentido y latitud en que las palabras establecer la justicia (o afianzar como quiere nuestra constitución) es aquí usada o entendida? La respuesta a esta pregunta resultará de las provisiones hechas en la constitución con respecto a este párrafo. Ellas están especificadas en la segunda sección del tercer artículo (art. de la nuestra) donde se ordena que el poder judicial de los Estados Unidos se extenderá a diez descripciones de casos a saber: 1° a todos los casos que ocurran bajo esta constitución: porque el sentido, construcción y operación de un pacto debe ser siempre verificado por todas las partes, y no por la autoridad derivada solamente

de una de ellas. 2° A todos los casos que emanan de las leyes de los Estados Unidos; porque como tales leyes, constitucionalmente sancionadas, son obligatorias para cada estado, la medida de la obligación y obediencia no ha de ser decidida y fijada por la parte de quien son debidas, sino por un tribunal que derive su autoridad de ambas partes. 3° A todos los casos que nazcan de tratados celebrados bajo su autoridad; porque como los tratados son pactos celebrados por toda la nación y obligatorios para todos sus ciudadanos, su operación no puede ser afectada o regulada por leyes locales, o cortes de una parte de la nación. 4° A todos los casos que afecten a embajadores o a otros ministros públicos y cónsules; porque como son empleados de otras naciones, a quien esta nación está obligada a proteger, y tratar conforme a la ley de las naciones, solo la autoridad nacional puede conocer de los casos que les afectan. 5° A todos los casos de almirantazgo y de jurisdicción marítima; porque, como los mares son la conjunta propiedad de todas las naciones, cuyos derechos y privilegios relativos a él, son regulados por la ley de las naciones o los tratados, tales casos pertenecen necesariamente a la jurisdicción nacional. 6° A controversias, en que los Estados Unidos sean parte; porque en los casos en que todo el pueblo está interesado, no seria igual ni prudente dejar a un estado (provincia en nuestro caso) decidir y medir la justicia debida a los otros. 7° A controversias entre uno o mas estados; porque la tranquilidad doméstica requiere, que las contiendas entre estados sean pacíficamente terminadas por una judicatura común; y porque en un país libre, la justicia no debe depender de la voluntad de uno u otro litigante. 8° A controversias entre un estado, y ciudadanos de otro estado; por que en caso de que un estado (esto es todos los ciudadanos de él) tengan demanda contra los ciudadanos de otro estado, es mejor que pueda proseguir su demanda ante una corte nacional, que ante una corte del estado al que tales ciudadanos pertenecen, por el peligro de las irritaciones y acriminaciones, provenientes de aprehensión, de sospecha o parcialidad.

Porque en los casos en que algunos ciudadanos de un estado tengan demanda contra todos los ciudadanos de otro estado, la causa de la libertad, y los derechos del hombre prohíben que los últimos sean los únicos jueces de la justicia que a aquellos se les debe; y el verdadero gobierno republicano requiere que ciudadanos libres e iguales tengan libre, franca e igual justicia.

9° Entre ciudadanos de un mismo estado reclamando tierras por concesiones de diferentes estados; porque como son puestos en cuestión los derechos de los dos estados a la concesión de la tierra, ninguno de los dos estados puede decidir de la controversia. 10. A controversias entre un estado y los ciudadanos del mismo, y estados extranjeros, ciudadanos o súbditos; porque como cada nación es responsable de la conducta de sus ciudadanos hacia otras naciones, todas las cuestiones concernientes a la justicia debida a naciones extranjeras, o sus súbditos, deben ser verificadas por una autoridad nacional y depender de ella. Esta sucinta inspección de los poderes judiciales de los Estados Unidos deja en el ánimo una profunda impresión de la importancia de ellos para la conservación de la tranquilidad, la igual soberanía y los iguales derechos del pueblo [7].”

¿Qué constituye un caso?

