

El Reporte

Director: José Luis Pasutti

RAWSON - CHUBUT - PATAGONIA ARGENTINA

AÑO 3 - Nº 10 - Julio de 2003

REFLEXIÓN

por **Augusto Mario Morello**

Procesalista. Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro de la Academia Nacional de Derecho. Doctrinario. Autor de innumerables libros y artículos sobre su especialidad.

VIVIR LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PATAGONIA ARGENTINA

I- Quienes tenemos una enorme fe en las regiones que matizan el federalismo del futuro, y de modo muy cálido y profundo los que componen las provincias australes de nuestro hermoso y pujante espacio interior, compartimos gozosos esta ratificatoria iniciativa de los estudiosos juristas que movilizan los entusiasmos y emprendimientos que van modelando el nuevo rostro de una Patagonia vital, trabajadora, con empuje y dispuesta al sacrificio para avanzar y superarse.

La lectura de nuestra Ley Fundamental se revista en una hoja de ruta renovada -sin perder las 3 condiciones- activista, dinámica, y sobremanera realista. Los esforzados pobladores de un extenso territorio de vientos solidarios y escuelas de la Patria, de la Justicia y la Igualdad. Protegidos y empujados de su posición, por los textos, los principios y el espíritu de ese interés de virtudes y amor que es la ilusión de Alberdi hecha Derecho. Saben que no pueden fallarle ni usarla haciéndole trampas. Que si es respetada y se la interpreta sin criterios paralizantes ni deformantes, en concurrencia con sus fines y metas, la democracia madure resultante, augurando días felices para la nueva comunidad argentina.

El fermentador artículo 125 despunta con arsenal de promesas, proyectos,

Continúa en pág. 2.

150 ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Existen acontecimientos que por su trascendencia merecen ser celebrados; la sanción de nuestra Constitución Nacional es uno de ellos y constituye uno de los principales hitos de nuestra historia. Este año se cumplen 150 años de tal acontecimiento, y por ello, desde nuestro lugar de redactores de esta revista de doctrina e información jurídica con identidad patagónica, queremos rendir tributo mediante este número extraordinario.

Apenas difundida la iniciativa se sumaron de manera entusiasta notables juristas que habitualmente colaboran con nuestra publicación, como el destacado maestro, Dr. Augusto Mario Morello, el Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Dr. Antonio María Hernández, el Dr. Néstor Pedro Sagües y la Dra. Susana Cayuso; en tanto el Vicepresidente de la A.A.D.C., Dr. Alberto Dalla Via y el prestigioso jurista, Dr. Daniel Sabsay, participan por primera vez de nuestro emprendimiento junto a los renombrados profesores de nuestra provincia y constantes colaboradores de estas páginas, como son los Dres. Raúl Heredia, Edgardo Hughes y Aldo Luis De Cunto.

Quiero manifestar en estas breves líneas nuestro sincero agradecimiento a quienes hacen su aporte intelectual en esta edición especial, y en lo personal, considero que nuestro mejor homenaje a la Constitución Nacional es redoblar el compromiso de respeto a su letra y espíritu en un camino de trabajo para hacer nuestro aporte a fin de construir una provincia y un país mejor.



José Luis Pasutti
Director de El Reporte

EL SESQUICENTENARIO DEL 1º DE MAYO DE 1853 DÍA DE SANCION DE LA CONSTITUCION NACIONAL

por **Antonio María Hernández**

Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Constitucional

Luego del triunfo sobre el Gral. Rosas en la batalla de Caseros, en 1852, el Gral. Urquiza convocó al Acuerdo de San Nicolás, que suscripto el 31 de mayo por los Gobernadores Provinciales, dispuso la realización de una Convención Constituyente que le diera una definitiva organización constitucional al país.

Cada Provincia de las 14 históricas debía enviar dos representantes, pero la secesión de la Provincia de Buenos Aires y la enfermedad del Gral. Rudecindo Alvarado, de Salta, determinó que fueran 25 los Convencionales Constituyentes que tuvieran tan fundamental responsabilidad.

Dichos preclaros ciudadanos a quienes hoy recordamos con respeto y veneración y que merecen la gratitud permanente del pueblo argentino fueron: por Catamarca: el Gral. Pedro Ferré y el Pbro. Pedro Centeno; por Córdoba: los Dres. Juan del Campillo y

Continúa en pág. 2.

SUMARIO

REFLEXIÓN, por Augusto Mario Morello	1
150 ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, por José Luis Pasutti	1
EL SESQUICENTENARIO DEL 1º DE MAYO DE 1853. DÍA DE SANCION DE LA CONSTITUCION NACIONAL, por Antonio María Hernández	1
LA CONSTITUCIÓN DE LOS EE.UU COMO FUENTE DE NUESTRA CONSTITUCIÓN NACIONAL, por Daniel A. Sabsay	3
LAS IDEAS FUERZAS DE ALBERDI EN SU PROYECTO DE CONSTITUCIÓN, por José Raúl Heredia	4
EL SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL, por Susana G. Cayuso	6
EN HOMENAJE A LA CONSTITUCION HISTORICA EN SU 150 ANIVERSARIO, por Edgardo Rubén Hughes	8
NORMAS, PRINCIPIOS Y VALORES EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL, por Aldo Luis De Cunto	10
EL ENJUICIAMIENTO PENAL DE UN EX PRESIDENTE, por Néstor P. Sagües	14
LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA EN LAS PRIMERAS INTERPRETACIONES DOCTRINARIAS Y LA FORMACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL, por Alberto Ricardo Dalla Via	15

iniciativas posibles que se proyectan en el mediano plazo. Pactos de Estado y arquitectura de cooperación, como desde hace años indica el maestro Pedro J. Frías.

II- Es el momento oportuno si reservamos los ánimos, nos desprendemos de las banalidades y de lo superficial, que una y otra vez nos inmoviliza en el pasado. Tenemos que hacer y construir sin demoras indebidas. Y con el temple de los sueños lo haremos. Es también la señora ilusión y el mandato del lúcido hacedor jurídico patagónico, el maestro Miguel Marienhoff. Cobijados por los pliegues creativos de la Carta Magna, no hay obstáculo que no podamos superar. En todos los tiempos y con esa sola herramienta, nadie impedirá avanzar hacia el bien común y la felicidad del pueblo.

Con los ojos limpios y un corazón que palpita al ritmo de América.

Todos los derechos cuentan con garantías efectivas y el conjunto de la red jurídica tiene por finalidad preservar la dignidad de la persona -de todas las personas- en aras de lograr la concreción del valor justicia.

Este volumen de estudios y reflexiones de un tiempo nuevo, de verdad, de responsabilidad, de operatividad, de evaluación y efectividad del Derecho para preservar la paz social e imprimir un paso firme al Estado de Justicia desde el surgente horizonte de la Patagonia, no es el pasado de una expectativa sino el futuro inmediato de una gran esperanza. De nosotros depende plasmarla en gozosa alborada.



EL SESQUICENTENARIO DEL 1º DE MAYO DE 1853 DIA DE SANCION DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Santiago Derqui (que había reemplazado a Clemente Villada); por Corrientes: los Dres. Pedro Díaz Colodrero y Luciano Torrent; por Entre Ríos: Juan María Gutiérrez y José Ruperto Pérez; por Jujuy: José Quintana y Manuel Padilla; por La Rioja: Dr. Regis Martínez y Eusebio Blanco; por Mendoza: Dr. Martín Zapata y Agustín Delgado; por Salta: Dr. Facundo Zuviría; por San Juan: Dr. Salvador María del Carril y Ruperto Godoy; por San Luis: Dr. Delfín Huergo y Juan Llerena (que reemplazara a Adeodato de Gondra); por Santa Fe: Dres. Manuel Leiva y Juan Francisco Seguí; por Santiago del Estero: Dr. José Benjamín Gorostiaga y Pbro. Benjamín Lavaisse y por Tucumán: Fray José Manuel Pérez y Dr. Salustiano Zavalía.

La Convención eligió en su sesión preparatoria del 16 de noviembre de 1852 al Dr. Facundo Zuviría como Presidente, a Manuel Leiva como Vicepresidente y a Juan Francisco Seguí y Delfín Huergo como Secretarios.

Las sesiones ordinarias comenzaron el 20 de noviembre y en la del 24 de diciembre se designó a la Comisión de Negocios Constitucionales, que redactaría el Proyecto de Constitución, integrada por Gorostiaga, Gutiérrez, Leiva, Díaz Colodrero y Ferré, -posteriormente reemplazado por Zavalía- y que luego fuera aumentada a siete miembros con Derqui y Zapata.

Dicha Comisión presentó el Proyecto el 18 de abril, que recibiera aprobación general ese mismo día y fuera tratado en particular hasta el 30 de abril, para ser finalmente sancionado el 1º de mayo de 1853 como nuestra Constitución Nacional.

El Presidente de la Convención, Dr. Facundo Zuviría, que en la sesión del 20 de abril se había opuesto a la sanción por razones de oportunidad, fue el primero en jurarla con estas sabias palabras de profunda convicción democrática, que debieran servir de ejemplo a quienes a lo

largo del tiempo han denostado la obra constitucional:

“Por lo que hace a mi, Señores, el primero en oponerme a su sanción, el primero en no estar de acuerdo con muchos de sus artículos... quiero también en ser el primero en jurar ante Dios y los hombres, ante vosotros que representais a los pueblos, obedecerla y acatarla hasta en sus últimos ápices...” “Quiero ser el primero en dar a los Pueblos el ejemplo de acatamiento a su soberana voluntad expresada por el órgano de sus representantes en su mayoría, porque, Señores, en la mayoría está la verdad legal. Lo demás es anarquía y huya ésta para siempre del suelo argentino...”

La promulgación fue efectuada el 25 de mayo y su juramento por el pueblo fue el 9 de julio, fecha en que se destacara por su brillante discurso pronunciado en Catamarca, Fray Mamerto Esquiú, justamente llamado el orador de la Constitución.

Dicha Ley Suprema de la Nación fue el resultado de complejas y conflictivas décadas de búsqueda de la organización definitiva, a partir de la Revolución de Mayo de 1810 y que recién culminarían en 1860, con la reforma producida a consecuencia de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires.

La Constitución Nacional contiene el programa revolucionario de Mayo de 1810 y la influencia de precedentes institucionales como los Decretos de 1811, la obra de la Asamblea de 1813, el Estatuto de 1815, el Reglamento de 1817, las Constituciones de 1819 y 1826 y la fuerza instrumentadora de los pactos interprovinciales, entre los que se destacaron el Pacto Federal de 1831 y el Acuerdo de San Nicolás de 1852.

Está también allí la lucha fratricida entre unitarios y federales, el pensamiento de la Generación de 1837, el genio imperecedero del intelectual por antonomasia Juan Bautista Alberdi y la

ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL

Director:

Fernando S. L. Royer

Secretaria Académica:

Nadine Laporte

Vocales:

Trelew:

Juan Loup Gerber
Fabio Monti

Sarmiento:

Tomás Malerba
Gustavo M. A. Antoun

Esquel:

Gerardo Tambussi
María Cristina Lanfranconi

Comodoro Rivadavia:

Sergio Oribones
Iris Moreira

Puerto Madryn:

Néstor Lorenzetti
María Inés de Villafañe

Asoc. de Mag. y Func. Judiciales:

Daniel Pintos
María Marta Onaindia

María Tolomei en representación
del Procurador General

Defensoría General:

Arnaldo Hugo Barone

Editor:

Sergio Pravaz

Ejemplar Ley 11723. Registro de la
Propiedad Intelectual N° 241116

Esta publicación es propiedad de
la Escuela de Capacitación
Judicial Chubut - Argentina.

decisión política visionaria y señera de Justo José de Urquiza.

Aunque su texto refleja el modelo de la república federal de la Constitución de Filadelfia, es una obra genuinamente argentina, con una tipología constitucional mixta entre racional-normativista y tradicional-historicista, que es el fruto de la transacción entre visiones ideológicas liberales, tradicionalistas y democráticas.

Con notable acierto, uno de los más influyentes Convencionales, Juan María Gutiérrez, nos enseñó sobre el significado de la Constitución, que ella era la Nación Argentina hecha ley.

Para nosotros el mejor homenaje que

podemos tributar a la magna obra de la Constitución Nacional de 1853, con sus reformas vigentes de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, es luchar denodadamente por su respeto y vigencia, en su letra y espíritu.

Ello, porque conocemos los problemas de anomia que sufrimos por nuestra falta de adecuada cultura política y jurídica y porque además, advertimos el extraordinario valor que tiene la recta aplicación de la Carta Fundamental para alcanzar los beneficios del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, como el sistema más conveniente para el mejor y amplio desarrollo de la persona humana.



LA CONSTITUCIÓN DE LOS EE.UU COMO FUENTE DE NUESTRA CONSTITUCIÓN NACIONAL

por Daniel A. Sabsay

Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Codirector del Departamento de Derecho Constitucional del CPAF. Constitucionalista.

La Constitución de Filadelfia de 1787 ha sido, sin lugar a dudas, la fuente principal de nuestra ley fundamental, en lo que hace a la organización del poder, tanto en el territorio como en la estructura de gobierno. Así, de manera similar a lo acontecido en el transcurso del Siglo XIX en la mayoría de los países latinoamericanos, en 1853 adoptamos un sistema presidencialista. A ello se agregó la forma federal de Estado que nosotros incorporamos al texto constitucional, al igual que México, Venezuela y Brasil. No obstante ello, de ningún modo podemos considerar que la nuestra es una réplica de la constitución del país del Norte, sino que ésta ha sido un fuerte e importante antecedente de su parte orgánica. En la redacción aparecen importantes diferencias, en tal sentido la influencia de Alberdi es fuerte y determina algunas notas propias de nuestra carta magna. Pero, es sobretodo la historia y las tradiciones de cada uno de estos dos países lo que nos brindan las diferencias más destacables. Nunca debemos olvidar la base sociológica, la de los comportamientos sociales sobre los cuales se van a asentar las nuevas normas, pues ellas le darán la verdadera "coloratura" a las flamantes instituciones y permitirán la mayor confluencia o no entre la constitución real y la formal o entre normalidad y normatividad, en las palabras de Heller.

Es de destacar que las colonias norteamericanas practicaron la democracia con anterioridad a la independencia, inclusive con posterioridad a ella, algunos de los ya nuevos estados conservaron sus constituciones elaboradas en el periodo colonial. Es decir que la tradición constitucional encuentra en los EE.UU un origen que se remonta a más de 3 siglos previos a 1776, fecha de su independencia. El fenómeno "asociacionista" —por llamarlo de alguna manera— que tanto sorprendió a de Tocqueville y de que da cuenta en "La Democracia en América", importaba un fuerte involucramiento comunitario en los asuntos públicos. En nuestro país, las cosas fueron muy diferentes, la etapa colonial se caracterizó por el ejercicio autocrático del poder, encarnado en la autoridad soberana del monarca quien era el propietario, en base a normas del derecho privado, de todas las tierras que componían el imperio español en América. En consecuencia, en los Estados Unidos no se produjo una ruptura, sino una continuidad, mientras que en nuestras tierras ocurrió exactamente lo contrario. De modo tal que en la Argentina siempre se han confrontado dos tradiciones diferentes, una autoritaria y otra democrática, en ese marco fue imposible asegurar la

continuidad constitucional, como así también lograr una adecuada observancia del principio de legalidad.

Ahora observemos algunos de los ejemplos más importantes, a nuestro entender, de diferencias tanto en la redacción de ciertas cláusulas constitucionales, como en las prácticas que caracterizan la vida de algunas instituciones. Por caso, las facultades presidenciales en materia de decretos y su potestad de observar las leyes sancionadas por el Congreso. En lo que hace a lo primero, al primer mandatario norteamericano la constitución no le concede la potestad de reglamentar las leyes, ésta es una atribución que recae en el propio Congreso, por lo tanto tampoco recibe potestades legislativas, su actuación se limita a las facultades colegislativas (iniciativa de leyes, veto, etc.) Pero, en lo relativo a este último instituto la observación de la ley que le ha elevado el Congreso sólo puede ser total, el denominado "item veto" (veto parcial), sólo aparece a favor de los gobernadores en algunas de las constituciones estatales. De modo tal que los vetos han sido excepcionales en la historia constitucional norteamericana y por supuesto, allí no han debido enfrentar la práctica de la promulgación parcial de

leyes, luego de su observación también parcial. Modalidad que importa de hecho la concesión al titular del ejecutivo de un mecanismo legislativo puro.

Otro punto de interés tiene que ver con la justicia ya que en esta materia se reprodujo de manera casi exacta lo redactado en Filadelfia en 1787. Sin embargo, en el país del norte el sistema ha funcionado significativamente bien, en particular en los aspectos más deficitarios del nuestro, comenzando por la independencia del Poder Judicial. Por lo tanto, a nuestro entender esta tan significativa distancia entre el sistema de origen y su derivado, obliga a observar que aspectos del funcionamiento del primero resultan más disímiles respecto del nuestro. Pues bien, al respecto salta a la vista todo lo relacionado con la publicidad que rodea a los actos trascendentales de designación y remoción de los magistrados.

En este sentido, a quien observe desde cerca el desempeño institucional estadounidense, le sorprenderá que esas cuestiones sean ventiladas públicamente. Tanto en el ejecutivo antes de la designación por parte de su titular, como en particular en lo relativo a la labor del Senado, previa al otorgamiento del acuerdo al nombre propuesto por el ejecutivo. El proceso está rodeado de consultas públicas, incluyendo a las audiencias, a las que no sólo tiene acceso todo ciudadano, sino también los medios de comunicación. De modo tal que lo que va ocurriendo en la Comisión de Acuerdos, primero, y luego, en el recinto del Senado, es transmitido por la televisión y por la radio. No tenemos duda que esta difusión opera como un maravilloso instrumento de control y obliga a un comportamiento institucional en el cual deben primar los motivos de orden institucional por sobre los de índole político-partidario.

A la luz de este panorama cabe preguntarse por qué motivo en la Constituyente de 1994 se privilegió la adopción de institutos tomados del parlamentarismo europeo, en lugar de introducirle al sistema los aspectos de publicidad que marcaron su evolución en el país de origen. Además, es notable la participación de políticos en ambos órganos. En el caso del Consejo la ley reglamentaria lleva a 9 sobre 20, a los representantes del legislativo (8) y del ejecutivo (1), en tanto, en el Jurado sobre 9 integrantes, 3 son legisladores. De resultados de esta composición nos encontramos con casi la mitad del Consejo integrado por este tipo de representación, la que en el jurado llega a un tercio de su membresía.

En la hora actual nos parece fundamental destacar que ante la voluntad del nuevo Presidente de la Nación de autolimitar su facultad de designación de los miembros de la Corte Suprema, se presenta la oportunidad de volver a la fuente, no sólo en la letra sino en la evolución de la práctica. Seguramente la clave del saldo positivo que se ha logrado

obtener a lo largo de más de dos siglos.

Para el desarrollo de esta cuestión nos parece importante las soluciones que aporte el documento: "Una Corte Suprema para la Democracia" elaborado a principios de 2002 por un grupo de seis organizaciones no gubernamentales(1), que propone entre otras modificaciones un sistema renovado de designación y de remoción de los ministros de este tribunal. Se trata de una modalidad participativa que tiende a la nominación transparente de magistrados, con pleno acceso a la información. Así, será posible que lleguen quienes posean idoneidad técnico jurídica y moral, independencia de criterio, compromiso con valores democráticos y con los derechos humanos. El proyecto prevé que el presidente de la República se "autolimita", mediante un decreto, en el ejercicio de las amplias facultades que le otorga la Constitución para elegir a los integrantes del máximo tribunal, algo que el propio primer mandatario ya ha manifestado públicamente. Según el texto constitucional vigente, el jefe de Estado ejerce esa atribución sin otro requisito que el de obtener el correspondiente acuerdo del Senado.

