

**DOSCIENTOS AÑOS DE LA PROMULGACIÓN
DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ**

*Sesión pública conjunta de las Academias Nacionales de
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Ciencias
Morales y Políticas, el 16 de agosto de 2012*

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión 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

ancmyp@ancmyp.org.ar

www.ancmyp.org.ar

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones (www.imagenimpresa.com.ar)
en el mes de marzo de 2013.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2011 / 2012**

Presidente Académico Dr. JORGE REINALDO VANOSI
Vicepresidente . . Académico Dr. HUGO O. M. OBIGLIO
Secretario Académico Dr. FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA
Tesorero Académico Dr. CARLOS PEDRO BLAQUIER
Prosecretario . . . Académico Embajador CARLOS ORTIZ DE ROZAS
Protosorero Académico Ing. MANUEL SOLANET

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA..	03-08-76	Mariano Moreno
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
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda
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

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Jorge R. VANOSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO.....	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
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
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS....	14-09-05	Ángel Gallardo
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

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María BIDEGAIN

Dr. Carlos A. FLORIA

Dr. Miguel M. PADILLA

*Apertura del acto a cargo del Presidente de la Academia
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires,
Académico Gregorio Badeni*

El acto público que nos congrega fue concertado por las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales para rendir un justo homenaje a la Constitución de Cádiz con motivo de cumplirse 200 años de su promulgación. Homenaje que se extiende a sus autores que, con singular heroísmo, no tuvieron reparos en un momento trascendental de la historia de España, en sacrificar sus bienes, sus familias y sus vidas para defender la libertad, la dignidad y el honor del pueblo español.

A lo largo de estos 200 años, la Constitución de Cádiz fue objeto de innumerables elogios y reprobaciones que no siempre se adecuaron a la objetividad del enfoque científico.

Pero al margen de esta controversia, y tal como fue descrito por el académico Alberto Rodríguez Varela en un ensayo que publicó en “Jurisprudencia Argentina” hace 50 años, la Constitución Gaditana representó la fusión entre las ideas europeas de la Ilustración y el pensamiento escolástico, procurando conciliar las posturas tradicionales con las nuevas corrientes doctrinarias.

Es así que, con la Constitución de Cádiz, el secular movimiento constitucionalista irrumpió en España proyectando su espíritu y su texto sobre algunas naciones hispanoamericanas en las cuales, como bien lo puntualiza el académico Eduardo Martíre, tuvo relevante gravitación en sus procesos constitucionales que confluyeron en la organización de Estados independientes.

A algunos de estos aspectos, que son expresión del más puro constitucionalismo de la Madre Patria, se referirán dos distinguidos analistas de las secuelas jurídicas y políticas de la Constitución de Cádiz. El académico doctor Alberto Dalla Vía disertará sobre la Constitución Gaditana como antecedente del constitucionalismo argentino, y el académico doctor Juan Carlos Cassagne hará lo propio sobre el sistema judicialista de la Constitución de Cádiz y su proyección en Iberoamérica. El cierre del acto estará a cargo del presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, académico doctor Jorge Vanossi.

LA CONSTITUCION DE CÁDIZ COMO ANTECEDENTE CONSTITUCIONAL ARGENTINO

En memoria de Dardo Pérez Guilhou

Por el académico DR. ALBERTO DALLA VÍA

La Constitución Política de la Monarquía Española, jurada por las Cortes Generales y Extraordinarias de Cádiz y promulgada por el Consejo de Regencia el 19 de marzo de 1812 marca la quiebra del Antiguo Régimen, fija los inicios del constitucionalismo hispano y, en general, abre las puertas de la modernidad iberoamericana¹.

Nacida bajo la influencia y el impulso de un movimiento político liberal que contara con el liderazgo de Agustín de **Argüelles** y Diego **Muñoz Torrero**, aún cuando algunos señalan con razón su escasa vigencia y su marcado carácter *ecléctico* compuesto por ideales reformistas, liberales y absolutistas; no puede negarse, sin embargo, que dicha constitución tuviera el gran mérito de impul-

¹ Rodríguez, Mario "El experimento de Cádiz en Centroamérica, 1808-1826", México. Fondo de Cultura Económica 1984, p. 131.

sar el romanticismo político europeo y a la vez ejercer una notable influencia en el constitucionalismo hispano-luso-americano e italiano de la época.

La Constitución de Cádiz de 1812 sería inmortalizada en una célebre “alegoría” de Goya. Fue reconocida por el rey Fernando VII, quien después la derogaría, en la Real Cédula del 4 de mayo de 1814. El monarca nunca perdonaría que **Argüelles** le informase del texto de la constitución aprobada, haciéndole saber que en adelante su título seguiría siendo el de “*majestad*” pero ya no el de “*soberano*” que la nueva constitución reservaba al pueblo, siguiendo el texto francés de 1791.

Sostiene **Sánchez Agesta** que los antecedentes nacionales y los principios de la Revolución Francesa y de las constituciones que nacieron a su influjo se encuentran amalgamados en el estatuto gaditano, y que muchas veces más se imitaron las fórmulas o la letra de los textos de la Revolución que el propio espíritu de ésta². En resumen: como curioso fruto de una revolución política, en la Constitución de Cádiz se entremezclan el escolasticismo y los Fueros, las antiguas Cortes y las hermandades castellanas, Rousseau y Montesquieu.

Hacia 1820 se daría una conjunción de las logias gaditanas con los independentistas del Río de La Plata, logrando la sublevación del ejército expedicionario español de ultramar y la proclamación de la Constitución que se había elaborado en Cádiz en el año 1812. El pronunciamiento de “Las Cabezas de San Juan” fue liderado por el teniente coronel Rafael de Riego.

De ese modo, durante el periodo conocido como “el trienio”, España se convertía en el único país liberal de toda Europa, merced a una serie de acontecimientos que implicaron el avance definitivo de los movimientos independentistas de América.

² Sánchez Agesta, ob. cit., ps. 48 y 60.

En tales circunstancias, Portugal proclamaría su constitución de características muy similares a la española; circunstancia que se repetiría en Italia, particularmente en Nápoles y en el Piemonte. Con anterioridad, en Montevideo, que era el último bastión español del virreinato del Río de La Plata, “La Pepa” fue jurada tras su inmediata aprobación por las Cortes de Cádiz, rigiendo en dicha jurisdicción hasta el año 1814.

En Guatemala fue jurada en 1812, estando vigente hasta 1814, y luego desde 1820 hasta 1824, cuando se dictaría la Constitución Federal de Centro América. En Caracas sería jurada solemnemente a finales de 1812, como consecuencia de la caída de la Primera República, y también en 1820, en territorio aún ocupado por las fuerzas españolas en Venezuela.

Su recepción en Hispanoamérica fue diversa. En la Ciudad de México, siendo virrey Francisco Javier Venegas y llegado a Varacruz un ejemplar autorizado, fue promulgada en septiembre de 1812. Lo mismo ocurrió en la Ciudad de Lima. En cuanto a la región del Río de la Plata, excepto en Montevideo y Salta, las ideas revolucionarias hicieron que la Constitución de Cádiz fuera rechazada.

Explica **Levaggi** que en 1812 había tres situaciones políticas diferentes en América: territorios que permanecían pacíficamente en poder de España o que habían sido sometidos después de haberse sublevado (Lima, México, Cuba, Centroamérica, Venezuela); territorios en guerra, con alternancia de triunfos y derrotas de ambas partes (Quito, Alto Perú, Salta del Tucumán, Banda Oriental); y territorios con aspiraciones de autogobierno regidos por juntas patrias (Buenos Aires, Paraguay, Nueva Granada, Chile), de modo que la relación entre las poblaciones respectivas y la Constitución fue influida por esa variable.