Quedaría solo por establecer lo que constituye un caso en el sentido de la cláusula. “Es claro, responde el Juez Story, que el departamento judicial está autorizado para ejercer jurisdicción en la plena extensión de la Constitución, leyes y tratados de los Estados Unidos, toda vez que una cuestión tocante a ellos asuma tal forma, que el poder judicial sea capaz de actuar sobre ella. Cuando ha asumido tal forma entonces se convierte en un caso; y entonces, y solo entonces el poder judicial se lo avoca: Un caso, pues, en el sentido de esta cláusula de la Constitución, ocurre,

cuando algún asunto tocante a la Constitución, leyes, o tratados de los Estados Unidos, es sometido a las cortes por una parte que establece su derecho, en la forma presenta por la ley. En otras palabras, un caso es una instancia en ley o equidad, seguida conforme al curso regular de los procedimientos judiciales; y cuando envuelve alguna cuestión, que se suscita bajo la Constitución, leyes o tratados de los Estados Unidos, está dentro del poder judicial confiado a la Unión.

En el primer proyecto de Constitución de los Estados Unidos, la cláusula era: “la jurisdicción de la corte suprema se extenderá a todos los casos que se susciten en virtud de las leyes sancionadas por la legislatura de los Estados Unidos.” Las otras palabras “la Constitución” y “tratados” fueron añadidas después sin aparente objeción.

Los casos excluidos en 1860

A los casos que la Constitución americana ha designado como de la competencia especial de los tribunales de justicia nacional, la Constitución Argentina ha añadido dos mas que son de una importancia y consecuencia capitales. Es el 1° de entre estos el de conflicto [8] entre los poderes públicos de una provincia. Cada página de nuestra historia, o mas bien toda nuestra historia versa sobre los conflictos de autoridades. Es la parte viva durante el gobierno español en toda la América, y después de la independencia, mas que conflictos son atropellamientos, de parte de los poderes armados, sobre los que no podían oponer resistencias. Cómo, sino de este modo, puede explicarse el predominio de esos gobernantes que se han perpetuado, durante veinte años ya sin escándalo, a fuerza de ser común el hecho? El conflicto con las legislaturas no se ha obviado por la mayor parte, sino destruyéndolas, intimidándolas y haciendo imposible todo

reclamo, por la falta de tribunal, fuera del alcance de la intimidación y el cohecho, ante quien hacer valer el derecho hollado. Este vacío se ha propuesto llenar la Constitución, dando a los poderes emanados del pueblo, que se ven agredidos, o embarazados en el ejercicio legítimo de sus funciones, un recurso para restablecer sus derechos, y sacar de la esfera provincial en que quedan de ordinario sepultadas estas violaciones, para que pueda estatuirse sobre ellas. Esta disposición es no solo conforme con nuestros antecedentes históricos, sino un remedio supremo a la falsificación de las instituciones que ha prevalecido hasta hoy, en todas las provincias. En casi todas ellas, por leyes escritas o por formas establecidas, ha existido la división e independencia de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. El hecho práctico empero, es hasta hoy que las legislaturas y aun los tribunales de justicia en muchas de ellas han sido simples oficinas de autorización y refrendación de los mandatos de los jefes de provincia, no escaseando los actos de violencia pública y notoria, la intimidación y aun las órdenes expresas, cuando han mostrado aquellos poderes disposiciones de obrar en la esfera de sus atribuciones. Los tribunales de justicia nacionales están, pues, llamados por la Constitución a dirimir estos casos, y prestar apoyo y sanción a los actos que, oídas las partes, resultaren conformes al espíritu y a la letra de esta constitución. La frecuencia de estos casos, las decisiones dadas sobre ellos, la publicidad a que está destinado su debate, esclarecerán las cuestiones de derecho constitucional a ellos referentes, estableciendo las doctrinas que hayan de regirlos, y formando la conciencia y la opinión pública a este respecto. La constitución federal de Norteamérica podía sin grave riesgo suprimir este caso. El desbordamiento del despotismo era para ella un riesgo posible, no un peligro inmediato. La Constitución Argentina es dictada en medio de los tizones aun humeantes de una tiranía nacional, y provincial, cuya reaparición ha debido tenerse a la vista.