Toda vez que exista una vacante la Corte para su reemplazo debería someterse

a los postulantes a un procedimiento de consultas a un amplio abanico de organizaciones, colegios profesionales, universidades, academias, etc. dentro del marco de la más amplia publicidad de los nombres de los candidatos propuestos. De esa manera se le daría la posibilidad a la comunidad toda de evaluar con todos los elementos necesarios las calidades en lo relativo a la idoneidad profesional y moral y a la independencia de criterio de los futuros integrantes del tribunal; para ello debería contarse con un plazo de unos treinta días a fin de que cualquier ciudadano puede presentar alguna impugnación a la propuesta de designación. Esta propuesta de ser implementada en debida forma posibilitaría la reversión de la actual tendencia a la baja credibilidad que exhibe la Corte y, al mismo tiempo, a promover la participación de la sociedad civil en el esfuerzo de reconstrucción de las instituciones. Además, la iniciativa no importa violación alguna de los procedimientos establecidos por la Constitución para la designación de los miembros del órgano que encabeza al Poder Judicial. En suma el Presidente produciría la regulación de una facultad que les es propia de modo de evitar toda discrecionalidad en el ejercicio

de la misma. Es de destacar que un gesto de esta naturaleza constituiría un hito en la historia de un presidencialismo que en la mayoría de los países latinoamericanos ha tendido de manera sostenida a la acumulación indebida de la competencia del poder ejecutivo. En este caso, estaríamos frente a un movimiento en la dirección exactamente contraria. Esto es, un esfuerzo genuino hacia la atenuación de nuestro "hiperpresidencialismo" - tomando la expresión utilizada por Carlos Nino- A partir de allí, los siguientes pasos a seguir deberían producirse en el seno del Senado, de modo de modificar su reglamento con el objeto de dar cabida también a la participación y al control en la etapa del acuerdo que debe prestar la cámara alta del Congreso a las nominaciones de miembros de la Corte elevadas por el Ejecutivo.

(1) Son ellas la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Poder Ciudadano, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y la Unión de Usuarios y Consumidores y la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN).



LAS IDEAS FUERZAS DE ALBERDI EN SU PROYECTO DE CONSTITUCIÓN'

por José Raúl Heredia

Constitucionalista. Ex - Ministro del Superior Tribunal de Justicia del Chubut. Ex - Convencional Constituyente (1994 - Chubut). Miembro Honorario de la Academia Nacional de Derecho Constitucional.

...no se defiende el territorio con juramentos sino con hombres y soldados, que no tiene nuestro país desierto. Si se quiere hacer resaltar el sello de la constitución en el juramento, colóquese en vez del territorio, la población, que es su verdadera salvaguardia, y los intereses económicos, que son hoy el grande objeto constitucional y la sustancia del gobierno.

I. Introducción.

He ahí una constante preocupación de Alberdi, que se erige en una señalación para patagónicos: el desierto y la imposibilidad del progreso sin población.

Hemos recordado otras veces aquella observación: *...nunca sucede que naciones más antiguas y populosas se ahoguen por exuberancia de población, en presencia de un mundo que carece de habitantes y abunda de riquezas.*

Esta y otras ideas de Alberdi se conjugan en su Proyecto de Constitución, que él incorporó en la segunda edición de las Bases. Desde el título² queda en evidencia un pensamiento organizado y fundado en concepciones filosóficas a las que el tucumano adscribió y, desde luego,

su visión política. Y el Preámbulo preanuncia los valores superiores, si empleáramos una expresión del constitucionalismo contemporáneo,³ que enfatiza el autor.

Se nos ocurre posible sintetizar así los grandes fines de la Constitución, contenidos en el Preámbulo que escribió Alberdi:⁴

A. Formar un estado federativo. B. Establecer y definir los poderes nacionales. C. Fijar los derechos naturales de sus habitantes. D. Reglar las garantías públicas de orden y progreso.

II. Fines pendientes.

¡Tentados estamos de afirmar que estos grandes fines están aun pendientes!

El mismo Alberdi afirmó que la Revolución de Mayo, al igual que la francesa, nació dividida en dos partidos, división que se ha mantenido hasta nuestros días, a lo menos en sus efectos. Las dos grandes tareas que debía realizar esa gesta, a saber, declarar la independencia y organizar la Nación, demoraron a causa de la disimil visión de los partidos, ¡setenta años!

No alcanzó la Constitución de 1853, como lo prueba la separación del "Estado de Buenos Aires", y tampoco la reforma de 1860, como lo prueba Pavón o la batalla de Salta de 10 de Octubre de 1867⁵ o las luchas por la capitalización de Buenos Aires.

Que la Constitución debía ser federal, quedó dicho en el seno de la Asamblea fundacional cuando Gorostiaga comenzó

1 Resumen de un trabajo más extenso.

2 El título de esa segunda edición era: Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la ley que preside al desarrollo de la civilización en la América del Sud, como lo ha hecho notar Olsen A. Ghirardi en la "Introducción" a la edición de las Bases publicada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en homenaje a Alberdi en el año 2002.

3 V. Peces-Barba, Gregorio, Los Valores Superiores, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

4 Con meridiana claridad, explicitó la función del Preámbulo: "Los estatutos constitucionales, lo mismo que las leyes y las decisiones de la justicia, deben ser motivados. La mención de los motivos es una garantía de verdad y de imparcialidad, que se debe a la opinión, y un medio de resolver las dudas ocurridas en la aplicación por la revelación de las miras que ha tenido el legislador y de

las necesidades que se ha propuesto satisfacer. Conviene, pues, que el preámbulo de la Constitución Argentina exprese sumariamente los grandes fines de su instituto. Abrazando la mente de la Constitución, vendrá a ser la antorcha que disipe la oscuridad de las cuestiones prácticas, que alumbré el sendero de la legislación y señale el rumbo de la política del gobierno".

5 Botelli y Ríos crearon la zamba "La Felipe

el informe del despacho de la Comisión de Negocios Constitucionales y remitió al Pacto de 4 de enero de 1831, que el Acuerdo de San Nicolás, igualmente mencionado por el célebre miembro de la Convención de 1853, llamó "Ley fundamental de la República".

Que ella no ha alcanzado para fundar un país federal lo prueba la realidad, aunque no podamos atribuirle responsabilidad por ello. Sí, hay que buscar en los comportamientos institucionales, dictados por aquella congénita división, la razón de que hayamos erigido en los hechos un país fuertemente unitario.

El segundo fin, el establecimiento de los poderes nacionales, tuvo un largo desencuentro con la Constitución según sabemos. Por de pronto, la primera Corte Suprema de Justicia juró ante Mitre,⁶ ya presidente, esto es, diez años después de su creación constitucional. Y ella llegaría a cohonestar el golpe de Estado de 1930. Y, en muchos de sus fallos, ayudaría a construir el país unitario que hoy tenemos.

En nuestros días, padecemos la casi ignominia de una crisis sin precedentes en el seno de la propia Corte y en la relación de ella con los otros dos poderes.

¡Para qué mencionar todos los quiebres institucionales que acababan con la vigencia de la Constitución y la sustituían por bandos militares!

¡Para qué recordar que el senado nacional -la cámara de las autonomías provinciales- no ha podido exhibir comportamientos federales para destacar!

"Definir los poderes nacionales" significaba construirlos previsibles conforme con un orden predeterminado y sujetarlos a la ley; significaba -y significar- erigirlos en independientes, particularmente al Poder Judicial sin el cual no hay constitución posible.

"Fijar los derechos naturales" de los habitantes fue uno de los propósitos bautismales del constitucionalismo, que Alberdi consignó como un fin esencial en su proyecto. Tampoco será menester mencionar las violaciones sistemáticas que en todo tiempo ellos han sufrido entre nosotros, pese a su contemplación en la letra suprema. No tan solo durante las usurpaciones al poder; también en las etapas "democráticas".

Baste señalar que, si los derechos

humanos no se resumen o consumen en el de la propiedad individual, éstos están gravemente afectados en nuestros días cuando un sesenta por ciento de argentinos está en situación de pobreza, más de diez millones son indigentes y la mayor parte de nuestros niños y jóvenes son pobres.⁷ Ello echa por tierra la postulación de la nueva cláusula para el progreso -artículo 75 (19) C.N.- que ordena al Congreso "Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo... al crecimiento armónico de la Nación...". ¡Cláusula constitucional escrita en la reforma de 1994, que hoy parece antigua y desgastada! Y conste que la Encíclica papal ha llamado al desarrollo humano "el nuevo nombre de la Paz".

III. Garantías públicas de orden y progreso.

Veamos ahora, en muy breve resumen, qué entendió Alberdi por *garantías públicas de orden y progreso*. El Capítulo IV de su Constitución se denominaba precisamente así, y comprendía los artículos 24 a 39. Al pie de su título, escribió:

Al lado de las garantías de *libertad*, nuestras Constituciones deben traer las garantías de *orden*; al lado de las *garantías individuales*, que eran todo el fin constitucional en la primera época de la revolución, las *garantías públicas*, que son el gran fin de nuestra época, porque sin ellas no pueden existir las otras. Me he permitido llamar *garantías de progreso* a las instituciones fundamentales que con el tiempo deben salvar las garantías *privadas y públicas*, educando en el orden y la libertad.

En el "párrafo" X -como él llamó a los capítulos de su libro Bases- contrastó los fines constitucionales de dos épocas que él diferenció nitidamente.

La América de ahora, 30 años, sólo miró la libertad y la independencia; para ellas escribió sus constituciones. Hizo bien, era su misión de entonces...

Pero todas las cosas han cambiado y se miran de distinto modo en la época en que vivimos:

No es que la América de hoy olvide la libertad y la independencia como los grandes fines de su derecho constitucional(...). Así como antes colocábamos la independencia, la libertad, el culto, hoy debemos poner la inmigración libre, la libertad de comercio, los caminos de fierro, las industrias sin trabas, no en lugar de aquellos grandes principios, sino como medios esenciales de conseguir que dejen ellos de ser palabras y se vuelvan realidades.

Allí están las herramientas capaces de sacar del atraso a nuestra América del Sud: la *educación* -y por eso en el artículo 32 de su proyecto constitucional, inspirado en la Constitución de California,⁸ escribió:

La Constitución asegura en beneficio de todas las clases del Estado la instrucción gratuita, que será sostenida con fondos nacionales destinados de un modo especial e irrevocable a ese destino.

Pero no la educación que concibieron Belgrano, Bolívar, Egaña y Rivadavia, sino la que se opera por la acción espontánea de las cosas. La "educación que se hace por el ejemplo de una vida más civilizada que la nuestra": -educación fecunda, que Rousseau comprendió en toda su importancia y llamó *educación de las cosas*-.

Y asignó a la "industria" un rol relevante para el orden y el progreso, como se aprecia en esta cita parcial de su pensamiento:

Nuestra juventud debe ser educada en la vida industrial, y para ello ser instruida en las artes y ciencias auxiliares de la industria(...). La industria es el único medio de encaminar la juventud al orden(...). La industria es el calmante por excelencia. Ella conduce por el bienestar y por la riqueza al orden, por el orden a la libertad...

La industria es el gran medio de

Varela", que al comienzo de uno de sus versos, dice: "Mañana del 10 de octubre, de sangre por culpa de él...", pintando un caudillo sanguinario. Para reivindicarlo, León Benarós y Félix Luna compusieron, al cumplirse cien años de la batalla de Salta, una suerte de zamba réplica titulada "El Corazón de Felipe Varela".

6 Designó (18 de octubre de 1862) para integrar el tribunal a Valentín Alsina -quien no aceptó ser miembro de la Corte y su primer presidente-, Francisco de las Carreras, Salvador María del Carril, Francisco Delgado y José Barros Pazos. Procurador, a Francisco Pico. Se había sancionado ya la ley 27 que fijaba el número de jueces de la Corte. Juraron, como previó el artículo 98

de la Constitución (1860), ante Mitre el 15 de enero de 1863; el primero en hacerlo fue de las Carreras, y en forma conjunta luego los otros tres; el último fue Pico. Aceptada la renuncia de Alsina por Mitre (el 6 de enero de 1863), recién en 1865 se designó a Gorostiaga para reemplazarlo. Escribiría tiempo después Mitre: "...era necesario consolidar a la par del Poder Ejecutivo y del Legislativo, que son siempre las primeras manifestaciones de la sociabilidad política, el Supremo Poder Judicial que impera sobre las pasiones, que corrige sus extravíos, que garante la paz de los pueblos y de los ciudadanos, y que gobierna en nombre de la razón, con la fuerza invencible de la ley" [V. Romero, César Enrique, Temas

Constitucionales y Políticos, pp. 63 y ss.].

7 Pueden verse notas y estadísticas relacionadas con el tema en www.cambiocultural.com.ar

8 "La Constitución obliga a la legislatura a estimular por todos los medios posibles el fomento de los progresos intelectuales, científicos, morales y agrícolas./ Aplica directa e invariablemente para el sostén de la instrucción pública una parte de los bienes del Estado, y garantiza de ese modo el progreso de sus nuevas generaciones contra todo abuso o descuido del Gobierno. Ella hace de la educación una de las bases fundamentales del pacto político. Le consagra todo el título 10" [Bases, XI].

moralización. Facilitando los medios de vivir, previene el delito, hijo, las más de las veces, de la miseria y el ocio...

No se agotan aquí las garantías de orden y progreso; limitamos necesariamente en esta nota las citas. Interesa la siguiente:

La libertad del trabajo y de la industria consignada en la constitución no pasará de una promesa, si no se garantiza al mismo tiempo la abolición de todas las antiguas leyes coloniales que esclavizan la industria, y la sanción de leyes nuevas...

La libertad del comercio interior sólo será un nombre, mientras haya catorce aduanas interiores, que son catorce desmentidos dados a la libertad...

La libertad de comercio sin libertad de navegación fluvial es un contrasentido, porque siendo fluviales todos los puertos argentinos, cerrar los ríos a

las banderas extranjeras, es bloquear las Provincias y entregar todo el comercio a Buenos Aires...

Habría de escribir en su Proyecto de Constitución que "La navegación de los ríos interiores es libre para todas las banderas" [art. 34].

Cabe recordar que el Tratado celebrado el 4 de Enero de 1831 entre las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, declarado ley fundamental de la República en el Acuerdo de San Nicolás según lo dicho, "por haberse adherido a él todas las demás Provincias de la Confederación", contuvo estos tres artículos:

Art. 8 Los habitantes de las tres Provincias litorales, gozarán recíprocamente la franqueza y seguridad de entrar y transitar con sus buques y cargas en todos los puertos, ríos y territorios de cada una, ejerciendo en ella su industria con la misma libertad,

justicia y protección que los naturales de la Provincia en que residan, bien sea permanente o accidentalmente.

Art. 9 Los frutos y efectos de cualquier especie que se importen o exporten del territorio o puertos de una Provincia a otra, por agua o por tierra, no pagarán más derechos que si fuesen importados por los naturales de la Provincia a donde o de donde se exportan o importan.

Art. 10 No se concederá en una Provincia derecho, gracia, privilegio o exención a las personas y propiedades de los naturales de ella, que no se conceda a los habitantes de las otras dos.

De allí han pasado estos principios, que Alberdi recogió en su Proyecto de Constitución [artículos 9, 10 y 11, y artículo 67 (4)], a la Constitución Nacional.



EL SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL

por Susana G. Cayuso

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la U.B.A.

A ciento cincuenta años de la sanción de la Constitución Nacional, la sociedad argentina se enfrenta al desafío de reconocer que ha desarrollado un débil vínculo con los mandatos de la norma fundamental. Y si bien es cierto que las responsabilidades son compartidas, no es menos cierto que determinados sectores de la vida institucional del país deberían ser los obligados a asumir que, por acción u omisión, se han ido alejando de los valores que las normas constitucionales representan para la organización y administración de la cosa pública. Poco a poco dicho desprendimiento ha ido configurando una cultura jurídica inconsistente, imprevisible y sectorial que desdibuja los fines que el texto constitucional está destinado a satisfacer en una democracia republicana.

Transformar los valores que dan sustento al estado democrático constitucional en meros procedimientos formales para la integración de las estructuras del poder, ha instalado un sentimiento de profunda frustración, que ha conducido al aniquilamiento de la cultura constitucional o, lo que es aún peor, ha fomentado la conciencia de vinculación institucional aparente, a los preceptos de la norma fundamental.

La sociedad argentina debe recuperar o, en su caso, incorporar el sentimiento constitucional sustantivo. Tal vez uno de los caminos de la reconquista constitucional sea volver al pasado, retomar las fuentes, y preguntarnos por aquellos objetivos que, aún desprendidos de las ideas que les dieron origen, hacen al contenido vivo de la norma base.

En tal sentido, transitar el informe escrito presentado por la Comisión de Negocios Constitucionales acompañando el proyecto de Carta Fundamental, presentado al pleno del Congreso Constituyente reunido en Santa Fe, permite recordar algunas de las ideas, propósitos y objetivos que guiaron la sanción del texto constitucional.

Destaco, en primer término, una reflexión dedicada al Poder Judicial, cuando al referirse a la organización de

los poderes constituidos, manifiesta que: "El proyecto señala con minuciosidad los casos y la manera de acción del Poder Judicial, que lleva por título el de *Suprema Corte de Justicia*. Ella es la que ha de formar, por decirlo así, la jurisprudencia del código constitucional. El presidente de la Confederación y el Senado nombran sus miembros; pero tanto en el número de los jueces, como en las calidades que han de acompañarles para ser digno del cargo, hallará vuestra honorabilidad otras tantas garantías de rectitud y acierto en el desempeño de tan augustas funciones. A la penetración del Congreso no se ocultará, entrando en el mecanismo de este poder nacional, cuáles hayan de ser para lo futuro, los preciosos frutos que él ha de dar, cuando fuerte en la opinión que conquiste en el país, desenvuelva toda la esfera de su acción en servicio de los principios de justicia y de orden que necesitamos establecer tras tantos años de turbulencia y de irregularidad administrativa..."

Los principios de justicia y orden constituyen, pues, los fines a alcanzar y, en aras de los mismos, en un párrafo austero pero de gran contenido ético, enuncia lo que debe entenderse como presupuestos insoslayables para quienes acceden a la función pública al sostener

que para el ejercicio de los actos del gobierno federal "es preciso contar con que las personas que le componen en el Congreso y al frente de los demás poderes, son argentinos, conocen las necesidades del país, y están más que nadie interesados en no romper la armonía del movimiento de la máquina que se les confía."

Al mismo tiempo, enlazado a este juicio, plantea el problema central a enfrentar al interrogarse "¿cómo hacer para que el Gobierno Federal proporcione a la nación respeto y reputación exterior, paz intestina y desenvolvimiento del comercio, de la industria y la población?" y manifiesta que ha creído resolverlo "por los medios consagrados en las *Declaraciones y garantías...* en las que se invocan principios, convicciones y sentimientos patrios, porque la situación es excepcional, el caso único y única también la causa que embarazaría temporalmente la realización de la Constitución. Los esfuerzos del espíritu y del ánimo, los ha dirigido la comisión allí donde la dificultad existe; y, confiada en la buena estrella de la patria argentina y en la sanidad y desprendimiento de sus intenciones..."

Todo ello en el contexto de una cruda descripción, que no parece desactua-

lizada, y según la cual reconoce que “nuestra situación es dolorosa por retrógrada. Es preciso que la práctica del régimen constitucional a que aspiramos, dé, cuando menos para nuestros sucesores, seguridad a la vida y propiedades, medios de trabajo, precio a nuestras tierras y productos, y facilidades para comerciar con los pueblos extranjeros de cuyos artefactos y ciencias carecemos. Por eso la comisión, ahogando el rubor en sacrificio a la verdad, y en previsión de males ya sufridos, ha anatematizado la confiscación, los tormentos bárbaros y extravagantes inventados por la guerra civil, y la cobarde adulación de los que quisieron afean más la tiranía con esas prerrogativas llamadas facultades extraordinarias y suma del poder público, hijas del miedo y de la codicia sórdida, que se despiertan cuando la dignidad civil se relaja y los medios honestos de existencia escasean por culpa de la perversidad e ignorancia de los que mandan.”

Sin embargo, la oposición, la duda y la resistencia al cambio pusieron en aquel entonces en peligro la sanción de la constitución. Tal situación produjo un intercambio de opiniones entre los integrantes del Congreso Constituyente. Entre aquellos que defendieron la oportunidad y la necesidad de contar con la norma base de organización nacional, tienen hoy aún vigencia algunas de las consideraciones vertidas respecto al sentido profundo que encierra el texto constitucional.

Gorostiaga sostuvo que “la sanción de la Constitución es urgente y que los pueblos la reclaman con exigencia; porque el Congreso conoce muy bien que la Constitución es el más poderoso elemento de pacificación para los pueblos; el único recurso que nos queda para establecer el orden y salvar a la Confederación de la disolución y de la anarquía”

En idéntica línea Gutiérrez dice que “muy al principio de este siglo, dijo un distinguido político que sólo había dos modos de constituir un país: tomar la Constitución de sus costumbres, carácter y hábitos, o darle el código que debía crear ese carácter, hábitos y costumbres, si no los tiene. Si, pues, el nuestro carece de ellos, sí... la nación es un caos, la comisión en su proyecto presenta el único medio de salvarla de él” y, en su apoyo, Zavalía sostuvo que “por lo mismo que nuestros pueblos no están educados, es preciso ponerlos cuanto antes en la escuela de la vida constitucional; pues el reinado de la anarquía y el despotismo en que hemos pasado todo el período de la independencia, no es a propósito para formar buenos ciudadanos. Hay dos fenómenos notables que observar en la vida de nuestros pueblos, después de emancipados de la metrópoli; fenómenos que han existido juntos, y que, por lo

mismo, deben comprenderse juntos, como lo está el efecto a su causa”.