El 9 de enero de 1813, el Cabildo de Salta, en sesión extraordinaria presidida por el gobernador interino José Márquez de

la Plata, tras escuchar la lectura de un “...pliego cuyo contenido era la Constitución de la Monarquía, acordaron su cumplimiento, ostentando públicamente su alegría y adhesión a este Código Nacional, cuya publicación se hará a la mayor brevedad, según se ha acordado, y con toda solemnidad, avisando al público para su asistencia...”

Fue jurada en la Plaza Mayor el 30 de enero “...colocado el cuerpo capitular y el Sr. Gobernador en un magnífico tablado, en concurso de mucho pueblo y publicó en alta voz la Constitución Política de la Monarquía. Concluido este acto, con repiques de campanas y salvas de artillería y un escuadrón de caballería, se repitió la misma publicación en la Plazuela de la Iglesia de Mercedes”.

“...Y el día 31 se celebró misa solemne de acción de gracias. Se leyó la Constitución antes del ofertorio, y concluida, el Deán celebrante, de capa y coro, se acercó a una mesa dispuesta en el Presbiterio con los Santos Evangelios y juró bajo la forma prescrita. Hizo lo mismo el Gobernador, y recibió este juramento el clero, vecindario, Ayuntamiento, el Señor Provisor del Obispado, Cabildo Eclesiástico, comunidades de San Francisco, Merced y Belén y a todos los empleados. Enseguida se cantó un Te Deum, con lo que se concluyó el acto...”. **Belgrano** derrota a las fuerzas españolas en los campos de Castañares (Batalla de Salta) el 20 de febrero por lo que la vida de la Constitución de Salta fue efímera.

A pesar de que las Provincias Unidas del Río de La Plata no reconocieron la Constitución de Cádiz, muchas de sus disposiciones fueron adoptadas por nuestra obra constitucional y legislativa.

En ese sentido, el académico **Rodríguez Varela** destaca que “...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 1853”³.

No es la oportunidad de reeditar aquí el debate sobre las fuentes de la Constitución en que intervinieran renombrados juristas y hombres públicos, empezando por los nombres ilustres de **Alberdi** y **Sarmiento**, pero recordando las enseñanzas del Maestro **Dardo Pérez Guilhou**, señalemos que por el hecho de haberse adoptado una “fuente” o “modelo” que fue la Constitución de los Estados Unidos, no debe negarse la influencia de otras fuentes directas o indirectas provenientes del Derecho Patrio anterior a la Constitución y aun del Derecho Español.

Entre las fuentes indirectas se encuentran los antecedentes del constitucionalismo argentino: 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.

Destaca **Julio V. González** que 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. 14⁴.

³ Rodríguez Varela, Alberto “*Génesis del constitucionalismo argentino*” Jurisprudencia Argentina. 1962 T. VI Sección doctrina

⁴ Conf. Julio V. González, *Filiación histórica del gobierno representativo argentino*, t. II, ps. 404 y 408.

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 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 la Constitución española y los fundamentos de la Comisión redactora⁵. La influencia gaditana, confirmada luego por los proyectos de constitución presentados, se destaca desde un primer momento. En efecto, el decreto de instalación de la Asamblea General Constituyente, del 31 de enero de 1813, es fiel reflejo 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. Dice García Martínez

⁵ 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.

que nuestra Constitución se apartó, en cuanto a la inmunidad de los diputados, de la Constitución norteamericana, superando a ésta en el alcance de esas garantías⁶.

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 molestados por sus opiniones “en ningún tiempo y por ninguna autoridad”; o como dice el art. 68 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

⁶ Roberto García Martínez, Privilegios parlamentarios. Inmunidad de la opinión, en “J. A.”, 1962-I, sección doctrina, p. 62.

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 lo ha señalado el decano de los constitucionalistas argentinos, **Segundo V. 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.

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, hizo ver a estudiosos de la talla de Adolfo **Posada** y Alberto **Demicheli** un “aire parlamentario” en nuestra Carta Magna de 1853⁷.

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 ello⁸. El sistema del

⁷ Posada, Adolfo “*La República Argentina*”, Cáp. VII, Sección VII.

⁸ 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

Poder Ejecutivo que implantó la Carta norteamericana queda así modificado totalmente.

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.

A tal punto quedó modificado el Ejecutivo presidencialista norteamericano por la influencia del parlamentarismo español de 1812, que **José Nicolás Matienzo** llegó a sostener que el Poder Ejecutivo es desempeñado en la República Argentina por el presidente de la Nación y sus ministros⁹.

El artículo 222 de la Constitución de Cádiz estableció el número y nombre, distinguiendo entre el Secretario de Estado y los Secretarios de Despacho que eran siete carteras diferenciadas: Estado; Gobernación para la Península e islas adyacentes; Gobernación para ultramar; Gracia y Justicia; Hacienda; Guerra y Marina.

Igualmente, se deben tener en cuenta las incompatibilidades que establece el artículo 95, pues según esta norma, los secretarios

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”.

⁹ 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.

no pueden ser elegidos diputados de las Cortes, ni los diputados recibir empleo “alguno de provisión del Rey” ni ser secretarios.

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. 99, inc. 7, Const. nac.), éstos también son responsables 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. 53, 59 y 60, 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” de nuestro modelo, 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 institu-

ción del sistema parlamentario español, la interpelación¹⁰, 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 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. 71, 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”¹¹.

Si bien el artículo 87 de la Constitución Nacional sostiene el carácter unipersonal del Poder Ejecutivo, resulta indiscutible el peso intelectual de la Constitución de Cádiz en nuestro sistema

¹⁰ Conf. Demicheli, ob. cit., t. I, p. 428

¹¹ Seco Villalba, ob. cit., p. 68

ministerial. El Doctor **Jorge Vanossi** ha puesto de manifiesto el pensamiento de uno de los redactores de la Constitución de 1853, Benjamín **Gorostiaga**, quien “persuadido de la naturaleza presidencialista de nuestro Ejecutivo y de la imposibilidad de confundir la relación entre el Congreso y aquél con la existente entre el parlamento y gabinete, sostuvo, no obstante, la facultad de las Cámaras para hacer declaraciones aprobatorias o críticas sobre las gestiones a cargo del Poder Ejecutivo”.

En un interesante estudio sobre el ministerio, realizado por los profesores **Carlos Salvadores de Arzuaga** y **Nadia Petrowski**, se concluye la cuestión afirmando que el ministerio argentino, de naturaleza mixta, surgido de un delicado equilibrio calculado, integra una importante pieza de la decisión y la conducción políticas, a las que no son ajenos los hombres llamados a ocuparlo, donde sus condiciones de idoneidad deben superar el conocimiento de los asuntos a su cargo; pues la trascendencia del ministerio ha quedado demostrada no solo por las normas citadas y los antecedentes sino que para algunos autores esa trascendencia inclusive se observa en la historia nacional, al citarse la designación de Julio A. Roca y Vicente Fidel López como ministros luego de la Revolución de 1890, que con sus personalidades dieron confiabilidad al gobierno de Carlos Pellegrini.

El gabinete argentino ha dado prueba de utilidad y eficacia en distintos períodos, como durante la presidencia de **Marcelo T. de Alvear** entre 1922 y 1928, y sobre el que hay coincidencia en que fue el tiempo más próspero de la Argentina. Se decía entonces que el Poder Ejecutivo estaba integrado por ocho presidentes (los ministros) y un secretario general (el presidente); tal era la calidad de los ministros.

El tema lleva a reflexionar en tiempos en que algunos ven en el parlamentarismo la solución mágica de nuestros problemas institucionales. Las respuestas están en la Constitución, sólo que hay que cumplirla.

Cassagne señala otra de las instituciones que distinguen a nuestro sistema constitucional del modelo norteamericano y radica en el poder reglamentario atribuido al Presidente de 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*”¹².

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*”¹³.

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.

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

¹² 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.

¹³ Muñoz Machado, Santiago “*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*” 2da.Ed. Iustel. Madrid. 2006.

la conservación del orden público en el interior y de la seguridad en el ámbito externo, de conformidad con la Constitución y las leyes. (art. 170).

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, sino también 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)¹⁴.