El segundo es los recursos de fuerza. Siendo la religión católica la de la masa nacional argentina, preexisten con ella a la promulgación de la constitución, los tribunales eclesiásticos encargados de dirimir las cuestiones relativas al matrimonio y otras. Los cánones del Concilio de Trento declaran que los impedimentos eclesiásticos son obstáculo no solo para la realización del sacramento, sino también para la existencia del matrimonio. De aquí viene que aunque la legislación francesa no haya considerado el matrimonio sino como un contrato civil, los canonistas se consideran en el derecho de no reputar válido el contrato matrimonial si existe alguno de los impedimentos dirimentes establecidos por la Iglesia, y ella no los ha dispensado, aunque hayan sido absueltos ante los tribunales civiles.

Sea de ello lo que fuere, los tribunales eclesiásticos existen, y ejercen jurisdicción legal sobre los católicos, el recurso de fuerza [9] es, como se sabe una apelación a las alzadas civiles de los actos y juicios de estos tribunales cuando violan las formas del derecho común, o estatuyen sobre lo que no es de su competencia. El recurso de fuerza preexistía como existían los tribunales eclesiásticos, en virtud de la jurisdicción del poder civil en todo lo contencioso exterior, y la Constitución encarga aquel recurso a los tribunales federales. No incluir esta atribución entre las designadas por la Constitución de los Estados Unidos, habría sido imprecisión, y falta de estudio de las diferencias normales de situación entre ambos países. El gobierno en los Estados Unidos no ejerce patronato sobre creencia alguna, y no admite por tanto jurisdicción legal de los tribunales de pura conciencia para los creyentes. No es así el Gobierno Argentino, que si bien no es dueño de adoptar o no el culto católico, le sostiene y por tanto reconoce existencia legal a sus instituciones.

En la convención del Estado de Buenos Aires de 1860

La importancia de un debate constitucional, oportunidad prohibida en 1853, donde no sabemos qué se habló en esas diez noches. Curiosamente sabemos más de las Convenciones de 1819 y de 1824.

En la sesión del 6 febrero 1860 de la convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la constitución nacional Sarmiento **hace la propuesta de que la convención se declare en Comisión** para de esa manera actuar libremente en un debate sobre las ideas que debían integrar la constitución. Porque señala no fueron debatidas en 1853. Dice en su discurso refiriéndose al texto sancionado en 1853: *“esa constitución que vamos examinar fuera del año 52, cuando no había prensa en la República Argentina, ni había en el mismo lugar en donde se discutió. Los pueblos no tomaron parte en el debate: dos o tres jurisconsultos, o que se consideraban tales, fueron los que proyectaron la constitución, y la sancionaron en circunstancias terribles, en medio de la guerra y de los desastres bajo pretexto que era preciso salvar el país. Si alguna vez ha podido hacerse valer las circunstancias, era entonces, porque no había libertad: en primer lugar porque no había nacido la libertad, y había debates, o que no había pueblo, si es posible decirlo.*

La crítica de Sarmiento a la falta de debate en 1853

La constitución, señores, no fue examinada por los pueblos: fue mandado debe ser desde un campamento, en un cuartel general del ejército; formando a regir y obedecer por lo mismo que la habían confeccionado... Ese pacto de noviembre es una estipulación que los enemigos han hecho diciendo: puesto que no podemos dirimir esta cuestión por la fuerza, dirimámosla por la razón, con concesiones recíprocas... por ese pacto hemos conquistado el derecho de discutir la constitución, de examinarla y reformarla.”