Cuarenta años de inconstitución, y cuarenta años de desórdenes políticos y depravación de costumbres, preciso es convencernos, este procede de aquello. ... Recuérdese que en tiempos anteriores, la resistencia a la organización sólo ha emanado de los gobernantes, y nunca de los pueblos”.

Zapata, asumiendo la responsabilidad de la representación política manifestó que “como diputado al Congreso General Constituyente, y como miembro de la Comisión de Negocios Constitucionales y para dar cumplimiento a este pacto solemne, nos han mandado aquí, como sus representantes; para eso mismo se ha instalado este Congreso. ¿Con qué derecho podríamos hoy volvernos contra nuestros comitentes, contra los mismos de quienes recibimos los poderes con que ocupamos estos asientos para decirles con pretenciosa arrogancia: “No os conviene la obra que nos encargasteis hacer, porque así lo creemos nosotros en nuestra sabiduría y previsión; queremos disponer de otro modo, de vuestros destinos; rompemos vuestros compromisos; despreciamos vuestros insensatos deseos; y en vez de todo eso, os imponemos la ley que se nos antoja daros, y os dejamos sumidos en el mismo caos de males de que queríais libertaros alguna vez”? ¿Está esto en la esfera de nuestro mandato? ¿No sería este procedimiento una deserción injustificable de nuestros deberes, un ataque brusco e inaudito a la soberanía de los pueblos, que con el grito puesto en el cielo nos piden la Carta Constitucional que nos han mandado a hacer?”.

Huergo, en una elocuente síntesis, describió el fin supremo de una constitución al sostener que “el remedio eficaz, heroico, único, es la Constitución del país, porque ella sola puede ser el muro de bronce donde vengan a embotarse los esfuerzos impotentes de la anarquía y del despotismo. Una Constitución como la que aconseja el proyecto, que sea la verdadera expresión de las necesidades del país, donde pueblos y Gobiernos aprendan a conocer sus derechos y sus deberes. Una Constitución, porque ella sola puede crear una autoridad fuerte y vigilante, pero una autoridad prudentemente dividida entre poderes y límites fijos, que, al mismo tiempo de hacer imposible su abuso, pueda garantizar a los ciudadanos en el goce de sus derechos. Yo sé bien, que la República Argentina necesita un gobierno fuerte y vigoroso, pero quiere un gobierno nacido de la Constitución, armado con todo el poder que ella le dé, porque es mejor, como ha dicho muy bien un eminente publicista argentino, en vez de dar el despotismo a un hombre, dárselo a la ley. Las Constituciones son, unas

veces, el resultado, y muchas otras la causa del orden moral de las naciones...”.

Finalmente Seguí, consideró al texto constitucional como la trama de límites para que: “... esas convulsiones locales, esos movimientos de círculo, esas revoluciones de intereses personales, en que se disputa el bastón del mando, porque todos se creen con derechos iguales para empuñarlo, no son más que el fruto del aislamiento provincial, y de la falta de una ley general que declare y haga efectivos los derechos y deberes de todos; que determine y marque las atribuciones y órbita del poder, así como los límites de la obediencia y las obligaciones que impone...”

Basta esta reseña para reencontrarse con los principios que dieron sustento a las normas constitucionales.

Hoy, a ciento cincuenta años, aquellas razones subsisten. La diferencia profunda es que hemos contado, durante tan largo tiempo, con el instrumento y lo hemos despreciado, o en el mejor de los casos, lo hemos ignorado o tergiversado.

El mejor homenaje es, entonces, formular un propósito de enmienda, no declamarla sino cumplirla, dándole encarnadura a sus generosos fines.

La democracia constitucional supone mayor racionalización y moralización del ejercicio del poder; entraña un mayor bienestar material para los habitantes y debe dar como resultado una sociedad integrada. Tocqueville concibe la legitimación democrática del poder como una “sociedad en la que todos, contemplando la ley como obra suya, la amen y se sometan a ella sin esfuerzo; en la que la autoridad del gobierno sea respetada como necesaria y no como divina; y en la que el respeto que se tributa al Jefe del Estado no sea hijo de la pasión, sino de un sentimiento razonable y tranquilo. Gozando cada uno de sus derechos, y estando seguro de conservarlos, así es como se establece entre todas las clases sociales una viril confianza y un sentimiento de condescendencia recíproca, tan distante del orgullo como de la bajeza...”

El orden constitucional tiene un núcleo ético, basado en la igualdad y la libertad, su degradación conduce al fracaso del sistema ya que “la actividad política, en cuanto acción guiada por el juicio de prudencia, supone una adecuación de medios a fines, en cuanto tal, implica conocimiento valoración, selección y actuación tanto de los unos como de los otros...”¹

¹ Alberto Montoro Ballesteros, *Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, 1979, pág.32.

EN HOMENAJE A LA CONSTITUCION HISTORICA EN SU 150 ANIVERSARIO.

por *Edgardo Rubén Hughes*

Ex Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut. Ex Convencional Constituyente para la Reforma Constitucional de 1994. Presidente del Colegio de Abogados de Sarmiento (Chubut). Profesor universitario. Autor de numerosos artículos de su especialidad.

1.- Consideración preliminar.

Brevemente, al par de destacar lo valioso de las inquietudes que tienden a resguardar los hitos institucionales sustanciales para la República, como las de este Superior Tribunal de Justicia, y especialmente el inusual impulso que a la conmemoración impuso la Asociación Argentina de Derecho Constitucional presidida en forma encomiable y federal por el destacado profesor Dr. A. María Hernández, debo señalar que la presente se efectúa en un especial contexto histórico y su sesgo será especialmente histórico sin que ello implique desconocer u obviar las desaplicaciones y graves agravios al sistema constitucional y al pueblo de la República por quien o quienes usurpando o no el poder desaplicaran sus normas y las que le sucedieran en consecuencia.

Aclaro esto, pues si bien soy y seguiré siendo un partidario habitual de los pronunciamientos que se ajustan a la realidad de los hechos en no pocos ámbitos, y en voces de gentes ilustradas he observado cargar las tintas de no pocos males normativos, funcionales y personales al texto constitucional o sus reformas vigentes. Ellas son perfectibles, pero los males de la república no están allí, por el contrario muchos de ellos no hubieran ocurrido o se habrían subsanado oportunamente de haber mediado el necesario y prudencial apego al texto constitucional.

Y también señalo que su pretexto de críticas racionales y teorizantes insustentadas, no pocas veces por acción u omisión se generan las condiciones que producen a la postre efectos indeseados.

En concreto creo en la crítica fundada, y acepto aún cuando no comparta la otra, más siempre y en todos los casos con resguardo de las instituciones de la República de modo tal que ni los dichos ni los hechos se enderecen a otra meta que no sean su sostenimiento y mejoramiento para felicidad de la Nación.

Dicho ello, también señalo que el presente, para avenirse con el evento a conmemorar pretende recordar por su valor histórico y su actualidad el pensamiento de uno de los más influyentes ideólogos y redactores de lo que sería la Constitución de 1853, Juan Bautista Alberdi, sin desmedro de otros pensadores importantes, incluso como en el caso de Pedro de Angelis no suficientemente recordado, y ya en tiempos recientes y sin desconocer las distintas controversias que toda obra o pensamiento humano genera, Arturo SAMPAY.

De tal pensamiento, someramente expuesto, surgen elementos que no sólo permiten elucidar la cuestión histórico normativa vinculada con el magno acto institucional sino además, la potencia de los mismos, y porque no decir su vigencia y actualidad en no pocos casos.

2.- Situación histórica.

Es de recordar que al momento de la sanción, la república había transitado un camino plagado de encuentros y desencuentros de extrema gravedad que

se remontaban a su pasado colonial, post colonial y al periodo posterior al 25 de mayo de 1810 donde se iniciaría una etapa que el maestro EKDMEKDJIAN describe como de sinalagma, seguramente en referencia a los sucesivos acuerdos, y desacuerdos -agregaría- en actividad que concluiría con tres acuerdos que sentarían las bases para reunir el Congreso Constituyente y generar las condiciones para la unión nacional.

Ellos fueron el Pacto Federal de Enero de 1831, el protocolo de San Benito de Palermo del 23 de Mayo de 1852 y el acuerdo de San Nicolás del 31 de Mayo de 1852.

Dicho ello en prieta síntesis ajustada a las necesidades de la publicación y sin desmedro de otros numerosos instrumentos no menos importantes, pero suficientemente conocidos, razón por la cual me permito respetuosamente obviar de momento su cita, más no su recuerdo.

Y en el orbe se habían producido los procesos revolucionarios de Inglaterra en 1688, la Revolución Americana de 1776 y la Revolución Francesa de 1789, lo que llevaría a decir a VANOSI que durante cien años de cambio se fueron concibiendo y generando las nuevas instituciones, pero que esencialmente quedaron extinguidas las tres características fundamentales que correspondían al tipo de Estado anterior al del movimiento político cultural del constitucionalismo, el feudalismo, los estamentos y las constituciones.¹

3.- El pensamiento de Alberdi.

Alberdi, entre otras, ha legado tres obras de necesaria consulta y análisis a la hora de recurrir a las fuentes genuinas de su concepción político institucional, ellas son **DERECHO PUBLICO PROVINCIAL ARGENTINO, SISTEMA ECONOMICO Y RENTISTICO, BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA ORGANIZACION POLITICA DE LA REPUBLICA ARGENTINA.**

De ellas, detraeré tres cuestiones que me parecen relevantes, y no agotan por su puesto el tema, su visión de la República y sus antecedentes, los ejes sobre los cuales debía sustentarse la organización nacional y el texto constitucional y lo que llamaría -si-

tuándonos en su tiempo - su anticipo a la concepción moderna del Estado Social de Derecho.

Con brevedad y especificidad cual era, entiendo, su concepción respecto de los Municipios, el Estado Federal, la República y en proyección lo que podría entenderse, no sin reservas como un adelanto a las modernas concepciones de lo que se describe por la doctrina constitucional como el Estado Social de Derecho, Instituto este que alumbraría con rasgos distintivos en la Constitución Mexicana de 1917, la de Weimar de 1919, y en tiempos más recientes en la Constitución Española de 1978, en el artículo 1 de nuestra Constitución Provincial, y en tantas otras incluída la federal, y lo que surgía de la constitución de 1949 posteriormente derogada.

Tampoco dejo de recordar, por su virtualidad histórica y en orden a las dificultades para nominar institutos con precisión matemática, de otro lado no siempre necesaria, que ya en 1933, y más adelante, el canciller Bismark en Alemania contribuía a la institucionalización de sistemas del seguro social, jubilaciones, pensiones, etc.

¿Pero qué pensaba ALBERDI sobre los municipios, el estado federal y el sistema que vinculo con el Estado Social de Derecho?

a. En referencia al estado federativo, eje sustancial de su construcción, y tal como después se plasmaría en el texto histórico, sostenía que el derecho provincial estaría conformado por el no delegado al gobierno general del estado, precisando cuales serían algunas reglas básicas de asignación de competencias entre ambos niveles estatales.

Y en tal orden argumental explicaba que si por regla general corresponde al derecho de provincia todo lo que no está delegado al gobierno de la Confederación, claro está que con conocer esto último, tendremos conocido lo que es del dominio de la provincia.

Así entendía que entre los objetos y facultades a asignarse al gobierno común, deberían ubicarse las vinculadas al Gobierno Interior, Gobierno Exterior, Hacienda, Guerra y Marina, y Justicia, entre otras.²

1 VANOSI, Jorge Reynaldo, "Teoría Constitucional", p. 6., Edit. Depalma,

Buenos Aires 1975.

2 ALBERDI, Juan Bautista, "DERECHO

PUBLICO PROVINCIAL", pág. 131 y ss., Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires 1998.

Este sistema relativamente simple, que a su vez tomara en lo pertinente de otros sistemas federativos, permite que conocidas las atribuciones y competencias del gobierno nacional o central como ocurre en general en función del texto constitucional federal, también por consecuencia se conozcan las que se reservan o las que posee en concurrencia o las que están vedadas a ambos niveles de gobierno, a salvo no pocos supuestos de difícil inteligencia, oscuros o sin reglas claras de deslinde.

Pero tales criterios, referidos al derecho público local y federal, deben enmarcarse no sólo en los criterios científicos vinculados con el sistema federativo, o en el desarrollo que de él pudiera haberse hecho en otros países, sino sustancialmente en los antecedentes liminares que como decía Alberdi integraban un sistema de costumbres y derecho propio de lo que sería la república y que para ese tiempo llevaban más de cuarenta años de vigencia.

Y cual era ese derecho público anterior, las constituciones y leyes generales sancionadas en la República durante la revolución; los tratados celebrados con las naciones extranjeras; los tratados y ligas parciales de las provincias entre sí, anteriores a la Constitución actual; las leyes sueltas de carácter fundamental y las Constituciones locales expedidas en las provincias durante el período de aislamiento; el derecho público consuetudinal o sea las prácticas y costumbres constitucionales introducidas por la revolución republicana, las leyes y tradiciones políticas procedentes del antiguo régimen, que no estén en oposición con el régimen moderno.

b.- En su concepción de necesaria inteligencia a los fines de la hermenéutica constitucional, adquiriría especial importancia el régimen español americano previo a la Revolución de Mayo de 1810, entendiéndolo como una de las fuentes del derecho público a tener en cuenta a los fines de la organización de la República y las provincias.

Y tal sistema lo centraba, con indudable acierto propio de su enjundia, y además, debemos retenerlo por su vigencia en el régimen municipal conformado por los cabildos donde se ubicaban principios sustanciales como los que hacen al régimen representativo, la soberanía del pueblo y en proyección los que hacen a la República.

Así decía textualmente que aún antes de la proclamación de la República, la soberanía del pueblo existía en Sudamérica como hecho y como principio en el sistema municipal, que nos había dado España. El pueblo intervenía entonces más que hoy en la administración pública de los negocios, civiles y económicos. El pueblo elegía los jueces de lo criminal y civil en primera instancia; elegía los funcionarios que tenían a su carga la policía de seguridad,

el orden público, la instrucción primaria, los establecimientos de beneficencia y la caridad, el fomento de la industria y del comercio. El pueblo tenía bienes y rentas propias para pagar esos funcionarios, en que nada tenía que hacer el gobierno político.

De este modo la política y la administración estaban separadas: la política pertenecía al gobierno, la administración al pueblo inmediatamente.

Los cabildos o municipalidades, representación elegida por el pueblo, eran la autoridad que administraba en su nombre, sin injerencia del poder.³

Remataba diciendo que de un antiguo cabildo español había salido a la luz el 25 de mayo de 1810, el Gobierno Republicano de los argentinos, pero a los pocos años este gobierno devoró el autor de su existencia, en indubitable referencia a la constitución unitaria de 1826.

En definitiva centraba uno de los ejes de la república, del sistema representativo y democrático y del orden federal en el sistema municipal referido, y aquí sin exorbitarme del cometido de esta nota señalo como adquiere o mantiene con mayor rigor su esencia el pensamiento Alberdiano en tanto coloca en tal estructura un rol sustancial, que compartimos, pero además se compecede -dicho ésto respetuosamente- con nuestro pensamiento reiteradamente expuesto a lo largo del tiempo, en orden al análisis de nuevas formas de designación de funcionarios y magistrados. Ello, sin desmedro y con respeto por las existentes.

Cuestión de otro lado que debe analizarse en cierto marco, bajo ciertas condiciones y para los tiempos, que no son los del ilustre jurista referido, más también debe decirse que en tal alineamiento, más no con tal fuente se halla inserto en la Constitución de la Provincia del Chubut.

La letra, la escritura de la ley ha sido y será siempre una garantía contra el abuso. La letra no es la ley, pero la prueba, la fija y la conserva. Todas las conquistas de la libertad, de la justicia y el derecho se han consignado siempre en escrituras que se han llamado cartas o constituciones.

c.- Decimos al inicio que en ciernes, y a salvo las distancias, se advierte en el pensamiento de Alberdi una línea argumental que se aviene parcialmente con lo que en el constitucionalismo contemporáneo se entiende por constitucionalismo social.

Y de donde extraemos tal conclusión -opinable de lo que nos hacemos cargo y diremos el porque- precisamente de lo que sostiene en su sistema económico y rentístico respecto de la distribución de la riqueza, a lo cual dedica un Capítulo.

Precisando que las disposiciones de la Constitución Argentina relativas a tal distribución pueden ser consideradas en su aplicación al salario, y que junto al derecho al trabajo ha de ubicarse el de percibir parte de su producción, como

parte del principio de igualdad.

Entre los propósitos supremos de tal norma ha de incluirse el derecho a obtener los beneficios del capital y del trabajo, para lo cual destaca además que la riqueza es un medio y no un fin, un fin ha de entenderse que esté destinado fundamentalmente a la satisfacción equitativa de necesidades humanas, y ello implica uno de los rasgos del constitucionalismo a que referimos.

Y textualmente precisaba, por si caben dudas de su concepción, que la justicia natural, regla común de los hechos morales, económicos y políticos de que consta la humana sociedad, la justicia divide y distribuye los beneficios de todo producto entre los agentes o fuerzas que concurren a su producción. Dar utilidades a los unos y excluir de ellas a los otros, sería contrario a la moral cristiana, que haciendo de todos el deber del trabajo, ha dado a todos el derecho a vivir de su producto.⁴

Agregando que reconociendo que la riqueza es un medio, no un fin, la Constitución Argentina propende por el espíritu de sus disposiciones económicas, no tanto a que la riqueza pública sea grande, como bien distribuida, bien nivelada y repartida; porque sólo así es nacional, sólo así es digna del favor de la Constitución, que tiene por distinto el bien y prosperidad de los habitantes que forman el pueblo argentino, no de una parte con exclusión de otra.

Ella ha dado garantías protectoras de este fin social de la riqueza, sin desconocer que el orden social descansa en las bases de la libertad, igualdad, propiedad, seguridad, etc.

A ello no empecé, en el marco histórico en que se efectuaba, su pretensión de lo atinente a la remuneración del trabajo, de que la misma se regulara libremente, pues si bien se compedecía con el liberalismo individualista propio de la época, no es menos cierto que se hace de toda necesidad la presencia regulatoria del estado en atención a la disparidad de fuerzas que existen entre dadores de trabajo y trabajadores, o entre capital y trabajo como la realidad en general lo indica.

Tal criterio produjo y produciría el fin contrario al deseado, al menos en el contexto conocido y en estos tiempos.

A ello no obstan las referencias que efectúa a los arts. 14, 15, 16 y 20, pues a pesar de su relevancia no resuelven la situación de desequilibrio entre las partes, mas bien como lo señala reiteradamente nuestro máximo organismo jurisdiccional -*mutatis mutandi*- no contempla el libre cambio en materia laboral la atención desigual de circunstancias desiguales.

Pero en definitiva, y en lo sustancial, puede entenderse razonablemente, y así lo entiendo, que los principios referidos se vinculan con las modernas tendencias constitucionales, y en ello también el ilustre Alberdi sería un adelantado.

3 ALBERDI, aut y lug cit pgs.....

4 Aut y lug cit., pgs. 131 y ss.

4.- Pedro de Angelis y la Constitución histórica.

En este breve racconto y comentario vinculado con la constitución histórica, que no agota el tema, los autores, ni los actores, aparece como necesario dedicar un espacio al napolitano Pedro de Angelis, quien poseedor de una sólida ilustración y opositor a los borbones llegara a la república desde París contratado por Bernardino Rivadavia, a su vez delegado del Gobernador de Buenos Aires, Gregorio Las Heras. Antiguo republicano, observaba con pasión los movimientos independentistas, y si bien su formación era de extracción unitaria y a tales fines seguramente habría sido convocado, no menos cierto es que posteriormente viraría a lo federal, cupiéndole un rol importante al redactar un proyecto de constitución a pedido de Urquiza, el único que encargara, pues el de ALBERDI, lo fue por sugerencia de Juan María Gutiérrez.

Se desconoce si tal proyecto lo conocía Alberdi, aún cuando entiendo que si, más si lo conocieron los constituyentes del '53 como lo afirma el Secretario del Congreso Constituyente José María ZUBIRÍA, hijo del presidente, Facundo Zuviría al señalar que los

proyectos de Alberdi y De Angelis fueron analizados por los constituyentes.⁵

Lo que permite afirmar que los dos tuvieron influencia en la redacción de la Constitución de 1853.