La exaltación de la soberanía nacional condujo a una inculcable 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.

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-tándose a las bases de la *dictadura comisoría del Derecho Romano*, conforme lo enseñara **Manuel García Pelayo**¹⁵.

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*”¹⁶.

¹⁴ 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. pag. 57

¹⁵ García Pelayo, Manuel “*Derecho Constitucional Comparado*” Revista de Occidente. Madrid.

¹⁶ Cruz Villalón, Pedro “*El Estado de Sitio y la Constitución*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980.

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 delinquentes, podrán las Cortes decretarla por tiempo determinado”*

La discusión puso de manifiesto que la comisión se había inspirado al redactar este artículo en las “Suspension 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 puede precaverse mejor que por el que establece este artículo, que es el medio más legal...”*¹⁷.

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.

¹⁷ Cruz Villalón, *op. cit.* pag. 260

Y en este rastreo de fuentes indirectas o más o menos remotas 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.

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 **Mirkine Guetzevich** la consideraría el patrón base del liberalismo decimonónico¹⁸.

¹⁸ 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 Y EL SISTEMA JUDICIALISTA: SU PROYECCIÓN EN IBEROAMÉRICA

Por el académico DR. JUAN CARLOS CASSAGNE

I. Liminar

La organización de la justicia administrativa y constitucional en los países de Iberoamérica constituye una de las piezas clave para la configuración y el correcto funcionamiento del Estado de Derecho.

Una visión sobre el conjunto de los sistemas procesales latinoamericanos en lo contencioso-administrativo revela que, salvo el caso de Colombia¹ (en el que se adoptó la institución del Consejo de Estado similar al modelo francés) la casi totalidad de los Es-

¹ Colombia es el único país de Latinoamérica que posee un Consejo de Estado y tribunales administrativos departamentales como jueces de derecho común de la actividad administrativa. El Consejo de Estado fue establecido definitivamente a partir de 1914; véase Vidal Perdomo, Jaime, "La justicia administrativa en Colombia", en *Estudios de Derecho Administrativo*, publicación en homenaje del centenario de la creación de la cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, tomo I, Montevideo, Universidad de la República, 1978, p. 502.

tados han permanecido fieles al sistema judicialista que encuentra su raíz en la Constitución liberal de Cádiz del año 1812, la cual, como es sabido, llegó a ser jurada en varios países hispanoamericanos. En efecto, como se verá seguidamente, el punto que marca la impronta del sistema judicialista en la versión más depurada de la doctrina de la separación de poderes queda configurado, en dichos modelos, por la interdicción establecida para el ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo.

En tal sentido, el sistema judicialista puro de Cádiz se extendió en Hispanoamérica de una manera más generalizada que en la propia España, donde se tardó muchos años en instituir el modelo judicialista para el llamado contencioso-administrativo.

Ello implica un claro apartamiento tanto del sistema francés como del norteamericano. Del primero, por cuanto, no obstante existir una influencia proveniente del derecho francés en algunas instituciones del contencioso-administrativo, los países latinoamericanos no adoptaron, como principio básico, la institución de tribunales administrativos del tipo del Consejo de Estado francés. Del segundo, por la sencilla razón de que el sistema constitucional norteamericano, al no imponer al Poder Ejecutivo la interdicción expresa de ejercer funciones judiciales (tal como lo prescribe la Constitución de Cádiz de 1812) no encontró óbice constitucional alguno para evolucionar hacia el reconocimiento de la jurisdicción administrativa primaria en cabeza de agencias independientes e incluso de órganos administrativos dependientes del Ejecutivo.

En cambio, la Constitución de Cádiz², que en este aspecto constituyó la fuente de varias constituciones hispanoamericanas como la de Chile de 1833³ y las constituciones chilenas posterior-

² Art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812.

³ Artículo 108 de la Constitución Chilena de 1833.

res⁴, la del Perú⁵ y la Constitución Argentina⁶, prohíbe al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales, avocarse al conocimiento de causas pendientes así como restablecer las fenecidas.

Siendo entonces distinto el punto de partida de la mayoría de los sistemas iberoamericanos, fueron también diferentes sus evoluciones y los problemas institucionales que se plantearon, en cada país, en los aspectos teórico y práctico, para instituir o no tribunales con jurisdicción en la materia contencioso-administrativa.

En los sistemas comparados existen dos formas básicas de organización del control judicial de la actividad de la Administración y de las leyes. Una es la vertical con una Corte o un Tribunal Supremo como cabeza del poder judicial, a quien puede atribuírsele o no el control de constitucionalidad (vgr. Estados Unidos y España difieren en este punto) y otro de tipo horizontal en el que no hay un solo Tribunal Superior sino varios con diferentes competencias en razón del territorio y de la materia. Este último sistema, adoptado originariamente por Francia en la Constitución de 1791 y en las posteriores, instituye un Tribunal de Casación para evitar las contradicciones jurisprudenciales ya que, se creía, ello afectaba el principio general de igualdad.

En Argentina hemos seguido, en este aspecto, el modelo norteamericano de una Corte Suprema con control de constitucionalidad difuso (que en materia administrativa o de derecho estatutario está concentrado en las Cortes de Circuito) diferenciándonos, en lo que concierne a la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo, configurándose el llamado sistema judicialista puro que impide, en nuestro país, aplicar la teoría de la jurisdicción administrativa primaria.

⁴ Artículo 73 de la Constitución Chilena actual.

⁵ Artículo 139 Inc. 2 de la Constitución Peruana.

⁶ Art. 109 de la Constitución Argentina.

II. El fenómeno de Cádiz: Influencias e integración

El fenómeno que se produjo en Cádiz operó como un crisol en el que se fundieron diversas influencias provenientes tanto del tronco común de la tradición hispánica favorable a las libertades como del constitucionalismo que entonces asomaba al mundo a través del cauce abierto por las constituciones norteamericana y francesa.

Al respecto, se ha debatido acerca de la gravitación que tuvo la Constitución francesa de 1791 en la de Cádiz⁷ y hay quienes la niegan con apoyo en las tendencias historicistas que fueron principalmente sostenidas por Argüelles en el Discurso Preliminar.

En cualquier caso, ambas líneas interpretativas convergen en un punto al sostener que el proceso que culminó en Cádiz implicó la destrucción de las bases en que se apoyaba el modelo absolutista⁸, proceso que en la inteligencia de la corriente histórica liberal, se consideró contrario a los principios del antiguo derecho español.

La expresión “antiguo derecho español” o incluso, “antiguo régimen”, ha de emplearse con sumo cuidado ya que, hasta

⁷ Vid: Perona Tomás, Dionisio A, *La influencia de la Constitución francesa de 1791 en la española de 1812*, en la obra colectiva *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 Años* (Director José Antonio Escudero), Espasa, Madrid, 2011, p. 367 y ss.

⁸ Escudero, José Antonio, *Las Cortes de Cádiz: Génesis y Reformas*, Discurso de Apertura leído el día 18 de Octubre de 2010, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Separata, Madrid, 2010, p. 33 y ss.; señala que al abrir la sesión inaugural de las Cortes el representante de Extremadura Diego Muñoz Torrero pronunció un elocuente discurso que produjo un gran impacto entre todos los presentes, al formular cuatro proposiciones sustanciales, a saber; 1) que los Diputados representaban a la nación española hallándose constituidos en Cortes generales y extraordinarias en las que residía la soberanía; 2) que reconocían como Rey a Fernando VII y que consideraban nula la cesión de la corona a Napoleón; 3) que debía respetarse la separación de los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, adjudicándose el primero a las Cortes; y 4) que, en ausencia del Rey, se entregaba la titularidad interina del poder ejecutivo al Consejo de Regencia. Al respecto, anota Escudero que “... en el fondo, esos cuatro principios se reducían a dos: asunción de la soberanía por el pueblo y división de poderes. Un verdadero terremoto que, en pocos minutos, dinamitó más de tres siglos de monarquía absoluta”, op. cit. p. 34).

el advenimiento del absolutismo que importaron los Borbones, la tradición política y sus variados regímenes eran favorables a las libertades y a una relativa limitación del poder real, en una línea contraria a la que más tarde se desarrolló en Francia e Inglaterra, donde se sostuvo la idea del origen divino del poder, reflejada en el principio autocrático, producto, a su vez, de la concepción absoluta de la soberanía real.