La prohibición de los diez años

En la sesión del 1 de mayo se debate la inconsistencia de abrir la reforma de la constitución a pesar que la constitución de la confederación Argentina pone una barrera temporal de 10 años desde el momento de su entrada en vigencia para efectuar una reforma. Sarmiento es lacónico y eficaz en este punto: *“para comprender la necesidad de suprimir este artículo no hay más que presentar el hecho de la existencia de la convención. Podemos decir como Descartes: pienso, luego existo. La convención existe, luego esta parte está reformada.”*

La facultad presidencial de establecer el estado de sitio

En la sesión del 7 mayo se debate la competencia hubiera tenido presidente para por sí solo usó la facultad de establecer el de estado de sitio, *“en casos urgentes” “así señores, mejor sería borrar de punta a cabo el artículo de las garantías individuales, porque se artículo al poder ejecutivo facultades que la suprime todas y no hay persona segura en su cama.”*

La jurisprudencia en la Constitución

En la sesión del 7 mayo, en la Convención Constituyente de la provincia de Buenos Aires para reformar la Constitución Nacional, se discutió las atribuciones de la justicia federal y entre ellas las cláusulas que establecía el texto de 1853 y que le daba competencia para dirimir conflictos entre los distintos poderes públicos de una misma provincia. **Una buena oportunidad que utiliza Sarmiento para reiterar su visión procesal de la constitución.** *“El principio salva todos los tribunales federales. Son para los casos establecidos por la constitución; y las leyes del Congreso son también emanadas de las facultades de la constitución.”*

“Nosotros no hemos establecido más conclusiones que aquellas que dan los códigos; pero es esta salvado también en las cosas relativas: la ley común, la ley municipal y la ordinaria, no se hacen federales, y ya se ha demostrado que las leyes comunes quedan como eran antes.... Por mi parte no soy de los más versados respecto de lo que quieren decir esas palabras, pero bástame saber que es literalmente copiado de la constitución de los Estados Unidos, y que si hay alguna cosa clara y luminosa, es esa parte que nos parece nebulosa y oscura en este momento.”

“Tal vez ese artículo en 80 años de experiencia y práctica no ha dado lugar a las dudas que se mencionan. Sobre todo, ahí están las decisiones de los tribunales que son respetadas en los Estados Unidos y más valederas que las leyes mismas. Esta la jurisprudencia de cada palabra, porque cada palabra sido ya 500 veces interpretada y los tribunales de justicia ha marcado lo que vale. De manera conociendo los jueces de la Corte Suprema, los derechos comunes a todos los hombres como losa de conocer el Congreso ¿es posible que ocurra un caso en la República Argentina, que no haya ocurrido 100 o 200 veces, y que no esté decidido ya como se entienden esas palabras?”

Los dos valores constitucionales

En la sesión del 8 mayo se plantea el debate sobre el artículo propuesto por la Comisión redactora en el que se habla de derechos enumerados y se establecen allí los dos grandes valores constitucionales expresados en el texto de la Constitución, la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno.

Sarmiento analiza este artículo y plantea el debate de la validez de las leyes dictadas por el Congreso de la confederación y su validez en el Estado de Buenos Aires que no había sido parte en los debates: *“las leyes del Congreso en que Buenos Aires no*

estaba representado, no nos obligan a nosotros por el principio de la soberanía popular, y por el principio de la forma republicana de gobierno, que hace que la ley emane del consentimiento de los pueblos, no nos obligan sino aquellas en que tuvimos participación”.