Sostenía De Angelis que "...la Constitución de un Estado para que sea sólida, debe provenir de la creación progresiva de instituciones análogas, de las costumbres radicadas en los pueblos, de la acción lenta pero segura del orden y de las leyes especiales de cada provincia..."⁶

Tal proyecto, que constaba de 107 artículos, calificaba al Estado como federativo en su artículo 1º, y en el 2º que el gobierno de la República era democrático, representativo y federal, en el art. 27 de ineficaz toda autoridad usurpada, lo que nos recuerda a nuestro actual artículo 36 de la Constitución Nacional.

5.- Constitución histórica y Reforma del 94.

A modo de colofón, y con independencia de las críticas y elogios totales o parciales que merece esta reforma a la constitución histórica ha de rescatarse, pues le permitió *aggiornarse*:

a.- La incorporación de nuevos

derechos y garantías en el capítulo segundo, arts. 36 a 43, incorporando así instrumentos fundamentales en resguardo de los derechos y garantías individuales y colectivas.

b.- De allí la cardinal norma del art. 36, con su símil provincial, destinada a la defensa del orden constitucional, y como lo enseña María Angélica GELLY con su proverbial maestría y no menor modestia reflejando el pasado del país y por lo que prohíbe el proceso de desconstitucionalización que sufriera el mismo.⁷

c.- Constitucionalizando a través del art. 75 inc. 22 los tratados y otros instrumentos sobre derechos humanos y precisando el orden jerárquico normativo y los mecanismos de aprobación de tratados.

d.- Consagrando la autonomía Municipal, aún cuando el texto debió contar con mayor amplitud.

6. Epílogo.

A modo de epílogo, señalo que el presente trabajo no implica otra cosa que un recuerdo modesto a nuestros prohombres e instituciones fundacionales y un compromiso permanente con el Estado de Derecho y el progreso humano.

5 ZUBIRIA, José María (estudio sobre la historia Argentina contemporánea. Bs. As 1881)

6 Archivo Americano:21-IV-1845.-

7 GELLY, María Angélica, "Constitución de

la Nación Argentina, comentada y concordada", gps. 316 y ss, La Ley 2003.



NORMAS, PRINCIPIOS Y VALORES EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

por Aldo Luis De Cunto

Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Trelew. Ex Profesor Adjunto de Derecho Político y Derechos Humanos en la Fac. de Derecho de la Univ. Nac. de Buenos Aires. Profesor Adjunto de Derecho Constitucional en la Escuela Superior de Derecho de la U.N.P.S.J.B. Profesor Adjunto de Derecho Constitucional y Administrativo de la Fac. de Cs. Económicas de la U.N.P.S.J.B.

I.- Introducción

El propósito del presente trabajo es indagar acerca de la presencia de distintos tipos de estándares jurídicos en el texto constitucional, así como el tipo de las relaciones que es dable establecer entre ellos y su funcionalidad para la tarea judicial de interpretar y aplicar dicho texto. Para ello comenzaré por señalar la existencia de tres tipos de dichos estándares, los que siguiendo a determinada doctrina clasificaré en normas, principios y valores e intentaré brindar un concepto razonablemente aceptable de los mismos y digo razonablemente aceptable porque no descarto que intentar definirlos en forma precisa pueda acarrear controversias. Para dicha tarea encuentro de suma utilidad la obra del jurista norteamericano Ronald Dworkin, si bien habré de efectuar ciertas aclaraciones al respecto, dado que por su origen se trata de un autor del sistema del "common law", estructuralmente diverso a nuestro sistema jurídico continental. Pero como habré de centrarme en los aspectos constitucionales, y en esto creo no equivocarme si adhiero a la idea de que nuestra constitución es tributaria en mucho de la carta magna estadounidense, encuentro al planteo de Dworkin no exento de validez. Seguidamente trataré de establecer algún tipo de vinculación entre tales estándares, para finalmente intentar concluir en la afirmación de que la interpretación y aplicación de la Constitución son básicamente tareas en las que el Juez debe apelar fundamentalmente a principios y valores más que a normas.

II.- Normas, principios y valores

Estamos acostumbrados a referirnos a establecer una equivalencia entre los artículos de una ley o de la Constitución y el concepto de normas, diciendo por ejemplo: "la norma del artículo tal establece...", es decir que pensamos que el texto legal o constitucional está compuesto por un solo tipo de estándares jurídicos que son las normas. Creo que ello se debe a que pensamos en normas como normas positivas y dado que los artículos son evidentemente "positivos"

en cuanto integran el derecho establecido por el legislador o el constituyente, es así que efectuamos dicha correspondencia. Ahora bien, respecto del texto constitucional se ha expresado que "el conjunto normativo codificado que llamamos constitución formal contiene una trinidad compuesta por **normas**, por **principios**, y por **valores**", y que las normas contienen principios y valores¹. En consecuencia, si existe una distinción entre estos tres patrones jurídicos, no todo lo que está contenido en el texto normativo constitucional es mera norma.

Respecto a la distinción de estos estándares jurídicos, Bidart Campos opina que los principios y los valores integran el techo ideológico de la Constitución, "que equivale a su idea de derecho o a su filosofía política, e impregnan e inspiran a la totalidad normativa de la constitución, así como a la infraconstitucional"², de lo que se deduce que los principios y valores

1 conf. Bidart Campos, Germán J.: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", T I, pág. 109.-

son parámetros necesarios para la función de interpretación constitucional, así como del control constitucional del plexo normativo inferior. Sin embargo, es válido preguntarse en qué consiste dicha distinción entre normas, principios y valores.

Es conocida en el ambiente de la filosofía jurídica y política la obra del autor norteamericano Ronald Dworkin titulada: "Los derechos en serio"². Uno de los propósitos centrales de dicha obra radica en refutar cierta doctrina positivista anglosajona, representada principalmente por el autor inglés H.L.A. Hart en cuanto éste consideraba que el derecho está formado sólo por normas, mientras que Dworkin es de la opinión que el derecho está integrado también por principios, y cuando los jueces deciden "casos difíciles", y los casos constitucionales suelen serlo, apelan a principios más que a normas. Al intentar diferenciar las normas de los principios, Dworkin señala que si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida y la decisión respecto de cuál es válida no depende de las mismas normas en cuestión, sino de consideraciones que las trascienden; así el sistema jurídico puede dar solución al conflicto mediante otras normas que impongan una determinada regla como la validez de la norma posterior o la especial o puede preferir la norma fundada en los principios más importantes⁴.

Se ha dicho, comentando a Dworkin, que las normas o reglas determinan en forma concluyente un resultado, por ello son aplicables "si es" que se tienen de hecho las condiciones de aplicación⁵. Resulta claro que los estándares del articulado de la parte orgánica de la Constitución responden a esta caracterización de normas, ya que están expuestas en su texto las condiciones de aplicación mentadas. En tales artículos se está haciendo referencia a una acción o situación jurídica determinada, que podrá ser más o menos precisa, pero resulta clara la referencia a una circunstancia o conjunto de ellas determinados. Ejemplos de este tipo de texto normativos son, por mencionar algunos al azar, el art. 68 que establece la inmunidad de opinión de los legisladores, el art. 80 que dispone la facultad del veto presidencial en el proceso legislativo o el art. 89 que enumera los requisitos para ser presidente. Podrá argumentarse que el art. 68 puede dar lugar a cierta interpretación que precise a qué se considera opinión o discurso de un legislador emitido en su desempeño como tal; o que también pueda discutirse la precisión del término autonomía normativa en el veto parcial del art. 80; mientras que resulta más preciso, y de esa

manera deja un menor margen de controversia el estándar del art. 89 en cuanto enumera los requisitos para ser presidente. Pero lo cierto es que el constituyente en todos estos casos tuvo en mente un determinado número de circunstancias fácticas, de allí que respecto a las normas las respuestas son previsibles porque con mayor o menor precisión existe en ellas un diseño de las situaciones que las mismas están destinadas a regular. Tan es así que, si existieran en el mismo texto constitucional normas que decidieran de otra manera las mismas situaciones planteadas, no dudaríamos en señalar la contradicción, no podrían ambas ser válidas y deberíamos optar entre ellas en base a algún criterio "externo" a ellas. Así si en caso de una inadvertencia legislativa se mantuviera el actual texto del art. 89 pero una reforma posterior en otro artículo dispusiera como requisito una residencia inmediata en el país de cinco años, podría resolverse el "conflicto" en base al principio de la prioridad de la norma posterior.

Los principios asumen una estructura y función diversa a la norma. Los principios suministran una respuesta a las situaciones planteadas que sólo "prima facie" es correcta y ello es así porque varias respuestas suministradas por distintos principios pueden estar en conflicto pero aquellos siguen siendo válidos a la vez. La respuesta final correcta dependerá del "peso" de cada principio respecto al caso individual a resolver, ese "peso" es relativo, no puede generalizarse, de allí que en otro caso semejante podría prevalecer otro principio que en ese "otro caso" tuviera "mayor peso"⁶. Obviamente las normas pueden acoger y de hecho acogen en su contenido a los principios. Dworkin brinda un ejemplo que me parece ilustrativo porque "prima facie" parece que se trata de una norma que contradice un principio, pero en realidad lo recibe, sólo que acoge una excepción al mismo. El señala que un principio jurídico es el que establece que "**nadie puede aprovecharse de su propio fraude o injusticia**"⁷. Pues bien, es sabido que las normas que regulan la prescripción adquisitiva sin justo título en realidad contradicen este principio, ya que permiten que quien ocupó sin derecho a poseer termine adquiriendo el dominio. Pero en realidad, estas normas se "hacen cargo" del principio mencionado, ya que lo "contradicen" siempre y cuando se cumplan determinados requisitos, vinculados básicamente con el transcurso de un determinado plazo y con que la posesión reúna determinadas características. Si la norma adopta esta solución en este caso particular es porque el legislador consideró que tiene más "peso"

otro principio que entra en conflicto con el anterior y que es el de la seguridad jurídica o aseguramiento de los derechos⁸. Ahora bien, el principio que "cedió" en este caso puntual no deja de ser válido en otros casos, "sobrevive" aún cuando no prevalezca en una situación particular. Además se patentiza en este ejemplo que la función de los principios no es determinar una solución como las normas, sino que "orientan" una solución⁹.

Luego de caracterizar a los principios de la manera expuesta, encuentro que la mayoría de los artículos que integran la parte dogmática del texto constitucional consagran principios en el sentido antedicho y en ese caso no serían normas en el sentido que Dworkin asigna a las mismas. Básicamente los artículos que consagran derechos establecen principios: ¿Qué solución determinada brinda el artículo 15 en cuanto establece que todos sus habitantes son iguales ante la ley, o el artículo 17 al ordenar que la propiedad es inviolable? La precisión de la solución se desvanece aún más ante los textos de los artículos 19 y 28 que consagran los principios de reserva y razonabilidad. De por sí es difícil definir qué debe entenderse por orden o moral pública y si bien parece un concepto más preciso el de "perjudicar a un tercero" éste tampoco consagra una decisión en un sentido determinado en el texto del artículo 19. Menor precisión encontramos en la prohibición de alteración de los derechos por las leyes que constituye el meollo del artículo 28. Pero resulta claro que si estos artículos no proporcionan una decisión determinada para un caso particular, sí la orientan, tal como se dijo en el párrafo precedente. Sobre esta "función orientadora" y de qué manera pueden "entrar en conflicto" los principios, me explayaré más adelante.

Me ocuparé ahora de los valores. No analizaré el arduo tema acerca de la objetividad o la relatividad de los valores, primero porque excede el ámbito de este reducido trabajo y segundo porque hace a una cuestión filosófica sumamente profunda y controvertida acerca de la cual podría llegar a fundamentar determinadas intuiciones pero no sé si emitir juicios concluyentes. A los fines de este trabajo basta con brindar una idea de lo que se suele entender por valores. Se ha dicho que el preámbulo de la Constitución contiene "decisiones políticas fundamentales, las pautas del régimen, los fines y objetivos, los valores (la negrita nos pertenece) propugnados...", así como que "el preámbulo no ha de ser tomado como literatura vana, porque los fines y valores que enuncia su proyecto obligan a gobernantes y a gobernados a convertirlos en realidad dentro del régimen

2 conf. aut. cit., op. cit., idem, pág. 109.-
3 Dworkin, Ronald: "Los derechos en serio", Ariel Derecho, 4ta. Reimpresión, marzo 1999.-
4 conf. Dworkin, op. cit., pág. 78.-

5 conf. Caracciolo, Ricardo: "Discreción, respuesta correcta y función judicial", en "Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law", aut. varios, Editores del Puerto S.R.L., pág. 218.-

6 conf. Caracciolo, op. cit., págs. 218/219.-
7 conf. Dworkin, op. cit., pág. 73.-
8 conf. Dworkin, op. cit., pág. 76.-
9 conf. Dworkin, op. cit., pág. 89.-

político”¹⁰. Bidart Campos toma como sinónimos fines y valores, señalando seis en el preámbulo: unión nacional, justicia, paz interior, defensa común, bienestar general y libertad¹¹. De dicha enumeración la justicia y la libertad aparecen específicamente como valores que se corresponden con los derechos de las personas, de hecho podemos hablar de un derecho a la justicia y a la libertad, mientras que no resulta tan claro que las personas individualmente tengan derecho a la unión nacional, a la paz interior, a la defensa común o al bienestar general, sino que estos últimos cuatro aparecen como fines u objetivos políticos y en contadas oportunidades se los puede invocar por parte de las autoridades para restringir derechos en lugar de tutelarlos, sin que esto implique un juicio en demérito de los mismos. Lo que esta reflexión sugiere es que los valores, que podríamos bosquejar como ideas o representaciones de estados de la realidad que se consideran deseables, están ligados a los derechos. En otro lugar intenté una definición de los derechos, utilizando una terminología patrimonialista y basándome en una fuerte idea “iusnaturalista”, como las “acreencias” de las que el ser humano es titular respecto de aquellos valores que satisfacen su desarrollo integral¹². Más allá de la postura iusfilosófica que se adopte, se puede convenir en este vínculo entre valores y derechos, vínculo que es tan estrecho que muchas veces aparecen como sinónimos. De hecho se habla indistintamente de determinados valores como derechos, como en el caso de la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad, el honor, la propiedad. Pareciera que esta identificación de algunos derechos con los valores se da en el nivel más abstracto de derechos, o de derechos sobre los que existe un consenso generalizado acerca de su reconocimiento. Los valores son ubicados en un nivel de “abstracción” muy elevado, lo que trae como consecuencia que derechos, que podríamos caracterizar como más concretos, como la libertad de expresión o la igualdad ante la ley, en realidad se perciban como especificaciones de dichos valores. Sobre la base de esta distinción entre derechos abstractos y concretos, trataré seguidamente de bosquejar algún tipo de relación entre valores, principios y normas.

III.- Relación entre valores, principios y normas

Creo que en base a lo razonado hasta aquí podemos establecer una escala entre valores, principios y normas, de índole descendente, en cuanto se parte del nivel elevado de abstracción en que ubicamos a los valores para llegar a un nivel de

concreción que se patentiza en la función de la norma de suministrar una determinada solución a un caso particular. ¿Se puede establecer un tipo de correlación entre principios y derechos concretos, así como en el punto anterior se hizo entre valores y derechos abstractos?. Para responder a este interrogante encuentro útil hacer referencia al concepto que construye Dworkin respecto de ambos tipos de derechos. Dworkin expresa que “un derecho abstracto es una finalidad política general cuyo enunciado no indica de qué manera se ha de comparar el peso de esa finalidad política general con el de otras finalidades políticas, en determinadas circunstancias, o a qué compromiso se ha de llegar entre ellas”, incluyendo entre ellos a los grandes derechos de la retórica política como la libertad de expresión, a la dignidad o a la igualdad¹³. La inclusión de la libertad de expresión como derecho abstracto no impide que también sea vista como la especificación del derecho más abstracto aún de la “libertad a secas”, como se dijo más arriba. Ahora bien, por su parte, los derechos concretos para Dworkin “son finalidades políticas definidas con mayor precisión, de manera que expresan más claramente el peso que tienen contra otras finalidades políticas en determinadas ocasiones”, y brinda el ejemplo del conflicto entre el derecho concreto de un periódico a publicar planes de defensa clasificados como secreto y los derechos de los soldados a la seguridad, ya que esa publicación podría significar un daño físico inmediato a las tropas¹⁴. Como se puede apreciar tiene sentido hablar de la relatividad de los derechos, en cuanto a que se ejercen y gozan conforme a las leyes para que puedan “convivir” con otros derechos -en realidad conviven las personas que los titularizan-¹⁵, si nos referimos a los derechos concretos. De allí que no parece consistente efectuar una escala jerárquica de los derechos en abstracto, al menos como principio general, sino que habrá de analizarse en cada caso concreto cuál tiene más “peso”. Esta idea del “peso” es la misma característica que se atribuyó a los principios, a fin de decidir cuál debe prevalecer en una solución determinada. Esta coincidencia creo que permite identificar a los principios como el tipo de estándar jurídico que sirve a la solución de los conflictos entre derechos concretos, no a la manera de la norma de determinar una decisión en un sentido preciso, sino de orientar dicha solución de acuerdo a las características del caso particular. De allí que se haga referencia a que estos casos son **casos difíciles** y resulta evidente que entre estos casos difíciles se ubican en su gran mayoría los **casos constitucionales**¹⁶.

Dicho esto, entiendo necesario precisar el concepto de “peso” que se atribuye como característica a los principios y a los derechos. Dworkin lo define como el poder para resistir una competencia de otro principio, de otro derecho o de algún otro objetivo político¹⁷. Creo que un buen ejemplo de un “peso mínimo” que tienen los derechos y los principios, está expresado en el principio de razonabilidad del artículo 28 de la Constitución, ya que en virtud del mismo, ningún objetivo político que se exprese en determinada normativa -por ejemplo: una emergencia económica o institucional, como el estado de sitio-, puede justificar una “alteración” que en la práctica se traduzca en una supresión o desnaturalización de los mismos, o como dice Bidart Campos, no debe dañarse o frustrarse el núcleo esencial del derecho en cuestión¹⁸. Es decir, que el principio de razonabilidad, y es un principio porque orienta mas no determina una solución determinada para un caso particular, asegura un “piso mínimo de respeto”, o al decir de Dworkin un “peso mínimo” de los derechos.-

Para finalizar este punto me referiré a los rasgos que, entiendo, se pueden destacar en la relación entre principios y normas. Creo que se puede decir que los principios “informan” a las normas en cuanto éstas reflejan aquellos. Pensemos en normas del Código Civil, como el artículo 1109 o el 1111, son un reflejo o concreción del principio “**alterum non laedere**” o aquél por el cual “**nadie puede alegar su propia torpeza**”. El artículo. 1113, donde no rige el principio de la culpa, es consecuencia del principio que hace recaer la responsabilidad en quien genera un riesgo u obtiene una ventaja económica con el desarrollo de una actividad. En el campo obligacional resulta innecesario recordar la vigencia del principio de la “**buena fe contractual**”, expresamente normativizado en el artículo 1198. Tan es así que, como intentaré explicar en el punto siguiente, en ausencia de norma u oscuridad de la misma, entran a terciar los principios a los fines de orientar la “respuesta correcta” de un determinado caso. Y en cuanto al vínculo entre valores y principios, creo factible expresar que los valores son el fundamento, el sustento, si se quiere la “materia prima” de los principios. La libertad es el soporte del principio de reserva, la justicia el del principio de razonabilidad, la seguridad jurídica y también la libertad nuevamente, el del principio de legalidad, por brindar algunos ejemplos.

IV.- Los casos constitucionales

Quisiera concluir este trabajo,

10 conf. Bidart Campos, op. cit., idem, pág. 105.-

11 conf. aut. cit., op. cit., idem, págs. 105/107.-

12 ver el artículo de mi autoría: “Derechos humanos y bien común: un tema de filosofía

política en el fondo de un fallo judicial”, en ED del 19 de julio de 1991.-

13 conf. Dworkin, op. cit., pág. 162.-

14 conf. Dworkin, op. cit., pág. 162.-

15 conf. Bidart Campos, op. cit., idem, pág.