Ahora bien, todo ordenamiento constitucional termina conformándose como un entramado complejo de las ideas reinantes en el tiempo en que se origina y desarrolla.

En este sentido, la Constitución de Cádiz de 1812 representa una síntesis, realmente original, en la que se fusionaron una serie de principios e instituciones provenientes del antiguo derecho español y de la neo-escolástica salmantina con las ideas liberales que estaban en boga hacia fines del siglo XVIII (principalmente en las obras de Locke y Montesquieu y proyectadas más tarde en los constitucionalismos norteamericano y francés).

Aún con los matices y limitaciones propios de la tradición hispánica y de las circunstancias por las que atravesaba en esa época el imperio español, tanto en la península como en América, no se puede negar el fondo liberal de las ideas sobre las que reposaba la Constitución de Cádiz.

El hilo conductor del mecanismo constitucional ideado no es otro que la defensa de las libertades (así como de los demás derechos) y la limitación del poder, configurando un “*corpus*” doctrinario que resurge, en cierto modo renovado, tras el desmoronamiento de las concepciones absolutistas.

III. La independencia del Poder Judicial y las prescripciones constitucionales que la garantiza

El modelo constitucional de Cádiz creó un Tribunal Supremo de Justicia, como verdadero poder de la Nación o Estado⁹, afirmando así la más absoluta independencia de los jueces.

Las raíces de este principio se encuentran en el antiguo derecho español, al que se remite el Discurso Preliminar cuando funda las respectivas prescripciones constitucionales en los principios de la llamada Constitución histórica de España¹⁰.

La necesidad de tener en cuenta los elementos reales de las instituciones del derecho público exige el auxilio de la historia y de las concepciones filosóficas y políticas prevalecientes en los diferentes momentos históricos porque, si bien “*el futuro no puede ser definido por el pasado*”¹¹, lo cierto es que el estudio de las fuentes no sólo arroja luz sobre el sentido y el comportamiento de los sistemas sino que revela las contradicciones interpretativas, que son, muchas veces, causa del derrumbe o de la mutación de los modelos que oscilan al compás de la realidad sobre la que operan. Es un hecho comprobado que, salvando las distancias y con las adaptaciones que impone la evolución política, social y económica, la historia casi siempre vuelve a repetirse.

Lo que falta, entonces, es una conexión más acotada entre investigaciones históricas y la dogmática del derecho público (constitucional y administrativo) que supere el actual divorcio y

⁹ La doctrina constitucionalista argentina considera que la Corte Suprema constituye un poder del Estado y que más que un tribunal es en realidad un tercio del gobierno, ver al respecto: Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, Vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1975, ps. 117 y 121.

¹⁰ Vid: Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tº I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2006, p. 186 y ss.

¹¹ Tomás y Valiente, Francisco, *Constitución: escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 69, con referencia al pensamiento del Arzobispo de Santiago en las Cortes de Cádiz.

las fallas que exhiben aquellos estudios jurídicos que no tienen en cuenta las fuentes de los principios y de las normas que nutren los ordenamientos constitucionales.

Como se ha dicho, “*la historia, no obstante, puede ser cruel y llegar a destruir toda clase de modelos preconcebidos. Cuando los historiadores ponen los pies en la tierra (e incluso descienden a las alcantarillas) constatan fenómenos incompatibles con el axioma*”¹².

Pero lo que realmente llama la atención a cualquier jurista que profundice el análisis de las instituciones del derecho hispanoamericano (también debería asombrar a quienes consideran que, en general, éste es un producto derivado de las concepciones de la Revolución Francesa) lo configura el hecho de que trascendentes conquistas del derecho público occidental moderno encuentran su origen, más que en las ideas de los revolucionarios franceses, en el antiguo derecho español (anterior al absolutismo) y, en parte, también en las concepciones del liberalismo ilustrado.

Al frente de ese catálogo de garantías y de derechos se encuentra la institución de la Justicia de Aragón, magistrado independiente encargado de dirimir las controversias entre el Rey, la nobleza y posteriormente, los habitantes de las ciudades (la burguesía). Y aunque no haya precisión en cuanto a la fecha en que se instauró la figura (desaparecida tras la muerte de Juan de Lanuza en 1591, durante el reinado de Felipe II) su prestigio traspasó las fronteras españolas muchos siglos después, ya que esa denominación (*Justice and no Judge*) es la que han tenido, y actualmente tienen, los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Porque en el antiguo derecho español previo al proceso constitucionalista, con las consabidas limitaciones de las diferentes épocas históricas, hay que trazar una raya bastante ancha entre

¹² Cfr. Nieto, Alejandro, *Los primeros pasos del Estado Constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, p. 17.

el sistema del absolutismo (a partir de la dinastía borbónica) y el antiguo derecho español (de Aragón, Castilla y Navarra) que, siendo favorable a las libertades y estando más próximo a la división de poderes, fue configurando su verdadera ley fundamental (que recoge el Discurso Preliminar).

En efecto, entre las instituciones más arraigadas en ese antiguo derecho español, aparte de una concepción embrionaria de la división de poderes¹³, se encuentran, desde las variadas hipótesis, el derecho de resistencia a la opresión (Victoria)¹⁴, la declaración de nulidad *ipso foro*¹⁵, el principio de legalidad e igualdad en materia tributaria¹⁶, hasta nada menos que el juicio o recurso de manifestación que, según los antecedentes y estudios realizados¹⁷, equivale al *habeas corpus* del derecho anglosajón¹⁸, habiéndose instituido con anterioridad al nacimiento en Inglaterra de dicha institución similar. Otro antecedente está representado por el concepto mismo de “*ciudadano*”, que aparece en los derechos de Aragón, Castilla y Navarra, todo lo cual demuestra que siglos de absolutismo no pueden borrar la historia ni el hecho de que la cultura jurídica de los pueblos españoles (en general toda su cultura), durante la Edad Media, haya sido superior a la existente en Inglaterra.

¹³ Sobre la influencia de la neoescolástica en Locke y en la división de poderes, Rodríguez Varela, Alberto, *La neoescolástica y las raíces del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2004, ps. 30 y ss. Con respecto a la gravitación en los fueros de Aragón, véase: Linares Quintana, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2007, p. 17.

¹⁴ Rodríguez Varela, Alberto, *La neoescolástica...*, cit., p. 12.

¹⁵ Significa que ella surge del propio foro cumpliendo una función similar a la violación de derechos y garantías constitucionales por arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, cuya formulación se encuentra en la regulación de los procesos de amparo de los países iberoamericanos (vgr. Argentina y México).

¹⁶ Cuyos orígenes se remontan a los ordenamientos de Castilla y Aragón; véase: Constitución Política..., cit., p. 12.

¹⁷ Linares Quintana, Segundo V., *Raíces...*, cit., ps. 23 y ss.

¹⁸ Cfr. García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tº II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1999, ps. 66-67.

Por último, si se mira al futuro, no se puede desconocer que el Discurso Preliminar hace referencia al paradigma moderno de la tutela judicial efectiva, el cual, aunque sin las actuales proyecciones, fue enunciado por Argüelles en los siguientes términos: “*La justicia, Señor, ha de ser efectiva y para ello su curso ha de estar expedito*”¹⁹, habiendo dicho antes que “*uno de los principales objetos de la Constitución es fijar las bases de la potestad judicial, para que la administración de justicia sea en todos los casos efectiva, pronta e imparcial*”²⁰. Y, por si fuera poco, el principio de la imparcialidad se recoge en la fórmula del juramento de los jueces²¹.