La falta de continuidad de las leyes de la Confederación

“No hay duda que la confederación ha dictado una porción de leyes, ellos son leyes de la confederación que no tienen nada que ver con nosotros; nosotros no tenemos nada que ver con la legislación que ha dictado la confederación sobre los derechos diferenciales, sobre la frontera o sobre cualquier otra cosa; no tiene nada que ver con las sanciones,... la legislatura de Buenos Aires, que se acepta algunas leyes, es por una especie de convenio entre ambos que se hizo en la dificultad de conciliar tantos hechos divergentes en presencia de un poder que tenemos por delante para hacernos tranquilizar, pero no le quedaba otro refugio que combatir en el terreno legal...” fue premonitorio en este punto Sarmiento ya que cuando el Congreso de la nación se reunió en 1862 comenzó una nueva numeración de las leyes nacionales y excluyó la vigencia de las leyes dictadas por el Congreso de la confederación.

Los derechos de exportación y el gasto público

En el largo debate con de la Riestra sobre los derechos de exportación estableció un criterio práctico para analizar la financiación de los gastos del gobierno nacional. Éste sería un tema que reiteraría su gestión como presidente la necesidad de financiar el gasto público nacional, fue premonitorio en señalar la necesidad de la existencia de un impuesto a la renta como sustitución al im-

puesto a la exportación. “*Me argumento es este: ya no vamos a consignar las contribuciones de los derechos de exportación para la provincia de Buenos Aires, sino a suprimirlas para toda la nación a fin de que el Congreso no pueda imponer las. Supongo, pues, que el Congreso tenga más contribuciones que el derecho de importación. ¿Bastarán esas rentas a cubrir los gastos nacionales? Esta es la cuestión. Así el año pasado, por el aumento inútil de rentas en los Estados Unidos se bajaron las tarifas, no por razón de libre cambio. No sobra mucha plata, dijeron y necesitamos cobrar menos cantidad y entonces bajaron los derechos de importación. Si en lugar de sobra rentas hubieran faltado, ¿qué habrían hecho? Subir los derechos.*”

El debate con Félix Frías sobre la no participación en el debate constitucional

En la sesión del 11 marzo se debatió la propuesta del convencional Félix Frías, el cual integraba un grupo de convencionales que había resuelto no participar en las discusiones de la convención y votar en silencio contra toda reforma, aunque sería reservado el derecho de presentar una proposición en homenaje sus convicciones religiosas. Esta propuesta reiteraba un texto existente en las constituciones anteriores a 1853 y decía: “*la religión católica, apostólica, romana es la religión de la República Argentina, cuyo gobierno costea su culto. El gobierno le debe la más eficaz protección y sus habitantes el mayor respeto y la más profunda veneración.*” Es ésta una cuestión histórica en la actualidad aunque tanto en 1853 y en 1860 fueron parte central de los debates. Más aún en 1853 fue uno de los tres grandes temas efectivamente debatidos por la constituyente, juntamente con la oportunidad de la reforma y la cuestión capital. Se concluyó en 1853 con una redacción del compromiso que es el actual artículo 2

de la constitución. Este tema sólo tiene interés puramente histórico y no actual. Si es de algún interés explicar el enojo de Sarmiento es debido a que ese grupo de convencionales se había negado absolutamente a participar en el debate de la reforma constitucional a menos que se reconociera al culto Católico como religión del Estado. *“Si hubiera algún estímulo que pudiera traducirse por amor propio al sostener esta obra contra las personas que no han añadido una palabra, que no han ayudado con un grano de arena en el trabajo, sería un egoísmo legítimo de parte de los hombres que han estado cuatro meses sobre la brecha para proponer esas reformas, no tolerar con calma que los que no han hecho más que obstinarse en todo, vengan a echar una arteria incendiaria para hacer arder las pasiones con cuestiones tan graves.”*