727.-

16 conf. Dworkin, op. cit., capítulos 4 y 5.-

17 conf. Dworkin, op. cit., págs. 160/161.-

18 conf. Bidart Campos, op. cit., idem, pág. 364.-

intentando destacar la importancia de los principios en la interpretación y aplicación de la Constitución. Pero antes de ello quiero retomar la idea de **casos difíciles** que enuncia Dworkin. Para este autor existe un caso difícil cuando no puede resolverse a través de ninguna norma, porque no es clara la redacción de la norma, o no resulta claro qué norma es aplicable al caso, o directamente porque no existe norma aplicable¹⁹. Ante todo cabe considerar que las circunstancias que se presentan en los casos difíciles están expresamente previstas en el artículo 16 del Código Civil que reza: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". Como se puede apreciar, la misma norma precitada resuelve los casos difíciles recurriendo a los principios y podríamos agregar que, con razón se señala la consideración a las circunstancias del caso, porque es propio de la índole del principio orientar y no determinar la solución al mismo. Pero existe un concepto en la norma transcrita en el que querría detenerme y es el de "espíritu de la ley". Desde ya que la terminología es metafórica, y que se ha interpretado que se refiere a la tésis o finalidad de la norma. Sin embargo creo que existen argumentos para, no digo identificar, pero sí relacionar a este presunto "espíritu" de la norma, reemplazo aquí ley por norma, con los principios. Si consideramos que el "espíritu" de la norma puede identificarse con su finalidad o intención, Dworkin brinda un concepto de la misma, expresando que el mismo "sirve de puente entre la justificación política de la idea general de que las leyes crean derechos, y aquellos casos difíciles que plantean qué derechos ha creado una ley determinada"²⁰. Y en cuanto al concepto de principios que "están en la base de" o "incorporados en" las normas jurídicas, manifiesta que "sirve de puente entre la justificación política de la doctrina de que los casos semejantes deben ser decididos de manera semejante y aquellos casos difíciles en que no está claro qué exige esa doctrina general"²¹. Entiendo que tiene sentido referirnos a la intención o finalidad de la norma si "anclamos" este concepto al de los principios incorporados en ella, ya que ellos son los que otorgan un significado sustantivo a aquella y de esa manera permiten "descubrir" qué derecho se ha generado o reconocido en la misma.

La función de los principios, en cuanto "orientar" la solución a un caso particular, en el supuesto de oscuridad o inexistencia de norma expresa, creo que es ejemplificable en cuestiones de responsabilidad civil, contractual o

extracontractual, como el recurso a determinados principios como el de la "buena fe contractual" -más allá de que se halla normativizado-, o el de los actos propios o el de la responsabilidad especial -incorporado en el art. 902 del C. Civil-. Antes de ingresar de lleno en los casos constitucionales, quisiera referirme a dos "casos difíciles" que se presentan como cuestiones de responsabilidad civil pero que también involucran un conflicto de principios de índole constitucional. Uno es el de la responsabilidad civil por los actos de los medios de difusión. Resulta claro que dicha responsabilidad existe y que la jurisprudencia es frondosa al respecto. Pero entiendo que se trata de un caso difícil porque esa responsabilidad se pone en duda por alegarse un "derecho" a publicar como concesión de la libertad de expresión, con lo cual se pone en jaque el elemento de la antijuridicidad a través de la vía del artículo 1071, 1er. párrafo del C. Civil. Esto hace que los estándares de culpabilidad en este tipo de responsabilidad -negligencia y dolo- adquieran determinadas características especiales, en cierta medida se exige una "especial negligencia" que se ha plasmado jurisprudencialmente, por ejemplo en la doctrina de la real malicia. Pero lo cierto es que se trata del balance entre dos principios o derechos concretos o principios, el de publicación -léase libertad de expresión- frente al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, etc. De acuerdo al "peso" de estos principios en cada caso particular puede variar la solución. Así la doctrina de la real malicia importa, en términos generales, reconocer mayor "peso" a la libertad de expresión si el afectado resulta ser un funcionario o un personaje público. El otro caso que merece destacarse es el de la responsabilidad del Estado por actos lícitos. Pensemos que este tipo de responsabilidad, si se la encuadra en el C. Civil, más allá de la controversia de "incumbencias" entre civilistas y administrativistas, no sólo no existe ninguna norma de ese texto legal que la recepte, sino que además importa una excepción al presupuesto de la antijuridicidad acogido en el artículo 1066. Sin embargo la jurisprudencia ha aceptado esta responsabilidad con fundamento directo en normas de índole constitucional, o mejor dicho en principios de ese nivel, como el de la "igualdad ante las cargas públicas" incorporado en el artículo 16 de la carta magna. A ese principio se le podría argumentar en contra el principio de legalidad del artículo 19, en cuanto quien resulta perjudicado lo es en virtud de un acto legal. Mas el principio del artículo 16 parece tener mayor "peso" para inclinar la balanza, o quizás habría que concluir que ese peso lo recibe del principio de razonabilidad del artículo 28, en cuanto el acto lícito en cuestión viene a "alterar" el derecho del artículo 16.

Con lo razonado en el párrafo anterior, resulta evidente la clara utilidad, podríamos decir ¿necesidad?, del recurso a los principios para resolver los casos constitucionales. Lo que ocurre es que éstos, por comprometer en su gran mayoría la parte dogmática de la Constitución, requieren la remisión a principios, ya que los artículos de la misma importan, en su mayoría, ese tipo de estándar jurídico de acuerdo a lo expuesto en el punto II. En primer lugar puede hablarse de caso constitucional en el supuesto de que haya que interpretar el texto constitucional. En ese sentido, se ha sostenido que las normas de la Constitución deben interpretarse, integrándolas en la "unidad sistemática" de la misma, "relacionándolas, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y compatibilidad entre ellas"²². Ahora bien, las estrictamente normas, en el sentido que usa Dworkin, parecen imposible de armonizar, ya que si cada norma determina una solución para un caso concreto, las mismas se relacionan entre sí de manera disyuntiva, o se aplica una o la otra²³. Si existe un conflicto entre una norma constitucional y otra infraconstitucional, la cuestión se resuelve por la vía del control de constitucionalidad de esta última y prevalece la primera, en virtud del principio de supremacía constitucional que a su vez está positivizado en el artículo 31. Pero ¿qué ocurre si el conflicto se da entre dos normas de rango constitucional?. Aquí no se puede invocar la supremacía formal de una sobre la otra. En tal hipótesis, puede ser que el conflicto sea aparente porque una sola norma sea la aplicable al caso. Y la existencia de conflicto real entre dos normas -reitero en el sentido de Dworkin- no parece posible, ya que se trata de estándares jurídicos que determinan una solución particular, como en el caso de la mayoría de los artículos de la parte orgánica. Como ejemplo podría pensarse que existe conflicto entre la norma del artículo 99, inciso 4 que requiere un nuevo nombramiento del magistrado que cumpla la edad de setenta y cinco años y la del artículo 110 que establece que los jueces conservan sus empleos mientras dure su buena conducta. Creo que allí no es posible tal armonización, porque o prevalece el artículo 99, inciso 4 por entenderse que es una "norma especial" y en ese caso la cuestión se resuelve por el "principio" de la prevalencia de la norma especial, o prevalece el artículo 110 en virtud del "principio" de inamovilidad de los jueces, en cuyo caso habrá que desarrollar los argumentos de ese principio y calibrar su "peso" frente a los que pueda "informar" la norma del artículo 99, inciso 4. En definitiva la solución remite a "principios". Personalmente encuentro que la cuestión se resuelve correctamente entendiendo que la norma del art. 75, inciso 4 es norma es-

19 *conf. Dworkin, op. cit., págs. 146/147.-*

20 *conf. Dworkin, op. cit., pág. 176.-*

21 *conf. Dworkin, op. cit., pág. 176.-*

22 *conf. Bidart Campos, op. cit., idem, pág.*

127.-

23 *conf. Dworkin, op. cit., pág. 78.-*

pecial y debe prevalecer. Obviamente si dicha norma fuera de índole infraconstitucional entiendo que la alcanzaría la tacha de inconstitucional frente a la regla del artículo 110.

Si se trata de armonizar "principios", como los que se encuentran incorporados en la parte dogmática, siempre se tendrá que hacer prevalecer uno sobre otro para encontrar la "respuesta correcta" y para ello habrá que sopesar los argumentos en el caso particular. Esto resulta evidente en el caso de los derechos y ya lo hemos visto más arriba con el conflicto que se presenta en los casos de responsabilidad por los actos periodísticos, donde según el caso puede privilegiarse la libertad de expresión o el derecho al honor u otros. Pero ello no importará que el principio que "cede" pierda vigencia, sino que en ese caso el otro es de mayor "peso". Otro ejemplo de suma actualidad se plantea con la problemática social de los "piquetes". Más allá de la figura delictiva que corresponde al orden infraconstitucional del Código Penal, aquí tenemos dos

derechos de la parte dogmática en conflicto, es más ambos reconocidos en el mismo artículo, el 14. Los mismos son el de peticionar a las autoridades y la libertad de transitar. Un análisis simplista podría decir que el de peticionar a las autoridades no puede amparar conductas delictivas como el corte de una calle o ruta, pero profundizando la cuestión creo que deberían valorarse las circunstancias particulares del caso. Así podría ser que el conflicto se dé entre quienes cansados de que las autoridades desoigan sus reclamos corten una calle que ocasione molestias al libre tránsito pero no lo impida porque pueden existir vías alternativas, o bien que quienes como primera medida de petición corten una ruta que carece de vía opcional. La solución más razonable será consecuencia del mayor peso argumentativo de cada principio, que podría imaginarse que hará prevalecer en el primer caso el derecho de petición y en el segundo el de libre tránsito. Puede ser que se entienda por ello armonización, pero en definitiva la solución pasará por hacer

prevalecer algún principio o derecho sobre el otro por hallarse mayores argumentos en su favor, en definitiva por su mayor "peso" en ese caso particular. Pero ello no invalidará al principio perdedor para casos futuros.

Para concluir encuentro que es posible identificar una cadena descendente que va de un nivel elevado de abstracción a uno de plausible concreción que reconoce como eslabones a los valores, a los principios y a las normas. El grueso de los casos constitucionales parece resolverse en virtud de principios y no de normas. ¿Pueden resolverse casos extremadamente difíciles en virtud de valores?. Me aventuro a brindar una respuesta negativa, ya que si se efectúa una correlación entre valores y derechos abstractos, nos faltaría el dato del "peso", que mencionamos antes para poder calibrar el nivel de resistencia de un principio o derecho frente a otro en conflicto. Y el concepto de "caso constitucional" requiere necesariamente la existencia de un conflicto que exige una decisión judicial que le brinde solución.



EL ENJUICIAMIENTO PENAL DE UN EX PRESIDENTE

por Néstor P. Sagüés

Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid (España). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Académico Nacional, Magistrado Judicial y autor de numerosos libros sobre su especialidad.

En Argentina, determinar si un ex Presidente cometió algún delito durante su gestión como jefe de Estado, es un problema de derecho penal y de derecho procesal penal.

En otros países es también un tema de derecho constitucional. Por ejemplo, la constitución del Perú determina que hasta cinco años después de haber cesado en su cargo, y siempre que se tratara de delitos cometidos en el ejercicio de sus tareas como Jefe de Estado, es necesario para enjuiciarlo penalmente una «acusación constitucional» ante el Congreso. De prosperar tal acusación, el caso es derivado directamente a la Corte Suprema, previa denuncia del Fiscal de la Nación (arts. 99 y 100). La Corte actúa en instancia única y exclusiva.

¿Cuál es el propósito que anima a este sistema? Evitar que un ex presidente sea presa fácil de *vendettas* y persecuciones políticas y personales, al menos durante un lapso próximo a la finalización de su mandato. También, impedir que el otrora Jefe de Estado resulte enjuiciado por juzgados o cámaras de rango judicial inferior a la Corte Suprema. Para ello se prevén, como se dijo, dos filtros: primero, el del Poder Legislativo, quien determina si se abrirá o no el proceso penal. Segundo, el judicial: la causa no se instruye ante un juzgado cualquiera, sino en los estrados del máximo tribunal del país.

En la República Argentina, en cambio, un ex presidente es enjuiciable penalmente como un ciudadano común: directamente ante cualquier juez ordinario, sin previa acusación del Congreso. Mientras permanece en su cargo, el Presidente goza de ciertas inmunidades derivadas de una interpretación del art. 53 de la constitución, en el sentido que no podría ser detenido sin su previa destitución mediante el juicio político (recientemente se ha instaurado mediante la ley 25.320 la posibilidad de iniciarle el proceso penal, en tanto no exista privación de su libertad, alternativa extendida también a los demás

sujetos sometidos al referido juicio político o al proceso constitucional de destitución de legisladores y magistrados judiciales). Pero una vez concluido su periodo de mando, el Presidente es acusable y enjuiciable como el resto de los mortales.

¿Cuál de estos dos regímenes es el más adecuado?

El esquema argentino brinda más igualdad de trato, equiparando al antiguo Presidente con todos los habitantes. Flexibiliza así su enjuiciamiento penal. Tiene como riesgos permitir (y, para algunos, alentar) la proliferación de causas contra un ex primer magistrado y su tratamiento por jueces de primera instancia que deciden sobre graves asuntos de Estado, sin contar con el peso y la autoridad institucional de los tribunales superiores (aunque éstos pueden dejar sin efecto las decisiones del juez de primera instancia).

Por su parte, el modelo peruano protege al ex Presidente respecto de aventuras judiciales y procura que el proceso del caso sea más reflexivo y calificado, máxime si se discuten en la doctrina y la jurisprudencia figuras

penales de interpretación polémica o controvertida (en Argentina, el delito de asociación ilícita reviste tal carácter). Cuenta como pasivo que si el Poder Legislativo o la Corte son afines con el antiguo Presidente, o lo protegen corporativamente como miembro de la clase política, la tarea de procesarlo, aún habiendo motivos valederos, resulte -para hablar en términos televisivos- una suerte de misión imposible.

En un apretado reexamen sociológico de la cuestión, puede concluirse que si el Poder Legislativo y la Corte Suprema cuentan con respeto en la comunidad, las precauciones que adopta la Constitución del Perú son atractivas. Caso contrario, ellas pueden significar impunidad para el ex primer magistrado.

A su vez, si son los jueces inferiores quienes cuentan con aquel consenso social aprobatorio, la ruta argentina es la más convincente.

Por último, si nadie (los jueces, el Tribunal Supremo, el Parlamento) es comunitariamente confiable, no queda otra alternativa que depositar la esperanza en el juicio de la historia, vale decir, en las generaciones futuras.



LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA EN LAS PRIMERAS INTERPRETACIONES DOCTRINARIAS Y LA FORMACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

por Alberto Ricardo Dalla Via

Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA y UB. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Vicepresidente segundo de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Director del Instituto de Ciencia Política y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina.

I.-Consideraciones preliminares sobre la interpretación de la constitución histórica

Como es sabido, interpretar significa desentrañar el sentido y alcance de una norma, sobre todo cuando la misma es oscura u ofrece dudas o reparos en cuanto a su significado. Los alemanes suelen distinguir las cosas con proverbial contundencia: si la norma es clara, se la aplica, en cambio si la norma es oscura se la interpreta.¹

Cuando fue sancionada la Constitución Nacional en 1853 fue menester acudir a la interpretación doctrinaria así como a la difusión y conocimiento del nuevo texto, toda vez que aún no contaba con una jurisprudencia constitucional como fuente propia, debiendo recurrirse habitualmente en los primeros tiempos, tanto a la jurisprudencia como así también a la jurisprudencia norteamericana.

No solamente se había cumplido en aquellos años con el anhelo de la organización jurídica y política del país que naciera con el movimiento emancipador y se frustrara en sucesivos intentos constitucionales, como los de 1813, 1819 y 1826, sino que también la organización nacional superaba largos años de luchas fratricidas, adoptando y adaptando fórmulas constitucionales específicas como lo eran el "presidencialismo" y el "federalismo", cuyo modelo originario en el derecho comparado estaba representado por la Constitución de los Estados Unidos de Norte América.

La interpretación y el análisis doctrinario de la Constitución fue desde el comienzo mismo, una necesidad política, porque lo que para algunos constituía el punto de llegada de un camino tumultuoso, era a la vez el punto de partida de la Nación Argentina, como tuviera oportunidad de expresarlo Juan María Gutiérrez en las primeras sesiones de la Convención Constituyente reunida en Santa Fe, con las siguientes palabras "La Constitución no es una teoría, como se ha dicho; nada más práctico que ella, es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley y encerrada en este código que encierra la tiranía de la ley, esa tiranía santa, única a que yo y todos los argentinos nos rendiremos gustosos. Los pueblos nos la piden con exigencia porque ven en ella su salvación; y es por otra parte la oportunidad más aparente para dársela; debemos hacerlo sin pérdida de tiempo, y pretender su aplazamiento, es una acción que no me atrevo a calificar..."²

Para otros, en cambio, la sanción de la Constitución era un punto de ruptura, de quiebre racionalista con el pasado y las tradiciones asentadas en el orden político que se había consolidado durante la tiranía de Juan Manuel de Rosas durante la vigencia de la Federación. En ese sentido, Martínez Estrada, desde un nacionalismo exacerbado, ha calificado a la Constitución como una "mala copia" que no consideraba las que él mismo denominó "fuerzas mecánicas" y "fuerzas telúricas"³.

En esta instancia nos parece conveniente, a los efectos de este trabajo, distinguir entre la interpretación en particular de los distintos artículos o contenidos que conforman la Consti-

tución, interpretación que en general realizan los jueces y tribunales cuando deben resolver casos donde se ven involucradas cuestiones constitucionales simples o complejas, o bien la doctrina cuando estudia o explica aspectos particulares de la norma constitucional (vg.: El derecho de propiedad o el debido proceso).

Esto último va dicho sin perjuicio del principio de unidad que tiene singular importancia cuando se trata de hermenéutica constitucional. La unidad interpretativa es relevante cuando en la interpretación jurídica en general, pero lo es tanto más cuando se trata de interpretar la norma fundamental del ordenamiento, donde los principios de unidad y de supremacía adquieren singular relevancia.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho en reiterados pronunciamientos que las distintas normas de la Constitución no deben ser puestas en pugna entre sí, sino que deben armonizarse buscando que todas conserven igual valor y efecto.⁴

Pero, aún así, puede ocurrir que las distintas interpretaciones se refieran a "puntos regidos por esta Constitución", donde la interpretación judicial cobrará indisimulado protagonismo, al punto que, se ha dicho que "La Constitución es lo que los jueces dicen que es". En la actualidad se abona esa tendencia con la llamada doctrina de la "constitución viviente" (*living constitution*)⁵, pero sería justo señalar que desde los primeros fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos, su *Chief of Justice*, John Marshall enfatizó por parte de los jueces la interpretación de una norma particularmente "abierta", destinada a

sobrevivir varias generaciones⁶.

Pero aquí no nos estamos ocupando de la interpretación de cuestiones particulares regidas por uno o más puntos de la Constitución bajo la perspectiva del principio de unidad o de supremacía, sino de la interpretación de la constitución como unidad en sí misma. Se trata, en definitiva, de determinar su modelo, su ideología, el *telos* de la Constitución como unidad y no como proyección del principio de unidad. El tema así planteado nos llevará, fatalmente, al problema de la ideología o del contenido de la Constitución.

En el caso "Eduardo Sojo" (1887) la Corte señalaba: "El *palladium* de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el '*palladium*' de la libertad es la constitución, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales, cuya conservación inviolable, cuya guarda, severamente escrupulosa debe ser objeto primordial de las leyes, la condición esencial de la justicia federal".

De lo dicho hasta aquí, resulta lógico concluir que las primeras interpretaciones doctrinarias de la Constitución Nacional fueron las de los juristas y publicistas contemporáneos a la sanción de la misma y que, en buena medida, tales interpretaciones se dirigieron a arrogarse el derecho de una interpretación "auténtica", no en el sentido técnico que tiene el término, pero sí tratando de marcar el *indirizzo* (dirección) o el *telos* (finalidad) de la constitución.

De esa manera, en una primera línea de tempranos "intérpretes doctrinarios" de la Constitución Nacional podemos

1 HESSE, Konrad "Escritos de Derecho Constitucional" centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

2 RAVIGNANI, Emilio "Asambleas Constituyentes Argentinas" vol. IV pag. 48°.

3 MARTÍNEZ ESTRADA, Ezequiel "Radiografía de la Pampa". Sudamericana.

4 Ver fallo C.S.N. "Sofía, Alberto" de 1960, entre tantos otros.

5 SAGÜÉS, Néstor Pedro "La interpretación

judicial de la Constitución" .Depalma. Buenos Aires.

6 Caso "Mac Culloch v. Maryland" 1813.

ubicar a Juan Bautista **Alberdi**, Domingo Faustino **Sarmiento** y José Benjamín **Gorostiaga**. A partir de ellos iría naciendo la doctrina de la Constitución y el desarrollo y evolución del constitucionalismo argentino.