Como se verá a continuación, para garantizar la efectividad del dogma de la independencia del Poder Judicial, la Constitución de Cádiz incorporó a su texto: a) la interdicción de ejercer funciones judiciales por parte del rey o de las Cortes; b) la inamovilidad de los jueces y, c) la creación de un Tribunal Supremo.

A. La prohibición de ejercer funciones judiciales por parte del Rey y las Cortes

Al consagrar la Constitución de Cádiz la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Rey y de las Cortes sentó un principio capital que trasunta la aplicación de la separación de los poderes mediante una versión original, que continúa y perfecciona la tendencia reflejada en las instituciones del antiguo derecho español, que se singulariza en la figura de la Justicia de Aragón²².

¹⁹ *Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812*, con prólogo de Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1999, p. 65.

²⁰ *Constitución Política...*, cit., p. 57.

²¹ *Constitución Política*, cit., Art. 279.

²² *Constitución Política...*, cit., Discurso Preliminar, ps. 12-13.

En efecto, no puede argumentarse que el citado principio se hallaba contemplado en la Constitución francesa de 1791, en cuanto prohíbe al Rey y al Cuerpo Legislativo el ejercicio del Poder Judicial²³, ya que su contenido trasunta una interdicción orgánica y no material, como consecuencia del principio de la soberanía de la ley, cuya determinación competía a la Asamblea Legislativa. Así se desprende, además, del propio texto del articulado constitucional francés en cuanto prescribe, entre las facultades del Cuerpo Legislativo, la de “*décréter la création ou la suppression des offices publics*”²⁴.

En cambio, la interdicción de Cádiz se refiere a las funciones judiciales y es propio de su naturaleza concebirlas en sentido material²⁵, representando uno de los pocos principios rígidos en el marco de la separación de poderes que admite –en la interpretación más flexible– la colaboración recíproca entre el Legislativo y el Ejecutivo en funciones que, desde el punto de vista material, son las preponderantes en cada órgano.

La originalidad del principio establecido por la Constitución de Cádiz, proyectado a las constituciones iberoamericanas²⁶, implica instaurar el sistema judicialista puro. Por esa razón, resultan incompatibles las concepciones elaboradas por el derecho norteamericano en materia de jurisdicción administrativa primaria²⁷, algo que no resulta concebible en Latinoamérica en cuanto afectaría el diseño, estructura y competencia de los sistemas judi-

²³ Cap. V, Artículo Primero, de la Constitución de 1791.

²⁴ Título Tercero, Capt. III, part. 1º, inc. 5º. Cabe acotar que, en la lengua francesa, el término *oficio público* comprende tanto la función como el cargo.

²⁵ Bosch, Jorge Tristán, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, con prólogo de Rafael Bielsa, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1944, p. 50.

²⁶ Entre otros, en las Constituciones de Argentina (art. 109 C.N.), Paraguay, (art. 248) y Perú (art. 139).

²⁷ Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, 3ª ed., Little Brown and Company, Boston-Toronto-Londres, 1991, p. 481 y ss.

cialistas, sin olvidar los peligros que encierra el hecho de adoptar instituciones contrarias a nuestra idiosincrasia. Si aún con la recepción del principio que tomamos de la Constitución de Cádiz resulta muchas veces conculcada la independencia del Poder Judicial, cabe suponer la situación de avasallamiento que podría llegar a producirse si los jueces de primera instancia (no otra cosa es la jurisdicción administrativa primaria) dependieran de la Administración o del Congreso.

Interesa poner de resalto que en el Preámbulo del Estatuto Provisional del Perú de 1821, San Martín declaró que en tanto se constituya el gobierno “... *me abstendré de mezclarme jamás en el ejercicio de las funciones judiciales, porque su independencia es la única y verdadera salvaguardia de la libertad del pueblo y nada importa que se ostenten máximas exquisitamente filantrópicas, cuando el que hace la ley o el que la ejecuta es también el que la aplica*”. En concordancia con este principio el Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo de 15 de Octubre de 1822, en su art. 3^a, prohibió a la Junta “... *conocer en asunto alguno contencioso, civil o criminal*”, interdicción que retoma la Constitución de 1823 (art. 81 inc. 3^o).

B. La inamovilidad de los jueces

Suele creerse que la inamovilidad de los jueces proviene del derecho anglosajón de donde la habría tomado la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que, a su vez, ha sido la fuente directa de un precepto similar existente en la Constitución Argentina²⁸. Tal creencia es errónea, como lo han demostrado los propios autores norteamericanos desde el historiador William Prescott hasta el constitucionalista estadounidense James Kent.

²⁸ Art. 110 C.N., sobre el principio en el derecho argentino, véase: Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, T^o III, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 796.

El antecedente del principio de inamovilidad de los jueces radica en un fuero de Alfonso V de Aragón de 1442 que dispuso que la Justicia “*obtuviese su oficio por vida y que sólo se lo pudiera remover con causa bastante por el Rey y las Cortes reunidos*”²⁹. Al respecto, anota Kent que se trata de “... *el más antiguo precedente a favor del establecimiento judicial independiente...*” y que en Inglaterra recién se acogió un precepto semejante hacia 1641, bajo el reinado de Carlos I, consolidándose el principio tras la restauración de la dinastía real gobernante con Carlos II, pasando de allí a varias constituciones europeas³⁰.

En consecuencia, la Constitución de Cádiz³¹ en este punto, al igual que las norteamericana y francesa³², abrevia en definitiva, en el antiguo derecho aragonés. El desconocimiento del citado antecedente por parte de la historiografía ha sido bastante grande en el mundo hispánico pese a que la primera traducción al castellano que se publicó en España de la obra de Prescott se efectuó en Madrid en 1845 y que, la de Kent, publicada en Buenos Aires, data del año 1865.

C. La creación del Tribunal Supremo

Uno de los cambios más profundos que introdujo la Constitución de Cádiz, con el objetivo de asegurar la separación de poderes y la independencia de los jueces, consistió en la creación

²⁹ Prescott, William H., *Historia de los Reyes Católicos*, Tomo Primero, ed. Junta de Castilla y León, reproducción facsimil de la primera edición de la obra en idioma español de 1845, Salamanca, 2004, p. 84.

³⁰ Kent, James, *Del gobierno constitucional de los Estados Unidos*, 10ª ed., trad. al castellano por A. Carrasco Albano, Imprenta de Buenos Aires (frente a la Casa de Gobierno, Buenos Aires, 1865, p. 127 y notas a) y c).

³¹ El art. 252 de la Constitución de Cádiz prescribe: “*Los magistrados y jueces no podrán ser depuestos en sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente probada y sentenciada, o suspendidos sino por acusación legalmente intentada*”.

³² Constitución francesa 1791, Título Tercero, Cap. V, Artículo Primero, inc. 2.

de un Tribunal Supremo como cabeza, imparcial e independiente del Poder Judicial³³.

De ese modo, la reforma realizó la unificación del poder judicial en un órgano superior al que se le atribuyó una amplia competencia originaria para entender en materias administrativas (o gubernativas) y una competencia por apelación en los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dictadas en última instancia “... *para el preciso efecto de reponer el proceso...*”³⁴. La sola lectura de la jurisdicción que se atribuyó al Tribunal Supremo indica a las claras que se trata de un sistema visceralmente opuesto al que se instauró en Francia a partir del proceso revolucionario, donde la función de juzgar a la Administración se consideró administrativa, exenta del juzgamiento por el poder judicial.

Entre las competencias materiales que componen la jurisdicción originaria del Tribunal Supremo, cabe resaltar las de:

- a) juzgar a los secretarios de Estado y del Despacho cuando las Cortes den lugar a la formación de causa (art. 261, inc. 2º);
- b) conocer en las causas de separación y suspensión de los Consejeros de Estado (art. 261, inc. 3º);
- c) conocer en los juicios de residencia de todo empleado público (art. 261, inc. 6º);
- d) conocer en todos los asuntos contenciosos del real patronato (art. 261, inc. 7º), y;
- e) entender en los recursos de nulidad (art. 261, inc. 9º).