El cierre del debate y el llamado de la unidad nacional

Finalmente el 11 de marzo fue el cierre de la convención reformadora donde Sarmiento expresó una conmovedora oración sosteniendo la unidad nacional. Une este acto constituyente con nuestros orígenes como nación independiente: *“tomado aún como bandera de conciliación y de paz, el hombre ilustre de Provincias Unidas sería un bálsamo para las pasiones que dividen la República Argentina... Pongamos un nuevo nombre al nuevo capítulo de nuestra historia que ya comienza en 1860, y ese nombre sea la continuación de la obra nuestros padres, desde donde las pasiones que destruyeron el Congreso del año 16 la extraviaron las divagaciones... Como nosotros, los Estados Unidos fueron nueve años confederación sin poder arribar resultado ninguno. Como nosotros encontraron una palabra que lo salvo. Llamaron se Estados Unidos de Norte América. Nosotros también después de los nueve años de vacilaciones, de lucha, de guerra somos ahora conoceremos las provincias unidas del Río de la Plata! Estas*

circunstancias y esta comparación me parece muy oportuna.” Y termina “¡que se levanten, pues (volviendo la vista hacia los bancos de la oposición y poniéndose involuntariamente de pie) y que exclaman con nosotros: queremos unirnos, queremos volver a ser las provincias unidas del Río de la Plata!” Dice el diario de sesiones: “la convención se pone de pie en masa; la tribuna de la barra sofocada por un inmenso concurso se conmueven, el presidente y secretario se levantan sus asientos y todos los concurrentes y los convencional dándose la mano prorrumpen en gritos de ¡vivan las provincias unidas del Río de la Plata! ¡Viva la convención de Buenos Aires! ¡Viva Sarmiento! Disolviéndose la sala después de declarada por aclamación sancionada la reforma, en medio de la emoción del público.)

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

La visión de Sarmiento sobre los efectos de las sentencias de la Corte Suprema anticipa la doctrina que tomaría la misma y que ha sido abandonada en la actualidad. Señala en el Senado: ...“*si el Congreso de una ley que un tribunal en un pleito declara inconstitucional, la ley no queda declarada inconstitucional para todos los casos, sino en ese caso, habiendo ya la presunción de que la ley sea inconstitucional, pero no es más que presunción; el Congreso no revoca por eso, no que la ley sin aplicación en todos los casos, sino únicamente el caso en que fue declarada inconstitucional.*” (Sesión del 10 agosto 1875 del Senado de la nación).

Sarmiento y la práctica constitucional

Las ideas constitucionales de Sarmiento nos parecen obvias ya que tal es el grado de su éxito. La novedad de 1860 es lo habi-

tual contemporáneamente: El modelo de Estados Unidos, la división de poderes, el control judicial de constitucionalidad.

Su análisis de la dinámica constitucional en el Senado hoy parece un texto escolar, pero fue el pionero en hacerlo ya que no aparecía ni siquiera en las obras contemporáneas de derecho.

Facultades del Congreso y del Poder Ejecutivo

En este debate parlamentario nos sostiene una visión sistémica de la Constitución que nos recuerda la instrucción de John Hart Ely en su tradicional obra “Democracia y Desconfianza” de no hacer una interpretación de cláusula cerrada (clause bound interpretation) de la Constitución.

La Constitución ha autorizado a la Legislatura Nacional a hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes conferidos por ella; pero no la ha autorizado para restringir o ampliar esos poderes por medio de leyes o reglamentos.

El Congreso no puede, por ejemplo, desprenderse por una ley de la facultad que la Constitución le acuerda, de aprobar los tratados celebrados por el Poder Ejecutivo, como no puede tampoco quitar a este la facultad que, como rama importante del Gobierno Federal, le confiere el artículo 6°.

Ni aun dictando esas «leyes y reglamentos» podría el Congreso ultrapasar sus facultades constitucionales: porque ese artículo solo quiere que los poderes concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación, sean puestos en ejercicio por medio de «leyes y reglamentos» dictados por la Legislatura; pero de ninguna manera autoriza al Congreso Nacional a determinar el alcance de esos poderes, alcance que esta señalado por la Constitución misma.