II.- Los primeros doctrinarios: Alberdi, Sarmiento y Gorostiaga

Sabida es la importancia que tuvieron las "Bases" de **Alberdi** en la sanción de la Constitución de 1853, en especial la segunda y tercera edición de la obra, que también contenían el *Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas*. Ello sin perjuicio de la encendida polémica destinada a determinar qué incidencia real tuvo aquél proyecto frente a las fuentes consideradas originarias, como el *Esbozo* y el *Proyecto* elaborados por Benjamín **Gorostiaga**, y a otros antecedentes, entre los que se destaca la Constitución de 1826, la Constitución de los Estados Unidos y, en el ámbito doctrinario, los textos de "El Federalista", de **Hamilton**, **Madison** y **Jay**, así como la obra del constitucionalista italiano Pellegrino **Rossi**.

De ese modo, en una serie de artículos publicados en el diario "La Nación" de Buenos Aires, Bartolomé **Mitre** relativizaba la influencia que habría tenido **Alberdi** en el texto finalmente aprobado de la constitución, sin perjuicio de dejar a salvo el esfuerzo y la vocación patriótica que el mismo pusiera en la causa.

El sentido periodístico que imperaba en aquellos años llevaba a los diarios a convertirse en foros de debates y difusores de ideas; en tal sentido, el propio **Mitre** había concebido a "La Nación" como una tribuna de doctrina y fue dentro de ese marco conceptual en que se difundió esa importante serie de artículos.

Fue después de sancionada la Constitución de 1853 cuando **Alberdi** publicara el "Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853", y lo hace precisamente, para interpretar el texto de la constitución cuya inspiración reivindicaba.

Sucede que, a poco de sancionada la constitución, comenzaron las polémicas con respecto a su autoría, y a quién o a quiénes fueron los autores que más influyeron en la misma. Particularmente, con respecto al contenido económico de la Constitución, se ha resaltado la influencia que tuviera Mariano **Fragueiro**, quien fue Ministro de Hacienda de la Confederación al tiempo de reunirse la Convención Constituyente.

Así se ha dicho que, las dos obras más conocidas de **Fragueiro** que fueron "Cuestiones Argentinas" y "Organización del Crédito" eran bien conocidas por los constituyentes e influyeron en la redacción de distintos artículos del texto definitivo, especialmente los de contenido económico, como los referidos a aduanas,

moneda, creación del banco nacional, derecho de propiedad y otras cuestiones importantes como la referente al trato con los indígenas.

No solamente tuvo influencia la obra de **Fragueiro** en la convención, sino que fue la propia convención reunida en Santa Fe la que siguió sesionando como legislatura ordinaria una vez concluida la labor constituyente, a fin de dar sanción a las primeras leyes constitucionales. Lo cierto es que muchos historiadores reconocen la sanción por la misma Asamblea de ese conjunto de leyes primeras, que partían de la supremacía de la Constitución y que tendían a fundar sobre bases sólidas y dar desarrollo a la nueva República.

Entre tales normas estuvo el primer ley económica de la nación que no fue otra que el denominado *Estatuto para la Hacienda y el Crédito*, preparado por el propio Ministro de Hacienda, Dr. Mariano **Fragueiro** y destinado, entre otros aspectos, a regularizar la situación de los empréstitos contraídos por la Confederación y que ahora debía asumir la Nación.

El caso es que los historiadores reconocen en Mariano **Fragueiro** un perfil ideológico más proteccionista que el liberalismo de Juan Bautista **Alberdi**. Como cordobés formado en tiempos de la colonia y del derecho patrio, sin mengua de su compromiso con la causa americanista, Mariano **Fragueiro** abogaba por la defensa de las economías del interior.

De allí que el *Sistema Económico y Rentístico* de **Alberdi** confronte marcadamente con el modelo colonial hispánico, reivindicando a los "clásicos" que su autor había leído muy bien. En la magnífica introducción de esa obra, **Alberdi** reivindica el ideario demo-liberal de la constitución invocando expresamente el principio del "*laissez faire, laissez passer*" de los fisiócratas y de Juan Bautista **Say**, para hacer una encendida defensa de la que llama "Escuela Industrial" de Adam **Smith**, a la que califica como "doctrina de la libertad", afirmando que, a esa doctrina y no a otra pertenece la Constitución de la Nación Argentina y que es sólo dentro de esa doctrina que debe ser interpretada, no correspondiendo buscar otras interpretaciones fuera de ella.

El impacto de la interpretación doctrinaria alberdiana de los aspectos económicos de la Constitución fue muy fuerte y su contundencia contribuyó a afirmar el modelo agroexportador de la generación de 1880. En un libro de reciente publicación, Juan José **Sebrelli** sostiene que los hombres del '80 fueron los hombres de acción que desarrollaron las ideas de la generación de 1837 donde se destaca el pensamiento de **Echeverría**, de **Sarmiento** y de **Alberdi**.

El debate sobre el contenido económico de la Constitución es, sin embargo, un debate inconcluso, ya que tanto el modelo liberal como los ensayos populistas, nacionalistas y desarrollistas que se intentaron a lo largo de nuestra historia como Nación, pretendieron siempre fundarse en el texto de la Constitución.

Un acuerdo tácito ha llevado a sostener, como afirmaba Carlos **Nino**, que la amplitud de las cláusulas económicas permitían albergar en su seno distintos planes económicos de distinta dirección ideológica. Sin embargo, a poco que se analice el énfasis determinante de **Alberdi** y la convicción de **Fragueiro**, podrá advertirse que tal elasticidad interpretativa nunca estuvo en su ánimo y que tal amplitud derivó a la postre en una pérdida de rumbo que dio cobijo a todo tipo de doctrinas justificatorias; entre ellas, la llamada doctrina de la emergencia económica.

La influencia de Domingo Faustino **Sarmiento** en la interpretación doctrinaria de la Constitución es muy importante y notable, aunque su causa política, que lo llevara a la Presidencia de la Nación y su condición de escritor destacado hayan en parte eclipsado su papel como constitucionalista.

Tuvo a su cargo el primer curso sobre la Constitución Nacional sancionada que se dictara en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, curso que fue preparado en base a sus "*Comentarios a la Constitución Nacional*", escrito en 1853 y, por ende, la primera obra docente sobre la Constitución Nacional. Cabe recordar que, como Ministro Plenipotenciario de la Confederación en los Estados Unidos de Norteamérica, tuvo oportunidad de conocer la obra de Joseph **Story**, y en base a esos "comentarios" es que se inspiró en la realización de una obra similar para la Argentina, aún cuando **Sarmiento** no tenía en materia de interpretación constitucional la experiencia de Joseph **Story**, quien acompañó en su tiempo, como justice la tarea del célebre *Chief of Justice* John **Marshall** en la Suprema Corte del país del norte, durante más de treinta años.

Las interpretaciones de **Sarmiento** volcadas en aquellos comentarios no estuvieron ausentes de polémicas. En ese sentido, de manera especial merece destacarse aquella muy célebre que entablara con **Alberdi**, con motivo de la interpretación que el primero hacía del Preámbulo y del valor que, en su caso, cabía otorgarle al derecho norteamericano.

Sostuvo enfáticamente **Sarmiento** que el preámbulo de nuestra constitución adoptó la letra del preámbulo de la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica "...haciendo a un lado innovaciones novedosas y renunciando a toda pretensión de originalidad..." , concluyendo que la Constitución, en sí

misma, era una "adaptación" de aquella constitución.

Concluía, además, que el preámbulo de nuestra Constitución encierra un cuerpo de doctrina que se desarrolla del siguiente modo: "...Por él-el preámbulo-el derecho constitucional norteamericano, la doctrina de sus estadistas, las declaraciones de sus tribunales, la práctica constante, en los puntos análogos o inéditos, hace autoridad en la República Argentina, pueden ser alegadas en juicio, sus autores citados como autoridad reconocida, y adoptada su interpretación genuina de nuestra Constitución..."⁷

Explica el propio autor de los "Comentarios" que "...en los puntos idénticos o análogos de ambas Constituciones federales hay que atenerse estrictamente a las doctrinas, la jurisprudencia y la experiencia del modelo, porque sería ridículo pretender que las mismas ideas, expresadas con las mismas palabras para fines idénticos, hubieran en nuestra Constitución de producir diversos resultados, o tener significado distinto".

Sarmiento aconseja lisa y llanamente la imitación de la doctrina de la Constitución de los Estados Unidos, al afirmar que "...una redacción del preámbulo revestida de mera fraseología o perifraseada y apartada de su letra actual, habría dejado a la especulación nociva de nuevos estadistas, o a las tentaciones una práctica incipiente, el fundar la **legítima interpretación** que debe darse a los conceptos y frases, dando así entrada al arbitrario de las opiniones y a los errores de la inexperiencia..."

Estas afirmaciones que parecen tan contundentes, en buena medida se explican por el método comparado que siguió en sus comentarios y por la adopción del modelo federal norteamericano a modo de síntesis histórica y superación de las luchas civiles entre "unitarios" y "federales" como propuesta genuina de la generación de 1837, originada en la "Ojeada retrospectiva" de Esteban **Echeverría** y continuada tanto en la obra intelectual de Juan Bautista **Alberdi** como del propio Domingo Faustino **Sarmiento**.

Ese pensamiento, que animó e inspiró a los convencionales constituyentes reunidos en Santa Fe, se vio sintetizado en el dictamen de la Comisión de Negocios Constitucionales que redactaran José

Benjamín **Gorostiaga** y Juan María **Gutiérrez** y, muy especialmente, por la presentación del proyecto por parte del primero de los nombrados, en su calidad de miembro informante, oportunidad aquélla en que pronunciara su famosa frase en cuanto a que la Constitución de la Nación Argentina estaba "vacuada" en el molde de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

De allí también que en los primeros tiempos, la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos cobrará un papel fundamental en la interpretación de nuestro Derecho Constitucional por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo prácticamente irrelevante la mención de jurisprudencia nacional y, tanto menos, las referencias de doctrina.

Así destaca, con razón **Vanossi**, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina tomó inicialmente las palabras de **Sarmiento** con tal fidelidad que, siguiendo su consejo, en una causa vinculada con la interpretación y alcance de los privilegios parlamentarios⁸ declaró, con la firma -entre todos- de José Benjamín **Gorostiaga**, que había sido constituyente en 1853: "...El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra: Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares..."⁹

Agrega el propio **Vanossi**, que nuestra Corte Suprema ha morigerado tan rotunda afirmación a través de ulteriores pronunciamientos, en los que trasluce una mayor adecuación de su doctrina a las singularidades de la norma constitucional. Así, por ejemplo, con motivo de un fallo acerca del inciso 18 del artículo 75 (anterior artículo 67 inciso 16) que contempla la llamada "cláusula del progreso" -norma que no reconoce un precedente semejante en el modelo de Filadelfia- ha dicho que "...Si bien es cierto que hemos adoptado un gobierno que encontramos funcionando, cuyos precedentes y cuya jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es que en todo lo que expresamente nos hemos separado de aquél, nuestras instituciones son

originales y no tienen más precedentes y jurisprudencia que las que se establezcan en nuestros propios tribunales..."¹⁰

De lo dicho en estos párrafos recientes puede concluirse que las citas de jurisprudencia norteamericana eran una referencia de doctrina obligada en los primeros tiempos, tendencia que se fue invirtiendo en la medida en que fue tomando desarrollo una jurisprudencia constitucional propia o vernácula.

En algunos párrafos anteriores, señalábamos también a José Benjamín **Gorostiaga** como uno de los primeros intérpretes de la Constitución Nacional sancionada en 1853. Sabida es su destacada intervención como convencional constituyente y como miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales que redactara el proyecto de constitución, que en buena medida se traduciría en la Constitución Nacional finalmente sancionada.

En ese mismo sentido, se ha también destacado la gran importancia que el esbozo de **Gorostiaga**, consistente en una serie de apuntes y anotaciones del autor, ha tenido para redactar la constitución. La influencia del diputado constituyente por Santiago del Estero ha sido especialmente marcada en la redacción del preámbulo y de la parte orgánica, como lo ha demostrado **Vanossi** en un profundo estudio sobre el mencionado redactor de la constitución.¹¹

Pero no es nuestro propósito el destacar la actuación de **Gorostiaga** como redactor, sino como intérprete de la constitución. El propio **Vanossi**, en la obra mencionada, ha concedido a **Gorostiaga** el rol de "intérprete auténtico" de la Constitución, toda vez que habiendo sido redactor de la misma, le tocó después aplicarla como Juez y Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En tal sentido, se ha destacado que pocos casos iguales se han repetido en la historia constitucional, mereciendo destacarse entre los más significativos, los casos de José Benjamín **Gorostiaga** y de Salvador María **del Carril** en nuestro país, y el de Hans **Kelsen** en la Corte Constitucional de Austria, que el jurista vienés proyectara en la Constitución de 1820.¹²

Señala **Vanossi** que "...El largo tránsito de **Gorostiaga** en la Corte Suprema demuestra inequívocamente que era un apasionado protagonista de esta alta función constitucional; nada pudo apartarlo de su vocación madura, ni aún la seductora posibilidad de retornar a la

7 **SARMIENTO**, Domingo Faustino "Comentarios a la Constitución Nacional" Buenos Aires Ed. América Unida, con prólogo de Clodomiro ZAVALLA pag. 53 y ss.

8 Caso "Lino De la Torre" "Fallos" 19:231 del 21 de agosto de 1877.

9 **VANOSSI**, Jorge Reinaldo A. "La

influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América en la Constitución de la República Argentina" separata de la Revista del Colegio de Abogados de San Isidro. Diciembre de 1976.

10 Caso "Ferrocaril Central Argentino c/ Provincia de Santa Fe" . Fallos: 68:234, del 9 de julio de 1897, que suscriben Benjamín

Paz., Luis V. Varela, Aqbel Bazán, Octavio Bunge y Juan E. Torrent)

11 **VANOSSI**, Jorge Reinaldo A. "La influencia de José Benjamín Gorostiaga en el Derecho Constitucional Argentino"

12 **VANOSSI**, op. cit.

militancia política ¡Qué mejor prueba de ello que su renuncia al cargo de senador nacional, para el que había sido electo en 1883, en representación de su provincia natal, o más aún, el gesto de resignar la candidatura presidencial que le ofrecen tres años después, en 1886; y todo para continuar en el silencio del quehacer judicial, que sólo se exterioriza por la voz de los fallos ¡Qué prueba difícil de sortear para otros, cuando median desplantes que no se compadecen con la vida circumspecta del juez!¹³

Aquí cabe hacer una digresión con referencia a la llamada “interpretación auténtica” y al valor que cabe darle a la misma dentro del Derecho Constitucional. Se llama interpretación auténtica a la que realiza el propio autor de la norma y la misma es de mucha importancia para la interpretación de las leyes donde ante la oscuridad o ambigüedad de un texto corresponde aplicar el criterio hermenéutico que manda desentrañar la llamada “intención del legislador”; nadie mejor que el propio autor de una norma para explicar cual fue su intención.

Pero el Derecho Constitucional tiene peculiaridades hermenéuticas que le son propias¹⁴ toda vez que la Constitución se interpreta “conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio” y a la especial relevancia que se otorga en esta materia a la jurisprudencia de la Corte Suprema, así como a la doctrina de los constitucionalistas, siendo así que, si bien los debates de las convenciones constituyentes están revestidos de un importante valor histórico, pero no son necesariamente, una fuente principal de interpretación.

En el caso en particular de Benjamín **Gorostiaga**, se justifica el destacar su consideración como “intérprete auténtico” en razón de la importante labor doctrinaria que le cupo desde su estrado de Juez de la Corte, donde, en una etapa fundacional supo contrastar los precedentes norteamericanos con los antecedentes nacionales, dando luz y sentido a la letra de la Constitución que contribuyó a redactar desde un lugar destacado.

En diferentes materias, **Gorostiaga** tuvo la oportunidad de ir sentando sus opiniones e ir forjando su pensamiento sobre temas de la Constitución, así por ejemplo en el caso “*Dávila c/ Valdez*”¹⁵ consta su voto en disidencia que funda un verdadero orden de fuentes interpretativas:

- 1) la letra y el espíritu de la ley nacional.
- 2) los precedentes tenidos en cuenta para la sanción de esa ley.
- 3) las sentencias de nuestra Corte Suprema.

4) las sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

5) los comentarios de la constitución y las leyes de aquél país.

III. Las polémicas doctrinarias

Las afirmaciones de **Sarmiento** en sus inconclusos “*Comentarios*”, se enmarcan dentro de una aguda polémica con **Alberdi** que fue tornándose en agria disputa entre antiguos amigos y aliados de causa. Tal disputa tuvo comienzo por una intemperancia de **Sarmiento** –propia de su temperamento- en el “prólogo” de la Campaña del Ejército Grande, que **Alberdi** respondió con tono severo, con fina altura intelectual, aunque no menos punzante que su contrincante, en las llamadas “*cartas quillotanas*” en que respondía a la descalificación sarmientina del texto constitucional de 1853, acusando al sanjuanino de ser “poco versado” y de tener “conocimientos periodísticos”; de donde este último le respondiera escribiendo sus famosos “comentarios”, abundantes en citas constitucionales.

La tenaz oposición de **Sarmiento** a la Constitución de 1853 se fundaba en su oposición a que Buenos Aires fuese la capital de la República y a que los gobernadores de provincia tuvieran el carácter de “agentes naturales del gobierno federal” que marcaba el anterior artículo 107 de la Constitución Nacional (actual 125). Esa oposición fue variando posteriormente, cuando al aceptar la candidatura a diputado nacional por San Juan recomendara públicamente el acatamiento al texto constitucional.

En sus “*Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*”, **Alberdi** refuta los argumentos de **Sarmiento** expresados en los “*Comentarios*” a la vez que realiza la crítica de la Constitución Provincial de Buenos Aires sancionada en 1854, por apartarse a la misma de la Confederación Argentina.

Fiel a un estilo literario refinado, **Alberdi** se contraponen al carácter apasionado de **Sarmiento**, colocándolo en contradicción con sus propios escritos, sobre todo en cuanto a su prédica de fiel seguimiento del modelo federal norteamericano, destacando que el propio sanjuanino, en “*Argirópolis*” había destacado nuestras distintas características y evoluciones históricas en uno y otro caso.

En cuanto al tema en particular del preámbulo, sostiene que **Sarmiento** “...confunde constituciones diferentes porque se parecen los preámbulos...”, haciendo notar que los fines allí

enunciados no son propios del gobierno norteamericano, sino que se trata de los fines esenciales y únicos de todo gobierno racional posible.

Insiste **Alberdi** en cuanto a la necesidad de que en la interpretación del texto constitucional se hagan gravitar los antecedentes constitucionales argentinos de la Constitución de 1853, dado que “...tenemos una serie de textos constitucionales proclamados durante la Revolución, que forman nuestra tradición constitucional, y que sin duda alguna han entrado por mucho en la confección de la moderna constitución y deben naturalmente servir a su comento...”, señalando el siguiente orden de prioridad en las fuentes de interpretación:

- 1°) la historia del país.
- 2°) sus antecedentes políticos.
- 3°) los motivos y discusiones del legislador.
- 4°) los trabajos preparatorios de los publicistas.
- 5°) las doctrinas aplicadas de la ciencia pública.
- 6°) la legislación comparada o la autoridad de los textos extranjeros y sus comentadores.

Conforme con el criterio expuesto, agrega **Alberdi** que “la ley extraña debe ser interrogada siempre después de la ley propia y nunca sola con exclusión de otras” ya que no hay doctrina sino que hay plagio “cuando no hay generalidad en los textos consultados”. En una palabra, resulta que el rol de la jurisprudencia extranjera en el proceso de organización constitucional es muy delicado, pues “...para disolver la unidad o integridad nacional de la República Argentina, bastaría aplicarle al pie de la letra la Constitución de los Estados Unidos, convirtiéndolo en Estados a lo que son y fueron Provincias de un solo Estado” de donde, según **Alberdi** “para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica”¹⁶

En los referidos “*Estudios sobre la Constitución Argentina*”, **Alberdi** defiende la originalidad del texto. De allí que afirme “...Para restablecer la mente de la Constitución Argentina, alterada por esos Comentarios de desorden y anarquía, ha sido escrito el presente libro, en que el autor ha procurado señalar los antecedentes nacionales y propios que han servido para formar la Constitución y deban ser las bases de su

13 VANOSI, op. cit.

14 DALLA VIA, Alberto Ricardo “Derecho Constitucional Económico” Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1999

15 Fallos 23:276

16 VANOSI, Jorge Reinaldo A. “La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución

de la República Argentina”. separata de la Revista del Colegio de Abogados de San Isidro. Diciembre de 1976.

jurisprudencia". Así, al comenzar el capítulo II afirma que, "...En el libro del señor Sarmiento hay dos cosas: hay un comentario y hay un ataque a la Constitución Argentina de 1853..."¹⁷

"...La República Argentina no ha copiado literalmente(...) su constitución a Estados Unidos. Se ha dado un derecho propio asimilando a él una parte del derecho norteamericano. De las discusiones del Congreso contra papel que han hecho los trabajos auxiliares de los publicistas argentinos en la elaboración del texto. Más que por honor del país, es preciso no oscurecerlos, a fin de que la Constitución tenga abundantes comentarios de su mente propia y genuina..."