La competencia material que se asigna al Tribunal Supremo es algo así como la contracara de la prohibición de ejercer funciones judiciales que el art. 243 de la Constitución de Cádiz prescribe con relación al Rey y las Cortes.

³³ Arts. 259, 260 y 261 de la Constitución Política, cit.

³⁴ Art. 261, especialmente, incisos 2º, 3º, 6º y 9º de la Constitución Política.

En esa inteligencia, aunque suele creerse que el Tribunal Supremo no realizó actividad judicial digna de destacarse, hemos encontrado, al hurgar en la documentación histórica, la correcta interpretación que hizo dicho tribunal de sus facultades judiciales en el proceso segundo contra D. Pedro Acuña y otros, al reclamar al Ejecutivo la remisión de los antecedentes de la causa promovida en La Coruña contra el citado Acuña, para poder resolver la apelación interpuesta.

En dicha causa, al reclamar los antecedentes, el Tribunal no sólo marcó el límite de la separación de poderes a tenor del art. 17 de la Constitución de Cádiz sino que también consideró que la decisión de juzgar era exclusiva de los tribunales conforme al precepto contenido en el art. 243 de dicha Constitución³⁵.

IV. Otras reformas innovadoras

Los constituyentes de Cádiz no se conformaron con el diseño político institucional de la soberanía, separación de poderes y principio de legalidad y, en línea con los ejes fundacionales de la nueva Constitución, establecieron amplias prescripciones y principios que se encuentran en línea con los sistemas de protección de los derechos humanos existentes hoy día en el mundo occidental.

No vamos a ocuparnos aquí de explicar el contenido ni el alcance que cabe asignar a los respectivos preceptos, no sólo por

³⁵ Véase: Castro, Adolfo, *Cortes de Cádiz. Complementos de las sesiones verificadas en la Isla de León y en Cádiz*, Tº II, ed. Analecta, reimpresión de la obra original de 1913, Pamplona, 2004, p. 188 y ss; interesa apuntar que las Cortes, en la sesión del 12 de Julio de 1812, mandaron al Ejecutivo (entonces la Regencia) a que entregara al Tribunal Supremo la documentación aludida para seguir entendiendo en el proceso y dictar sentencia.

ser una tarea ya efectuada por la doctrina de manera impecable³⁶ sino que también excedería el propósito perseguido en este trabajo que, en definitiva, no es otro que demostrar que las reformas se inscriben en el llamado liberalismo político continuador de la tradición española. No dejamos de advertir, empero, que la concepción liberal se nutre también de los enfoques del racionalismo *ius naturalista* de la ilustración en ciertos aspectos (aunque no en su vertiente antropomórfica) que también influyeron en la Constitución de Cádiz.

Ese movimiento, que aglutinó una tradición favorable a las libertades con las nuevas concepciones esgrimidas por el liberalismo político, se volcó en una serie de reformas innovadoras, compatibles con los modernos sistemas de protección de los derechos humanos. Entre ellas cabe mencionar:

- a. el principio del juez natural (art. 272 de la Constitución);
- b. la libertad de prensa y la supresión de la censura previa (art. 371 de la Constitución)³⁷;
- c. la supresión de los señoríos, particularmente de los señoríos jurisdiccionales (Decreto de las Cortes del 6 de Agosto de 1811 y art. 172, Cláusula Novena de la Constitución)³⁸;
- d. abolición de la tortura y los apremios (art. 303 de la Constitución)³⁹;

³⁶ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *Los derechos humanos en la Constitución de Cádiz*, en la obra *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, cit., p. 405 y ss.

³⁷ Sáenz Berceo, María del Carmen, *La libertad de imprenta*, en *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años...*, cit., p. 220 y ss.

³⁸ Escudero, José Antonio, *Las Cortes de Cádiz: Génesis, Constitución y Reformas*, en *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años...*, cit., p. XLIV y ss.; Galván Rodríguez, Eduardo, *La disolución del régimen señorial*, en *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años...*, cit., p. 204 y ss.

³⁹ Sainz Guerra, Juan, *La Constitución de 1812: de las reformas penales y procesales a la abolición de la tortura*, en *Cortes y Constitución...*, cit., p. 247 y ss.

- e. prohibición de expropiar sin indemnización (art. 172, Cláusula Décima de la Constitución);
- f. acción popular pena perseguir los delitos de cohecho, soborno y prevaricato cometidos por los jueces (art. 255 de la Constitución)⁴⁰, y;
- g. abolición de la Inquisición (Decreto de las Cortes del 22 de Febrero de 1813)⁴¹.

V. Consideraciones Finales

La proyección que ha tenido la Constitución de Cádiz en Latinoamérica ha sido trascendente⁴² ya que, a través de las distintas constituciones hispanoamericanas, los preceptos gaditanos cobraron vida y vigencia para el derecho comparado.

En el plano de las instituciones se operó una acertada conjunción entre las corrientes liberales y los principios del antiguo derecho español que, por distintos senderos (sobre todo por el trazado por la escuela de Salamanca) fueron la base de muchas ideas sustentadas por el liberalismo de Locke y las concepciones de Montesquieu que terminaron finalmente anclándose en Cádiz. El resultado de ese proceso consistió en lograr una síntesis histórica original que marcó un hito en el constitucionalismo moderno⁴³ que, como dijo Francisco de Miranda, verdadero precursor de la

⁴⁰ Precepto que reproduce el art. 109 de la Constitución peruana de 1823.

⁴¹ Escudero, José Antonio, *Las Cortes de Cádiz y la supresión de la Inquisición: antecedentes y consecuentes*, en *Cortes y Constitución de Cádiz...*, cit., p. 285 y ss.;

⁴² Sobre la influencia en la Constitución argentina, véase: Dalla Vía, Alberto Ricardo, *La Constitución de Cádiz y los antecedentes de la Constitución de la Nación Argentina*, Revista El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, diario del 18/07/2008, p. 1 y ss.

⁴³ Vid: Carnota, Walter F., *Reflexiones para el 12 de octubre: España y el Constitucionalismo Argentino*, el Dial.com., ed. abremática, publicado el 18/10/2010, Buenos Aires, 2010, p. 2.

independencia de nuestros países, “*iba a ser el iris de la paz, el áncora de la libertad y el primero pero el más importante paso que jamás había dado la metrópoli en beneficio del continente americano*”⁴⁴.

De haberse anticipado en el tiempo y sin enfrentar, por tanto, el proceso independentista, el fenómeno de Cádiz hubiera dejado de ser una idea utópica para convertirse en un buen ejemplo que muestra la integración de diferentes tendencias en un mismo cauce. Porque el proceso constitucional significaba, al fin y al cabo, el retorno a la primacía de las libertades garantizado por una justicia imparcial e independiente. El propio San Martín, en la carta dirigida al Virrey de la Serna con motivo de la conferencia de Punchauca (1821), expresó: “... *He venido al Perú desde las márgenes del Plata no a derramar sangre sino a fundar la libertad y los derechos de que la misma metrópoli ha hecho alarde al proclamar la Constitución del año doce... Los liberales del mundo son hermanos en todas partes*”⁴⁵. Muchos de los principios de Cádiz fueron proclamados por el Libertador al sancionar el Estatuto Provisional del Perú, entre ellos la prohibición del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo, interdicción que aún hoy en nuestro país, no respetan algunas leyes, como la ley de Defensa del Consumidor.

En suma, en nuestras desganadas repúblicas –como decía Borges– las libertades solo pueden asegurarse de manera justa y eficaz si se cuenta con un poder judicial independiente que garan-

⁴⁴ Memorial dirigido por Francisco de Miranda a la Audiencia de Caracas en marzo de 1813, publicada en Francisco de Miranda y la modernidad de América, ed. Fundación Mapfre Tavera y Ediciones Doce Calles, Madrid, 2004, p. 207; a su vez, San Martín, no obstante no considerar oportuna la vigencia en el Perú de la Constitución de Cádiz, se refirió a ella en términos elogiosos en una proclama dirigida a los peruanos, en 1820, en la que dijo que: “*La nación española ha recibido al fin el impulso irresistible de las luces del siglo... y que ... la revolución de España es de la misma naturaleza que la nuestra: ambas tienen la libertad por objeto y la opresión por causa*” (cit. por Otero, José Pacífico, *Historia del Libertador Don José de San Martín*, Tº IV, Circulo Militar, Buenos Aires, 1944, ps. 317-318).