El Congreso ha dictado la ley de Justicia Federal en virtud de la facultad que le confiere el inciso “28 del artículo 67; pero en ella no habría podido decir al Juez de que manera había de fallar en el caso de N. Contra N. Y no lo habría podido decir, porque las facultades constitucionales del Poder Judicial, su juicio y discreción propia en todos los casos en que el Gobierno Federal esta llamado a intervenir, están muy arriba de la ley del Congreso, que solo puede reglamentar el ejercicio de aquellas facultades, sin tener derecho para sujetar dentro de un arco de hierro el juicio y la discreción individual de los miembros del Poder Judicial. Es por eso precisamente, por esa imposibilidad constitucional que tienen las Legislaturas para dictar «leyes y reglamentos» sobre «el juicio y discreción» de los jueces, que, para buscar que el fallo final garantice del mejor modo posible la vida, la propiedad y las libertades individuales, se han organizado los tribunales de apelación, donde el juicio y la discreción de los mas, puede destruir el juicio y la discreción de los menos. Y, como un juicio poderoso contra el abuso de ese mismo «juicio y discreción» dejado de una manera tan absoluta al Poder Judicial, vienen las sabias cláusulas de acusación pública.

Lo mismo, pues, que la Legislatura no tiene facultad para imponer una discreción al Poder Judicial en aquello que es de su exclusiva competencia, tampoco la tiene para imponérsela al Poder Ejecutivo en las materias en que la Constitución le ha dejado un arbitrio propio.

La Constitución escrita sería inútil, porque sobre esa ley estaría la ley del Congreso que sin reformar aquélla, la dejaría impotente.

Pero felizmente, este caos á que quieren arrastrar al país que hoy en las Cámaras sostienen lo que ayer combatían, en lo que toca al Ejecutivo, no ha de ser práctico.

La Constitución Argentina, con todos los defectos que pueda tener, es perfecta en este punto. Ella ha hecho verdaderamente Independientes las funciones de las tres ramas que forman el Gobierno Federal, dejando a cada una un juicio y una discreción propia en todo aquello que libra al cuidado de cada una.

Y para reprimir los abusos de ese juicio y esa discreción, ha establecido un sistema armonioso é invariable en su marcha que compele á todos los mandatarios, obligándolos á permanecer dentro de esas facultades constitucionales.

Si al usar de esta facultad constitucional ejecutiva, el Presidente ha obrado mal, ahí´ están, primero los tribunales nacionales á donde pueden ser arrastrados á juicio los agentes ejecutores de sus órdenes: y después, ahí´ está la Constitución haciéndole responsable ante la Cámara de Diputados y el Senado por medio de la acusación pública, por el uso abusivo hecho de la discreción ¿independiente que ella le acuerda en todo lo que está llamado á manejar.

Si el Poder Judicial juzgando, prevarica ó tuerce sumisión, en las Cámaras del Congreso están sus acusadores y sus Jueces, para condenarle por el uso imperfecto de la discreción que la Constitución le concede.

Y si el Congreso que dividido en Cámaras sirve de juez á los otros poderes, dicta una ley inconstitucional, tiene primero el freno del veto del Poder Ejecutivo, y como éste pudiera no bastar, tiene luego a la Corte Suprema de Justicia declarando inconstitucional la ley y no aplicándola por tanto.

Este armonioso sistema de responsabilidades es sólo con el objeto de garantizar el uso de la discreción y juicio propio que la ley orgánica ha conferido á cada uno de los poderes que forman el Gobierno Federal.

Conclusión

Quiero ahora dar a ustedes, mis colegas, las razones de haber elegido este tema para hoy. El Dr. Sarmiento fue el fundador de la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Aunque solo en un sentido puramente burocrático puedo incluirme entre sus sucesores, quiero celebrarlo. Se cumplen cuarenta años de mi primera designación como profesor adjunto (i) en esa Facultad a propuesta de nuestro colega German Bidart Campos, y me parece que la mejor manera de recordarlo es rendir homenaje a nuestro fundador, el Dr. Domingo Faustino Sarmiento.