Y en otra parte añade, refiriéndose a los "Comentarios" de Story a la constitución norteamericana: "...el señor Sarmiento pone a un lado la vida anterior de la República Argentina, se apodera del texto desnudo y seco de su constitución reciente; lo sacude, digámoslo así, de sus antecedentes argentinos, y emprende su comentario sin más auxilio que el comentario de la Constitución de Estados Unidos, pudiendo definirse su obra: 'La Constitución Argentina comentada por el señor Sarmiento con los comentarios de la Constitución de Norteamérica, por José Story'"¹⁸. Lo mordaz del párrafo nos exime de todo otro comentario.

Finalmente, y para resaltar la defensa efectuada por Alberdi en su interpretación de la constitución de 1853, citaremos algunos párrafos del capítulo V de sus "Estudios sobre la Constitución.." donde dice: "...Todo es diferente en las dos constituciones, argentina y norteamericana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal, que le es común las asemeje al ojo del observador inatento y superficial...Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853, y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte América. No hay más que colocar uno enfrente del otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central que había existido por dos siglos. Mil veces se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse

la imitación de lo que era análogo y adaptable a nuestra condición de colonia española y de habitantes de la América del Sur..."¹⁹

No caben dudas que esta célebre polémica entre dos personalidades de la talla de Alberdi y de Sarmiento mucho ha contribuido a la interpretación del texto constitucional, habida cuenta de la entrega de pasión e inteligencia que ambos pusieron, desde posiciones opuestas y enfrentadas, en esa patriótica tarea.

Otra polémica resonante, que alcanzó gran repercusión e incluso fue llevada a libro, es la que sostuvieron en 1866 Marcelino Ugarte y Bernardo de Irigoyen sobre si las provincias podían ser demandadas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.²⁰

En tal sentido, Ugarte, siguiendo la línea de pensamiento ya iniciada por Delfin Huergo en 1865, sostuvo, con argumentos defensores de la autonomía provincial, que la Corte no tenía competencia en dicho tema. Irigoyen, en 1865, actuando como conjez de la Corte Suprema en el caso "Domingo Mendoza y Hermano contra la Provincia de San Luis", sostuvo la competencia del tribunal en tales litigios.

Ambos polemistas, en posteriores actuaciones desde el Congreso y desde la prensa, defendieron sus puntos de vista con ardor. En 1866 Ugarte publicó el libro "Las Provincias ante la Corte. Estudio de Derecho Constitucional" e Irigoyen le responde con otro libro que se publicó en 1867 y que se tituló "Justicia Nacional. Apuntes sobre la jurisdicción de la Corte Suprema". En el fondo de esta polémica se encontraba otra vez el tema central de discusión en las primeras interpretaciones constitucionales argentinas, cual es el referido a la originalidad del modelo constitucional que defendía Bernardo de Irigoyen, o el seguimiento del modelo norteamericano, que defendiera Marcelino Ugarte.²¹

Hubo muchas otras polémicas célebres que contribuyeron tanto a la construcción institucional como a la interpretación de la doctrina de la Constitución, como la que sostuvieron en derredor de la llamada "cuestión capital", de la que participaron, entre otros Carlos Tejedor, Leandro N. Alem, Dalmacio Vélez Sarsfield y José Hernández.²²

VI.- Los debates en las Asambleas Constituyentes de Buenos Aires

Y en orden a los debates cons-

tituyentes que más arriba referíamos, algunos de ellos han tenido gran importancia en la interpretación ordinaria de la Constitución, especialmente por la calidad de las personalidades que allí intervinieron y el grado de versación en derecho público de los mismos.

No nos referiremos al debate constituyente de 1853 porque aquí no estamos tratando las fuentes y el origen de la misma sino sus interpretaciones doctrinarias posteriores, por lo demás y como bien se ha señalado, sobre las sesiones históricas de 1853 poco se sabe, más que la premura y rapidez con que fue sancionada en las sesiones de abril y sólo ha quedado registrado el debate sobre el artículo 2º referido a la adopción o no del catolicismo como religión de Estado, a la cuestión de la Capital que se planteó en la fórmula del artículo 3º y el debate sobre el artículo 4º.²³

En cambio han sido significativamente importantes en materia de interpretación del texto de la Constitución de 1853, el debate de la reforma de 1860 y el debate de la Convención de Buenos Aires entre 1870-1873, en ambos, distinguidos hombres del derecho público realizaron interpretaciones doctrinarias sobre el texto de la norma fundamental.

Después de la batalla de Cepeda y del Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859, el Estado de Buenos Aires se reservó el derecho de aceptar lisa y llanamente la constitución de 1853 o de proponer reformas a la misma. Entre los 75 convencionales elegidos por el pueblo de la ciudad unos, y por las distintas secciones de la campaña otros, se encontraban, sin distinción entre unitarios y federales, ni entre porteños o provincianos, los abogados, los médicos, los escritores, los militares y los estancieros de más prestigio y renombre.

La jerarquía de sus componentes dio a la Asamblea bonaerense una importancia superior a la de su poder. De ahí que, cuando la mayoría derrota a los 17 convencionales que reclaman la incorporación inmediata de Buenos Aires, y decide examinar la constitución para proyectar la reforma, se realiza una tarea constitucional de alto nivel.

Sarmiento ha señalado el sitio que esa convención alcanzó en nuestra historia con las siguientes palabras: "Es un curso de derecho público que va a abrirse al pueblo, que no conoce, por lo general, lo que importa esa Constitución que se le ha dado"²⁴. La prensa difundirá los trabajos de la Comisión examinadora,

17 ALBERDI, Juan Bautista "Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853" Colección Grandes Escritores Argentinos. Jackson Editores 1957.

18 ALBERDI, op. Cit.

19 ALBERDI, Juan Bautista "Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853".

Colección Grandes Escritores Argentinos. Jackson Editores. 1957 Buenos Aires. Capítulo V.

20 PEREZ GUILHOU, Dardo "Historia de la originalidad constitucional argentina". Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos, Mendoza. Depalma. 1994, cap. VII

pag. 77-83.

21 PERZ GUILHOU, Dardo; op. cit.

22 RUIZ MORENO, Isidoro "Federalización de la Ciudad de Buenos Aires".

23 FAYT, Carlos S.

24 PADILLA, Alberto G. "Lecciones sobre la Constitución" (primera serie) Editorial Perrot. Buenos Aires. 1961. Pag. 30

primero, y después los discursos que toman los taquígrafos durante las sesiones de la Asamblea. Con todo ello la Constitución adquiere una resonancia que no pudo tener cuando se la elabora silenciosamente en Santa Fe, y se la discute premiosamente, entre el 20 de abril y el 1 de mayo de 1853.

En el seno de la convención provincial, la Constitución de 1853 fue revisada por una comisión integrada por los convencionales Bartolomé **Mitre**, Dalmacio **Vélez Sarsfield**, José **Mármol**, Antonio Cruz **Obligado**, y Domingo Faustino **Sarmiento**. El informe producido por dicha comisión revisora constituye la fundamentación de las reformas que en definitiva aprobaría la Convención Nacional *ad-hoc*. Dicho informe fue redactado por **Mitre**, aún cuando sin desconocer la descolante actuación de su redactor, no puede negarse que asimismo expresa las ideas de los demás miembros de la Comisión y en particular de **Sarmiento** y **Vélez Sarsfield**, también de desempeño decisivo en las enmiendas que se proponían.²⁵

Los ex constituyentes **Gorostiaga**, **Seguí** y **Del Carril**, integraron, con **Vélez Sarsfield**, **Mármol**, **Elizalde** y **Cáceres** la Comisión designada para estudiar las reformas propuestas por Buenos Aires. En su despacho introdujo pocos cambios en los puntos sometidos y quedó aprobado en la sesión del 23 de Septiembre.²⁶

La comisión explicaba que “la publicidad de la discusión sobre las reformas propuestas por Buenos Aires y los importantes debates que se han tenido en aquella convención y en la prensa de la República, autorizan a la comisión a excusarse de fundar las razones de su dictamen. Todos sus miembros se complacerán en dar los antecedentes y explicaciones que se pidan sobre las reformas que susciten aquella discusión”²⁷

Los debates de la Convención de Buenos Aires de 1860 son importantes y sustanciales, no solamente por los nuevos artículos incorporados a la Constitución, sino por el debate de fondo sobre la constitución misma y la construcción de la unión nacional, la nueva redacción que se dio al artículo 35 es la mejor prueba de ello, pasando de la denominación “Confederación Argentina” a la de “Nación Argentina”, que bien puede decirse, nació con la Constitución de 1860.²⁸

Pero es también otra Convención

Constituyente Provincial la que brinda un nuevo marco de debate intelectual que se traslada a la prensa e informa a la ciudadanía sobre los temas de derecho público y el significado de la Constitución Nacional. Nos referimos a la Convención Constituyente de Buenos Aires que sesionó entre 1870 y 1873.

Cabe recordar al respecto que Buenos Aires se había dado una Constitución en 1854 que marcaba la impronta de su separación de la Confederación Argentina, pero después de Cepeda y del Tratado del 11 de noviembre de 1859, decidida su incorporación a la Nación y reformada la Constitución Nacional en 1860 se impone la sanción de una nueva constitución provincial en orden a lo previsto en el artículo 5º del texto federal.

Pero eran aquellos tiempos de divisiones y profundas disidencias que imposibilitaban un debate abierto en el que participaran los distintos sectores de opinión; así la Convención de Buenos Aires de 1860 aprobó las reformas a la Constitución Nacional sin que participaran de tal debate los representantes autonomistas que fueron lisa y llanamente derrotados en la votación.

Se ha destacado en cambio, que la Convención de Buenos Aires de 1870, convocada por el gobernador Adolfo **Alsina** encontró un ámbito de amplia convocatoria a los antiguos grupos federales y autonomistas, como a los sectores conservadores, liberales y mitristas o unionistas. Ese marco permitió un importante debate intelectual sobre los principales contenidos de la Constitución Nacional, animado por los más importantes intelectuales de la época, incluyendo a quienes serían destacados catedráticos de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, como José Manuel **Estrada** y Aristóbulo **del Valle** y de la futura Universidad de La Plata, como Dardo **Rocha**.

En un magnífico libro sobre esa Convención, el profesor Dardo **Pérez Guilhou**, después de describir el marco en que se desarrolló, cómo se integró y los temas debatidos desde las distintas posiciones ideológicas, señala cuáles fueron las fuentes intelectuales que animaron las discusiones, así como los autores más citados, destacando como curiosidad que en esa oportunidad ni **Sarmiento** ni **Alberdi** fueron invocados como autoridades en la materia, destacando asimismo, que si bien se respetan los convencionales entre ellos

por sus discursos, existen dos que alcanzan autoridad moral sobre los demás y que son Bernardo de **Irigoyen** Luis V. **Varela** quienes logran permanente referencia a su saber.²⁹

Así se ha señalado la presencia de autores norteamericanos entre los que se destacan los autores de “*El Federalista*”, **Madison**, **Hamilton** y **Jay**, además de **Story**, **Curtis**, **Pommeroy**, **Kent**, **Webster**, seguidos por los más modernos **Lieber** y **Carey**, extendiéndose la admiración por lo norteamericano a las obras de los franceses **Tocqueville** y **Laboulaye**, en especial la obra del primero “*La Democracia en América*”. Los más decididos defensores del seguimiento de la doctrina norteamericana en la convención fueron **Mitre** y **Gutiérrez**, en tanto que la posición de réplica desde un criterio más nacional fue sostenida por **Alsina** quien para ello se apoyaba en una traducción de la obra de **Lieber** realizada por Juana **Manso**.³⁰

Entre los autores ingleses se registran como más citados a **Blackstone**, **Macaulay** y **Stuart Mill**, aunque también aparecen referencias a **Gibbon** en materia de historia universal, siendo el convencional Vicente Fidel **López** quien más recurra a esa literatura. En tanto por parte de los autores franceses se registra la influencia de **Dupin** quien inspira la teoría de los derechos naturales defendida por Bartolomé **Mitre** y **Montesquieu**, citado con mucha frecuencia para fundar distintos temas por los convencionales **Guido**, **Varela**, **Mitre** y **Rocha**, apareciendo también las citas a **Thierry**, **Guizot** y **Tocqueville**.³¹

Destaca especialmente **Pérez Guilhou** la influencia de **Filangieri**, quien aparece como un influyente de nuestras letras desde la Revolución de Mayo, a quien acude con frecuencia **Alsina**, sobre toda en su famosa obra “*La Ciencia de la Legislación*”, donde el discípulo de **Montesquieu** pone de relieve la singularidad de cada régimen político, dada la importancia que tiene en el dictado de las leyes, el clima, la abundancia o esterilidad del terreno, la situación y extensión del país y la madurez del estado de un pueblo. Finalmente, agrega el autor que venimos siguiendo en esta parte, no obstante las diferentes generaciones intelectuales a que pertenecían los asambleístas—la de 1837, **López**, **Guido**; la de 1853, **Mitre**, **Navarro Viola**, **Quesada**; la de 1866 **Estrada**, **Goyena**, **Cambaceres**— todos ellos, en general, fueron tocados por el romanticismo iniciado en 1837 que se ha ido expresando de muy variada

25 LINARES QUINTANA, Segundo V. “El espíritu de la Constitución”. *Linares Quintana, Badeni & Gagliardo. Abogados. Buenos Aires. AD-HOC 1993, pag. 96.*

26 PADILLA, Alberto G.; op. Cit. Pag. 30

27 LINARES QUINTANA, Segundo V, op. Cit. pag. 98/99.

28 RAVIGNANI, Emilio “Asambleas

Constituyentes Argentinas”

29 PEREZ GUILHOU, Dardo “Liberales, Radicales y Conservadores. Convención Constituyente de Buenos Aires. 1870-1873”. *Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Editorial Plus Ultra. 1997. Cap. VIII pa. 123.*

30 PEREZ GUILHOU, Dardo; op. cit

capítulo VII

31 PEREZ GUILHOU, Dardo “Liberales, Radicales y Conservadores. Convención Constituyente de Buenos Aires 1870-1873”. *Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos. Editorial Plus Ultra. 1997. Capítulo VII, págs. 121 y sgtes.*

manera a través del tiempo y de los autores.³²

Entre las destacadas personalidades que integraron esa importante convención provincial merecen destacarse entre los federales rosistas a Bernardo de **Irigoyen**, Manuel **Navarro Viola**, Luis **Sáenz Peña**, Lorenzo **Torres** y Federico **Pinedo**; entre los federales urquicistas a Emilio de **Alvear**, José Tomás **Guido**, Vicente G. **Quesada** y **Domínguez**. Entre los emigrados, la figura descollante era Vicente Fidel **López**. Por el lado del autonomismo arribaron a la convención José Manuel **Estrada**, Pedro **Goyena**, **Cambaceres**, **Quintana**, **Dardo Rocha** y **Aristóbulo Del Valle**, además de los dirigentes maduros del partido que eran **Adolfo Alsina**, **Mariano Acosta** y **Rufino Varela**. Además de todos ellos estaban sentados en la Asamblea los liberales mitristas, apodados nacionalistas entre quienes sobresalían el propio **Bartolomé Mitre**, **Rufino de Elizalde**, **Zapiola**, **Ocantos**, **Luis Huergo** y **Carlos Tejedor**. La lista habla por sí misma del nivel de debate y de concordia política que tuvo esa convención que abriría el paso de la unificación de las tres presidencias históricas, las de **Mitre**, **Sarmiento** y **Avellaneda** bajo el imperio de la Constitución Nacional.

IV.- Las primeras cátedras de Derecho Constitucional

Una línea de interpretación doctrinaria de singular relevancia es la que surge de la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, que por aquél entonces era sólo una o no varias como ocurre en la actualidad debido al gran incremento del estudiantado universitario y de la difusión que adquirió la materia desde la recuperación de la democracia en 1983.³³

Ya hicimos referencia "ut supra", al curso sobre "*Lecciones de Derecho Constitucional*" que estuviera a cargo de Domingo Faustino **Sarmiento** y que seguía en su programa el método comparado, principalmente con la Constitución de los Estados Unidos y los comentarios a la misma de Joseph **Story**; y que resultara el primer curso sobre la materia que se dictara en la Facultad.

Pero la primer conformación formal de la cátedra de Derecho Constitucional se produjo recién en el año 1868, en buena medida por la insistencia de **Alberdi** ante el rector de la Universidad, como lo prueba la correspondencia de éste con Juan María

Gutiérrez. El primer profesor titular fue el abogado colombiano Florentino **González**, quien se encontraba refugiado por motivos políticos.

De la lectura de sus "*Lecciones de Derecho Constitucional*" resulta que consideraba que la asignatura era una rama de las ciencias sociales y dando preferencia a la exposición general de los principios sobre la libertad y la democracia, destacando sus ventajas con las citas de autores cuyas opiniones transcribe. Posiblemente por su condición de extranjero, no hace referencia a nuestros antecedentes y rara vez se refiere a los artículos en particular de la Constitución, y cuando lo hace es para criticarlos o censurarlos.³⁴

Así, por ejemplo, al ocuparse del artículo 14, considera un error que los derechos de profesar el culto y de publicar sus ideas por la prensa puedan reglamentarse, en tanto los considera "derechos absolutos". También critica a la constitución cuando establece que cada Provincia forma un distrito electoral y, en cambio, se coloca en un terreno de defensa del federalismo cuando censura la libertad del gobierno nacional para intervenir en los casos de violencia doméstica, o cuando critica que el Congreso Nacional tenga facultad para dictar los llamados códigos de fondo.³⁵

A partir de 1875, la cátedra estuvo a cargo de José Manuel **Estrada**, quien no era abogado, pero a quien algunos consideran el verdadero fundador de la cátedra³⁶ **Estrada** sería destituido de su cargo en razón de sus luchas religiosas.

La publicación de su obra docente tuvo inicios en 1880 para ser interrumpida cuando solamente habían aparecido los capítulos correspondientes a: Definición y Fuentes del Derecho Constitucional; Declaración de Derechos y Garantías en General; la Igualdad; las Garantías de la Libertad Civil y de la Seguridad Personal; el Derecho de Propiedad y la Libertad de Asociación.

Una versión de sus "*Lecciones*", tomadas por sus alumnos, apareció más tarde y, junto con artículos, conferencias y discursos sobre temas constitucionales, formaron los tres tomos que con el título de "*Curso de Derecho Constitucional*" integró la publicación de sus "*Obras Completas*" realizada mucho tiempo después de su muerte.

Estrada clasificó al Derecho Constitucional como una rama de las ciencias jurídicas, y no de las ciencias sociales, considerando que su estudio

debía comprender el de la organización del gobierno, así como el del modo, condiciones y objeto con que se ejerce la autoridad. La historia, la tradición y las costumbres propias del país debían ser fuentes generales para esos estudios, completados con el de los principios del derecho natural y comparado, siendo aplicables, por lo demás, los métodos comunes para las otras ramas del derecho escrito.

Sobre el período de **Estrada** al frente de la cátedra de Derecho Constitucional, ha escrito con su habitual sentido hipercrítico, Paul **Groussac**³⁷ "...Las "*Lecciones de Derecho Constitucional*" que a partir de 1875 dictó **Estrada** en la Facultad, prescindiendo de apéndices inconexos, llenan el tomo VI de las obras y la mitad del siguiente, observan el plan estrictamente didáctico de un texto universitario que gana en utilidad para el examinando, lo que pierde en interés para el lector. Se limita a desarrollar un comentario ordenado de la Constitución Argentina, considerándola como un código sobre cuyos artículos debe el estudiante ser interrogado, y haciendo abstracción completa de su origen y evolución orgánica".

"...El comentario es ilustrativo, metódicamente expuesto, informado en sana y vasta doctrina, a la que el acento convencido del catedrático infunde calor persuasivo. No pasa de ser la gloria viva de un texto muerto, faltando demostrar cómo ha sido éste elaborado por engendramientos sucesivos a través de mil obstáculos y diez ensayos malogrados. Un tratado de "Derecho Constitucional" que no se refunde en una historia constitucional de la nación, se condena a ser un ácido catecismo *ad usm scholarum*".