⁴⁵ Otero, José Pacífico, *Historia del Libertador Don José de San Martín*, cit., Tº V, p. 182.

tice el goce y ejercicio de los derechos y sobre todo la dignidad de las personas, frente a los abusos y arbitrariedades de la Administración y de las leyes.

*Palabras finales del Presidente de la Academia Nacional
de Ciencias Morales y Políticas, Dr. Jorge Reinaldo Vanossi*

Es bueno y alentador que se haya celebrado este bicentenario, tan merecido por tratarse de un acontecimiento que concierne –desde el punto de vista hispanoamericano– a ambos mundos: el Viejo Continente y el del descubrimiento colombino.

Por ello, no es poca cosa que traigamos a colación la primera Constitución de la “madre patria”.

Aunque no haya regido en suelo del antiguo Virreynato, en relación a lo que hoy es territorio argentino, –con la excepción de las pocas semanas que virtualmente la aceptó Salta–, no podemos poner en dejación que se la respeta por el camino que señaló con su aceptación de la pertenencia a ese gran ciclo histórico que es la “era constitucional”.

España no podía sustraerse a la nueva etapa que habían iniciado las tres grandes revoluciones: la inglesa, la americana de las trece colonias inglesas, y la francesa de 1789.

Su vigencia fue escasa y tropezó con vicisitudes que jalonnaron su discontinuidad, tal como lo señalamos en esta Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en la comunicación del

23 de julio de 2008 (véase, “Anales” de ese año). Su liberalismo aspiraba a provocar cambios revolucionarios pero la Constitución en sí misma no alcanzó a consumir esos efectos.

En las ex colonias **influyó más por su “espíritu” que por su letra**; y donde más se nota esto ha sido en nuestras latitudes del Cono Sur. Mayor fue su influencia en México y Perú, virreinos éstos en los que el “revival” reaccionario se extendió un poco más, por lo que “la Pepa” sirvió para alentar a los elementos libertarios.

Nos preguntamos: ¿qué resalta y resulta en su fugaz tránsito, desde la aparición hasta la superación, pasando por los interregnos de “intervalos lúcidos” en el ordenamiento institucional de una España que tuvo al siglo XIX como emblema de sus frustraciones? Un siglo que comenzó con la ocupación bonapartista y culminó con la infausta guerra de Cuba, sin contar las guerras “carlistas” por disputas de legitimidad sucesoria en la Corona y el primer ensayo republicano fallido.

Corresponde una doble respuesta:

- 1º) El propósito de cambiar, sepultando la monarquía absoluta para instalar en su reemplazo un régimen monárquico constitucional y de poderes limitados. En ese sentido, el impulso gaditano acercó aires de renovación en movimientos gestatorios de Italia (que aún no existía como nación), Rusia y Portugal; o sea, en casos de procesos “demorados” o tardíos de democratización constitucional.
- 2º) Acercarse a la atmósfera **liberal** y contractualista, aunque manteniendo institutos muy tradicionalistas, como así fue con los espacios confesionales (religión única y prohibición del ejercicio de cualquier otra, Art. 12); y en menor medida, en la organización judicial: el Título V “De los Tribunales y de la Administración de justicia en lo Civil y Criminal” dista mucho de su caracterización

como “Poder Judicial”. Tuvo inspiración liberal, sí; pero “ma non troppo”; y ello es comprensible o entendible por las inevitables concesiones recíprocas entre los constituyentes, dada la composición de esas Cortes¹. Ya bastante mérito acreditaba su “hoja de ruta” orientada hacia uno de los grandes postulados del constitucionalismo, o sea: reemplazar el gobierno discrecional o autoritario de los hombres por el de los gobernantes sujetos a la ley objetiva, y que el ordenamiento jurídico fuese igualmente obligatorio para los gobernantes y los gobernados: subordinación al Derecho y acatamiento a los magistrados de la Constitución, la que en este caso establecía un supremo tribunal de justicia (Arts. 259 a 261).

Para ello, intentó articular con meticulosidad las relaciones entre el Estado y la sociedad, entre el poder y la libertad, y entre el **medio** y el **fin**: pretendió organizar los poderes – que eran los medios– por la técnica de la separación y distribución, para así evitar una concentración que hiciera peligrar a los derechos y las garantías de las personas, que eran los fines, o sea, la protección de la dignidad humana.

La presencia de **384 artículos** era una sobreabundancia normativa. Tamaña dimensión cuantitativa no pudo imponerse a una “realidad social subyacente” (Heller), que arrastraba por inercia una perduración de costumbres, hábitos, prejuicios y tradiciones

¹ Cabe destacar, como un dato muy positivo y de avanzada para la época, que la Constitución de Cádiz, en ese capítulo II “de la Administración de Justicia en lo Civil” contenía previsiones referentes al arbitraje como medio para la solución de los conflictos privados. En efecto, el artículo 280 establecía: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencia por medio de *jueces árbitros* elegidos por ambas partes”. A renglón seguido, el artículo 281, por su parte, disponía que: “La *sentencia* que dieren los *árbitros*, se ejecutará, si las partes al hecar el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar”. Impresiona esta postura a favor del arbitraje, sobre todo si tenemos en cuenta que dos siglos después en algunos países –como la Argentina– subsiste un prejuicio cultural frente al arbitraje para la solución de conflictos. Por eso será, que cada vez que se intenta en el Congreso la aprobación de la ley modelo de arbitraje elaborada por las Naciones Unidas a través de UNICITRAL, no se obtiene la sanción definitiva que lo convierta en ley.

propias del absolutismo reinante. Un ejemplo patético es el de la libertad de prensa y expresión: así la consagraba el Art. 371, al eliminar la censura previa y toda aprobación; pero añadía: “bajo las **restricciones** y responsabilidad que establezcan las leyes”.

Tanta frondosidad abrumaba de ilusiones, cuya expectativa sería de difícil cumplimiento inmediato. Era demasiado en tan corto tiempo.

También fue escasa la “esperanza” de su triunfal supremacía como norma superlativa de una nueva legitimidad del poder constituido. Aún no se invocaba la soberanía del pueblo, pero sí la Nación, tal como lo disponía el Art. 3º: “La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus **leyes fundamentales**”. Una manera tímida, acaso para rehuir la definición categórica que envuelve el vocablo “constitución”, al que –sin embargo– se incluye reiteradamente en el articulado del Título X “De la observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones de ella” (Arts. 372 a 384).

Pero muy grande –con ejercicio audaz y casi temerario– fue el **coraje** que tuvieron los constituyentes, en una ciudad sitiada por las fuerzas napoleónicas, de proclamar este emprendimiento que tenía el valor significativo de colocar la pieza fundacional de un estado constitucional de Derecho, dejando atrás el basamento del reinado absolutista del monarca de derecho divino.

Resulta paradójico que mientras los ejércitos galos acosaban, la Constitución francesa de 1791 –la primera de esa Nación cuando aún reinaba Luis XVI– servía de modelo para el establecimiento de una monarquía limitada constitucionalmente. Muy lejos estaban ambas de admitir el control de constitucionalidad, que nace en 1803 en EEUU con el caso *Marbury vs. Madison*, que el Abate Sieyes reclamaba pero que en la asamblea gaditana desconocieron. Este control no figuraba entre las numerosas incumben-

cias (once incisos) del “supremo tribunal de justicia” que se creaba (Arts. 259 y 260); pese a que se reconocía que “todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey **para reclamar la observancia de la Constitución**” (Art. 373). Claro está que el Art. 246, al establecer – con respecto a los jueces– que “Tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes...”, se compartía el criterio imperante de no poder (ni aún por vía de interpretación) dejar de lado las decisiones del Legislativo (criterio francés “rousseauiano”), lo que “en buen romance” equivale a imposibilitar la aplicación de leyes violatorias de la Constitución.

¿Qué régimen querían implantar?

El art. 14 lo expresa en prieta síntesis: “El Gobierno de la Nación española es una monarquía **moderada** hereditaria”.

¿Qué peso tuvo su influencia, en nuestro tardío virreinato, último gajo de la historia colonial? En algunos puntos concretos, a saber:

- el ministerio y el gabinete;
- el poder “reglamentario” (una potestad);
- el Art.95 –hoy 109– del texto histórico argentino de 1853/1860 fue tomado del Art. 243, que establecía sabiamente: “Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos”. Esta formulación es mejor que la de nuestra Constitución, que sólo prohíbe al Presidente lo que también debe estar vedado al Congreso: ello hace a la “seguridad jurídica”; y para ello están las diversas instancias de los tribunales judiciales, con apelaciones y demás recursos;
- el carácter nacional del derecho común = Códigos para todo el territorio: una nota de régimen **unitario** (Art.

250) a diferencia del federalismo norteamericano que reserva a los Estados el dictado de la legislación común;

- la limitación temporal del poder constituyente reformador: **ocho** años (Art. 375); que en nuestra Constitución de 1853 fue de una década, aunque no se pudo cumplir como consecuencia de los compromisos contraídos entre la Confederación y el Estado de Buenos Aires en el Pacto de San José de Flores (1859).

En cuanto a la composición y la formación de las Cortes, cabe preguntarnos si abría el paso a una elección de los Diputados por “balotage”, ya que el Art. 34 apunta a una **elección indirecta** y el Art. 52 exige una **mayoría absoluta** de votos en los colegios electorales de los diversos niveles de votaciones.

Hay también una multiplicidad de normas, que van del Art. 27 a 103 y siguientes en el tema del poder legislativo unicameral a cargo “de las Cortes”: más que entre “barroco” y “churrigueresco”, el procedimiento asombra por lo complejo y engorroso. Entendemos que el derecho constitucional debe articular formas y procedimientos al servicio de sustancias y contenidos. En Cádiz, el texto sobreabunda en formalidades y solemnidades, con densidad de oropeles y simbolismos, tanto terrenales cuanto celestiales; lo que contrasta con los documentos atlánticos del mundo anglosajón.

Una pregunta se impone:

¿Se la tuvo en cuenta a esta Constitución al tiempo de los ensayos constitucionales previos a nuestra Organización Nacional?

Parece evidente que sí, se la conocía en la época inicial de los antecedentes.

En 1813 no se sancionó ninguna constitución, si bien hubo proyectos y se trataba de una Soberana Asamblea General Constituyente.

En 1819: una constitución que no llegó a regir, aunque incorporaba varias cláusulas “idealistas” atinentes al bienestar, la felicidad y la ayuda al prójimo, como deberes de conductas a observar.

En 1826: una constitución unitaria que no fue aceptada por las provincias (con excepción de la Banda Oriental).

En esas tres oportunidades se tuvieron presentes algunas disposiciones del modelo español, aunque las resoluciones más trascendentales, como las de 1813, anticipaban un fuerte compromiso “igualitario” con el republicanismo y no con la monarquía.

¿Por qué fue así? Pues, porque nuestros modelos fueron otros: llegamos a 1853 con definiciones y compromisos diferentes a los de España. Y eso se comprueba viendo las miradas de nuestros organizadores, que estaban dirigidas a obras e ideas de otras procedencias; y que incluso dispusieron las traducciones de textos, comentarios y fallos judiciales de otros idiomas (inglés y francés).

Por ello, no servía de mucho para el diseño adoptado, pues nuestro Art. 1 de la Constitución de ese año dispuso la adopción de otros pilares, adaptando así modelos más cercanos, como los ofrecidos por EE.UU, Suiza y Chile, o sea el establecimiento de un régimen de gobierno basado en decisiones políticas que sintetizaban el largo proceso iniciado en 1810:

- republicanismo
- federalismo
- bicameralismo
- presidencialismo
- judicialismo

La Revolución de Mayo de 1810 fue tal, por ser **irreversible**; y por eso mismo es que fue una “revolución”. No así “la

Pepa”. Lo violento puede ser a veces efímero, y si es efímero es reversible. Las únicas revoluciones no efímeras e irreversibles son las que se generan en la conciencia y que por lo tanto son ante todo y sobre todo culturales por el cambio que provocan en la sociedad. Como lo fueron a partir de aquella fecha dos datos esenciales:

- el trasvasamiento de la legitimidad (cambio **político**)
- los “criollos” al poder (cambio **social**)

La Constitución de Cádiz, en su caso, no produjo una revolución, aunque su signo más visible fue el de una doble resistencia: al bonapartismo invasor y al absolutismo fernandista de estirpe borbónica. Su apoyatura en un pensamiento jusnaturalista era notoria, por cuanto el mismo había calado hondo en las ideas de varios autores que le precedieron.

En síntesis:

“Nación” y “soberanía” fueron ideas, nociones y conceptos que estuvieron presentes en la densa atmósfera que cubrió las deliberaciones y los conciliábulos que acompañaron al proceso de sanción de la Constitución de España en las sesiones de Cádiz. La presencia de representantes de ultramar de la América española hizo más vigorosa la resonancia del contenido político de esos términos del lenguaje institucional en ese momento, como en el eco que tuvieron a posteriori con motivo de los procesos de revolución y de emancipación.

El afianzamiento de la “Nación” y la reivindicación de la “soberanía” se proyectaron pues en la articulación de la Constitución como “ley suprema”, la práctica de la “representación política” del pueblo, las declaraciones de derechos y garantías y la afirmación de la separación de poderes, como contenidos mínimos e insoslayables de una concepción que –más allá de sus marchas y contramarchas– se convirtió en una meta de la sociedad en sus relaciones con el Estado, tanto en el Viejo Continente como en la

América. En cuanto a España se refiere, las Cortes Constituyentes de 1836 y 1837 avanzaron en la cuestión, aunque el tan mentado “progresismo” sólo aparecía en dosis homeopáticas desde el punto de vista de la concretización.

Pero no podemos cerrar estas palabras sin señalar que el éxito amplio o “mezquino”, total o parcial, de los principios fundamentales del constitucionalismo dependen del desenvolvimiento y el grado de intensidad con que se animan los distintos procesos, ya que la regresión hacia la desconstitucionalización depende grandemente del retrainamiento de dos elementos: el **sentimiento** –por parte de la sociedad– del valor de la vida constitucional, lo que opera como un “disparador” o movilizador; y, por otra parte, la **conciencia** forjada a través de la cultura cívica, la que actúa como la mejor defensa del Estado de derecho por parte de gobernantes y gobernados erigidos y asumidos en ciudadanía activa.

Difícil resulta cuando ese sentimiento y esa conciencia no son compartidos por los detentadores y los destinatarios del poder, es decir, por estar disociados los componentes políticos o los estratos sociales, en una situación de crisis cultural y de mutación de los valores que dejan de ser compartidos. El grito de “viva la Pepa” era expresión del espíritu de una parte del pueblo que bregaba por la paulatina emancipación y un itinerario incipientemente democrático; mientras que los fieles seguidores del rey déspota vociferaban el atroz deseo de “vivan las caenas” (ver: DRAE: por cadenas) añorando y reivindicando el yugo de una subditancia opresiva que se impuso en 1814 y obtuvo el respaldo de la Santa Alianza.

Ante esa dicotomía, las estrofas del Himno Nacional Argentino –como el de otras ex colonias– exalta el “ruido de rotas caenas”, la “noble igualdad” e infunde en los ánimos el destino de la **Libertad**. Ese debe seguir siendo nuestro derrotero: ¡abajo las caenas!