"...Tal es, desde luego, la superioridad de concepción y estructura que se nota en el curso dictado por Don **Aristóbulo Del Valle**, segundo sucesor de **Estrada** en la Facultad. El curso de **Del Valle** se consagra a historiar principal, y casi exclusivamente el estudio de las varias gestaciones, abortos y, por último, feliz alumbramiento del organismo constitucional argentino, desde la colonia hasta la batalla de Pavón".

"...Puede sorprender el que de los dos profesores sea el historiador quien, trocados los papeles, vacía su enseñanza en un modelo rigurosamente jurídico. Acaso explique esa actitud de **Estrada**, el hecho de haber sido en este medio todavía

32 PEREZ GUILHOU, Dardo; op. cit.

33 En la actualidad los profesores titulares de cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires son los Dres. Gregorio Badeni, Néstor Pedro Sagüés, Daniel Albert Sabsay, Juan Vicente Sola, Alberto Ricardo Dalla Via y Susana Graciela Cayuso. Es profesor asociado el Dr. Roberto

Gargarella. Es profesor titular Emérito el Dr. Germán J. Bidart Campos y Profesor Titular Consulto el Dr. Miguel Padilla.

34 PADILLA, Alberto G. "Lecciones sobre la Constitución". Editorial Perrot. Buenos Aires. 1961 capítulo V página 42.

35 PADILLA, Alberto G.; op. cit.

36 PADILLA, Alberto G.; op. cit.

37 GROUSSAC, Paul "Los que pasaban". Editorial Sudamericana, citado por VANOSI, Jorge Reinaldo A. En "La Enseñanza del Derecho Constitucional. Escuelas, tendencias y orientaciones". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. La Ley. 2000.

salmantino (donde el tratamiento de "doctor" sigue siendo de rigurosa observancia), el primer profesor universitario sin borla electoral. ¿Pondría en ello cierta coquetería de catedrático en mostrarse allí más jurídico que los juristas?"

"...Sea como fuere, encuentro mezquino, para no decir erróneo, tal concepto de la materia doctrinal, y, sin duda, a este plan defectuoso se debe el menor interés y la relativa inferioridad de su obra expositiva respecto de otras cuyos autores, seguramente, no superan a Estrada por la amplitud del horizonte filosófico o el rigor del pensamiento..."³⁸

A Estrada lo reemplazó en la cátedra el Dr. Lucio V. López, quien unía al prestigio de su estirpe el brillo de sus condiciones. Se ha dicho que creía oírse en su voz el eco del Himno que escribió su abuelo, la resonancia de la elocuencia de su padre que defendió el Acuerdo, mientras sus palabras se vestían con las galas de una cultura que él había formado en la frecuentación de los autores antiguos y modernos, y en su paso por países de Europa que recorrió con emoción de artista y preocupación de gobernante.³⁹

La asignatura tomó con él una orientación más jurídica. Sin la inclinación de Estrada por las especulaciones filosóficas, más en contacto con la lucha de pasiones e intereses, por su actuación en el foro y la política, López imprimió a la enseñanza de su ilustre antecesor una orientación más profesional y concreta.

Recuerda López que nuestra Sociedad, desde el principio, fue exclusivamente democrática, y lo destaca, no para exacerbar a las masas, sino para prevenirnos contra los vicios que se presentan ante nosotros, desde que el personalismo político prospera porque falta "...la cultura en los grupos..." y la opinión política no ejerce "...su justa y merecida preponderancia...". Creía en el gobierno asentado sobre la soberanía del pueblo, pero hacía notar que en la representación debe constar no sólo la cifra aritmética sino también los grandes intereses morales y materiales que integran la sociedad.

Lucio V. López murió de las resultas de un duelo. Carlos Pellegrini dijo, en desgarrante expresión, que esa muerte arrancó al país un "lamento de amarga pena, grito airado de justa protesta, mezcla confusa de tristeza e indignación".

Llegó entonces a la cátedra el Dr. Aristóbulo Del Valle, tribuno y hombre

de intensa acción política. Con las notas tomadas por sus discípulos fueron redactadas las "*Nociones de Derecho Constitucional*", aparecidas en 1897, después de su muerte repentina, ocurrida mientras desarrollaba su primer y único curso, aunque ya en 1896 se habían recopilado por Octavio J. Acevedo⁴⁰

En su clase inaugural hizo una comparación entre las enseñanzas de Estrada y de López y definió a la asignatura como "*la parte del Derecho Público que se ocupa de la organización del gobierno y de las relaciones de éste con los individuos sometidos a su autoridad*". Explicó la naturaleza del acto constituyente y trazó un cuadro animado de nuestros antecedentes históricos, en algunos pasajes con rasgos notables, como cuando describe las sesiones de junio de 1852 en la Legislatura de Buenos Aires.

Su sucesor en la cátedra, recogió de uno de sus discursos en el Congreso la definición que hiciera de la forma republicana de gobierno, definición penetrante y completa que sigue repitiéndose y mantiene el recuerdo de su nombre entre los estudiantes que no conocieron el fulgor de su elocuencia.

El Doctor Manuel Augusto Montes Oca fue llamado para ocupar la vacante. Joven, y aún sin el prestigio de sus predecesores, el nuevo profesor completó una muy destacada tarea docente, que se aprecia en los dos tomos de sus "*Lecciones de Derecho Constitucional*", publicados en 1910. Sin detenerse en una introducción histórica, porque los antecedentes los va mencionando en el curso de la exposición, el Dr. Montes Oca, después de explicar qué es una Constitución, entra en el análisis de la nuestra, tomando cada uno de los párrafos del Preámbulo para hacer su exégesis y seguir luego con la de cada uno de sus artículos.

La jurisprudencia de la Corte, al haber entonces adquirido más desarrollo, pudo tomar ya en esta obra el sitio que corresponde darle en el estudio de la Constitución. A la referencia de los casos prácticos resueltos por el Tribunal, en los que se ve vivir la Constitución, agregaba el Dr. Montes Oca una imparcial mención de los hechos de nuestra realidad política e institucional. No en vano dijo que "*la ciencia constitucional es experimental, de manera que los datos de la experiencia son preciosos para la apreciación de las doctrinas*"⁴¹.

No puede soslayarse en este trabajo

sobre las primeras interpretaciones doctrinarias, el aporte realizado desde las cátedras, en la interpretación y docencia de la Constitución Nacional, aportes y estudios que se incrementarán notablemente con posterioridad, al aparecer las obras de Joaquín V. González y de Juan A. González Calderón, quienes inician la etapa de la enseñanza metódica del Derecho Constitucional a partir de sus dos importantísimas obras "*Manual de la Constitución Argentina*" y "*Tratado de Derecho Constitucional Argentino*" en tres tomos, respectivamente.

El profesor Jorge A. Aja Espil ha realizado la siguiente clasificación de las que denomina "Escuelas de Derecho Constitucional":⁴²

1º) *Escuela Liberal*: En la que incluye a Juan Bautista Alberdi, Domingo Faustino Sarmiento, Lucio V. López, Aristóbulo Del Valle y, en menor medida, al cordobés Mariano Fraguero.

2º) *Escuela Católica*: en la que surge como líder inicial José Manuel Estrada, luego Faustino Legón, Juan Casiello y muchos otros.

3º) *Escuela Platense*: protagonizada por los dos "González", por Joaquín V. González -el iniciador- y por Juan Antonio González Calderón que ocupó la cátedra hasta 1947 y fue autor; como ya se dijo, del primer monumental *Tratado de Derecho Constitucional en tres tomos que es un clásico en la materia*,

4º) *Escuela Alberdiana*: en la que Aja Espil incluye a José Nicolás Matienzo, a Padilla, a Lanfranco y a Linares Quintana.

5º) *Escuela socialista*: que incluye a Alfredo Palacios y Carlos Sánchez Viamonte.

De la clasificación mencionada surge la importancia que tuviera la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de La Plata en las primeras interpretaciones de la Constitución Nacional, cátedra que inaugurara Joaquín V. González pero que no ocupara en forma permanente, sino que también ocuparan otros grandes hombres de su época como Agustín Alvarez, José Nicolás Matienzo y Juan A. González Calderón.

No está demás recordar que la enseñanza completa del Derecho Público se memoraría en algunos años. La asignatura "*Derecho Público Provincial y Municipal*" aparece a comienzos del siglo XX en la Universidad Nacional de Córdoba y, después, en Buenos Aires donde se la denominaría "*Derecho Fe-*

38 VANOSI, Jorge Reinaldo A. "La enseñanza del Derecho Constitucional. Escuelas, tendencias y orientaciones". *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. La Ley. Febrero de 2000. Págs. 2 y 3.*

39 PADILLA, Alberto G. "Lecciones de

Derecho Constitucional". *Editorial Perrot. Buenos Aires. 1961.*

40 ACEVEDO, Octavio "Apuntes de Derecho Constitucional. Tomados de las conferencias del Dr. Del Valle sobre los artículos 13 hasta el 35 de la Constitución Nacional" *Buenos Aires. Argos, Casa*

Editora, Imprenta y Encuadernación, Cuyo 657.

41 MONTES DE OCA, Manuel Augusto "Lecciones de Derecho Constitucional. Tomo II, pag. 95.

42 AJA ESPIL, Jorge A. "Lecciones de Derecho Constitucional" *Buenos Aires. 1972.*

deral”, cátedra en la que se destacó el profesor Clodomiro **Zavalía**.

Las cátedras de Derecho Constitucional han ido conformando con el transcurso del tiempo, una destacada doctrina que ha alcanzado alto reconocimiento científico e intelectual, tanto en el ámbito iberoamericano, como en los países europeos y de América del norte. El desarrollo del constitucionalismo argentino y de sus prestigiosos autores, se ha concretado en la conformación de la *Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, institución de reconocido prestigio académico.⁴³

V.- Las primeras tesis doctorales

También contribuyeron a la interpretación doctrinaria de la Constitución Nacional las primeras tesis doctorales de Derecho Público que se refirieron a la misma y que fueron marcando una tendencia que anteriormente era exclusiva de tesis en el Derecho Privado. Por otra parte, el prestigio de los primeros doctorandos y el nivel de sus investigaciones, unidos a sus méritos científicos y a sus trayectorias en el ámbito institucional, hizo que algunos de ellos alcanzaran la cátedra universitaria, como fueron los casos de Dardo **Rocha** y de Aristóbulo **Del Valle**.

En aquellos tiempos iniciales los tribunales de tesis estaban presididos por una figura expectable como el rector de la Universidad o el Decano de la Facultad y, además del vocal, que solía ser el catedrático de la materia, intervenía el padrino de la tesis y había dos contradictores que solían ser graduados o estudiantes avezados en el conocimiento de la materia y eran quienes en realidad debatían o atacaban con agudeza los argumentos que defendía el doctorando.

Para esta parte del trabajo hemos consultado las tesis que se encuentran en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, así como el texto de una tesis editada que se encuentra en nuestra biblioteca personal⁴⁴, más un estudio realizado por el Profesor **Pérez Guilhou** sobre el tema en un valioso libro antes citado.⁴⁵

Se destaca así las tesis de Dardo **Rocha** sobre el tema “*Derecho Federal*”, defendida en 1863 donde concluye que a pesar de los antecedentes políticos y de las condiciones políticas que llaman a la República Argentina al sistema unitario, la ley federativa es la única compatible con su paz y libertad actual.

La tesis de Aristóbulo **Del Valle** sobre el tema “*Intervención del Gobierno Federal en el territorio de los Estados*” fue defendida en 1869 actuado como Presidente del Tribunal Juan María **Gutiérrez**, como vocal de Derecho Constitucional el profesor Florentino **González**, padrino de tesis Luis V. **Varela** y replicantes o contradictores fueron Eugenio **Cambaceres** y José María **Rosa**. En ella insiste en que todo poder directa o indirectamente deriva de la gran masa del pueblo. La República –dice- en su acepción más lata es el gobierno del pueblo, bajo la base de la igualdad.⁴⁶

También en 1869 Carlos **Pellegrini** defiende su tesis sobre “*Derecho Electoral*” ante el Tribunal presidido por Juan María **Gutiérrez**, con Florentino **González** como vocal catedrático de Derecho Constitucional, el padrino de tesis fue Luis **Lago García** y los replicantes o contradictores Juan C. **Lagos** y Carlos **Marengo**. En su tesis **Pellegrini** examina las distintas posiciones que sostienen el voto calificado y concluye que en su opinión la lectura y la escritura son conocimientos bastantes para poner al individuo en condiciones de capacidad suficientes, argumento que contraría el sufragio universal, secreto y obligatorio que recién llegaría con la Ley 8871 pero que expresa el pensamiento conservador aristocrático de exclusión de las masas populares de la participación política, fundado en razones de instrucción, aún cuando expresamente haya rechazado en la tesis otros fundamentos de calificación del sufragio como la exigencia de determinada renta o la condición de propietario.⁴⁷

En 1870 Adolfo **Rawson** defendió su tesis titulada “*Estudio sobre el Juicio Político*” ante el Tribunal presidido por Juan María **Gutiérrez** e integrado con el vocal de Derecho Constitucional, profesor Florentino **González**, con el padrino de

tesis Bernardo de **Irigoyen** y los replicantes Zoilo **Imbaldi** y Juan Antonio **González**. En la misma desarrolla una explicación del funcionamiento del juicio político, describiendo sus orígenes, su finalidad institucional y las normas de la Constitución que lo rigen.⁴⁸

A estas primeras tesis fueron sucediéndose muchas otras que fueron poniendo el acento en interpretaciones sobre la Constitución Nacional, tanto en la Universidad de Buenos Aires como en la Universidad de La Plata, como ejemplo de esa tendencia podemos señalar la tesis defendida en 1901 por Américo **Pereyra Miguez**, cuyo padrino de tesis fuera el Doctor Dardo **Rocha** y que bajo el título “*Revista de la Constitución Argentina*” realizara un amplio análisis de la Constitución Nacional y del sistema republicano, representativo y federal por ella sostenida, abogando entre otras cuestiones por una generalización del sufragio ante el hecho evidente de la multiplicación de partidos políticos y expresiones de ideas y la exclusión del voto de los habitantes de los entonces numerosos territorios nacionales.⁴⁹

VI.- Publicaciones y otros aportes

No todos los doctrinarios del Derecho Constitucional han sido los profesores que ocuparon las cátedras, como lo demuestran los ya citados casos de **Alberdi**, **Sarmiento** y **Gorostiaga**. A ellos habría que agregar los aportes de Nicolás **Calvo** quien tradujera desde el inglés las “*Lecciones de Derecho Constitucional*” compiladas por Orlando **Bump**, y quien a su vez escribiera una importante *advertencia preliminar* a la obra de Joseph **Story**.

Particularmente importante fue el aporte de Agustín **De Vedia**, quien escribiera la primera obra completa comentada sobre la Constitución, siguiendo el método comparativo con la Constitución de los Estados Unidos a partir, también de la obra de **Story**.⁵⁰

El Dr. Jorge **Vanossi** ha rescatado el aporte doctrinario de Rodolfo **Rivarola**, a quien ha calificado de “figura egregia”⁵¹. Su “*Diccionario de la Constitución*” queda como un aporte que no envejece

43 Entre los más destacados constitucionalistas que integran o han integrado la Asociación Argentina de Derecho Constitucional cabe citar a los doctores Adolfo ROUZAT, Pedro J. FRIAS, Germán J. BIDART CAMPOS, Julio OYHANARTE, Juan Francisco LINARES, Pablo RAMELLA, Carlos M. BIDEGAIN, Segundo V. LINARES QUINTANA, Genaro CARRIO, Mario Justo LOPEZ, Jorge Reinaldo A. VANOSSI, Néstor Pedro SAGUES y Humberto QUIROGA LAVIE, entre muchos otros destacados maestros del Derecho Constitucional.

44 PEREYRA MIGUEZ; Américo “Revista de la Constitución Nacional” Facultad de

Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de La Plata. Imprenta El Día, calle 51 num. 662, entre 8 y 9. Año 1901.

45 PEREZ GUILHOU, Dardo “Liberales, Radicales y Conservadores” Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos. Plus Ultra 1997. pag. 25

46 DEL VALLE, Aristóbulo “Intervención del Gobierno federal en el territorio de los Estados” (tesis) Buenos Aires, Imprenta del Plata, 1869.

47 PELLEGRINI, Carlos “Estudio sobre el Derecho Electoral” (tesis) Imprenta del Plata, 1869.

48 RAWSON, Adolfo “Estudio sobre el Juicio Político” (tesis) Imprenta de la Tribuna.

1870.

49 PEREYRA MIGUEZ, Américo “Revista de la Constitución Nacional” (tesis) Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata. La Plata. Imprenta El Día calle 51 número 662, entre 8 y 9. Año 1901.

50 DE VEDIA, Agustín “Constitución de la Nación Argentina”. Imprenta y Casa Editora de Coni Hnos. Buenos Aires. 1907

51 VANOSSI, Jorge Reinaldo A “La enseñanza del Derecho Constitucional en la Argentina. Escuelas, tendencias y orientaciones” Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. La Ley febrero de 2000.-

en la necesidad recurrente de abreviar en textos que nos permitan dilucidar el significado sencillo y la fuerza recóndita de cada uno de los pilares y cimientos que dan sustento al entramado de las instituciones políticas de la Nación, obra a la que cabe agregar la “*Revista de Ciencia Política*” y su libro “*Del Estado Federal al Estado Unitario*”.

Y en orden a las revistas, cabe mencionar a tres de ellas que alcanzaron temprano éxito, como fueron la *Revista de Buenos Aires* (1863) dirigida por Miguel **Navarro Viola** y por Vicente **Quesada**; la *Revista Argentina* (1868) dirigida por José Manuel **Estrada** y por Pedro **Goyena**, y la *Revista del Río de la Plata* (1871) dirigida por Andrés **Lamas**, Vicente Fidel **López** y Juan María **Gutiérrez**.

VII.- Epílogo sobre el orador de la Constitución

No podríamos finalizar este repaso histórico de las primeras interpretaciones doctrinarias de nuestra Constitución Nacional, sin hacer referencia a quien la difundiera con encendido ardor su letra y su espíritu y que por tal motivo mereció en la historia el título de “orador de la constitución”, nos referimos a Fray Mamerto **Esquiú**, quien a través de sus célebres “*Sermones patrióticos*” supo difundir el espíritu de Mayo y de la Constitución Nacional.⁵²

La Constitución Nacional fue sancionada por el Congreso General Constituyente reunido en Santa Fe, el 1° de Mayo de 1853, el 25 de Mayo del mismo

año fue promulgada, estableciéndose la fecha del 9 de julio para su juramento por los pueblos de la república representativa, republicana y federal.

La Constitución sancionada y promulgada institucionalizaba en sabias disposiciones la doctrina constitucional de Mayo, y las circunstancias históricas hicieron que el centro de tan notable acontecimiento no fuera ninguna de las ciudades principales del país sino una humilde, pero gloriosa capital provinciana.

“La iglesia desbordaba -ha escrito Manuel **Gálvez**- Catamarca entera congregábase en el viejo templo. No faltaban ni los federales, aunque vencidos; pues no fueron nunca, en su mayoría, sinceros partidarios de **Rosas**, encontrándose en este caso el propio gobernador. No faltaba tampoco ninguna mujer de linaje.

“Pero el interés de la asistencia no estaba tanto en el tedéum como en el sermón...¿...Cómo se desenvolvería el orador? Por qué aquella Constitución, que establecía la libertad de cultos; era, por esto sólo, manifiestamente liberal y creían algunos que un sacerdote no podía elogiarla.

“Por fin se interrumpió la ceremonia religiosa. Calló la música. Hubo algunos susurros y todas las miradas asaltaron el púlpito: ⁵³ “*Que el individuo, el ciudadano -proclamaba **Esquiú**- no sea absorbido por la Sociedad, que ante ella se presente vestido de su dignidad y derechos procesales; que estos queden libres de la sumisión a cualquier autoridad; esto es igualmente equitativo;*

y el carácter permanente de los pueblos civilizados es esta noble figura que nos ofrece el cuadro de la civilización antigua, y que nos trajo la religión con su doctrina y el ejemplo de los fieles que, inmóviles, resistían el impulso tiránico de los gobiernos, de las leyes, de las preocupaciones del mundo entero”.

“*He aquí señores, en esta doble independencia la única verdadera libertad, la que es el fundamento de las naciones y elemento de que viven; la preciosa libertad que apenas conoce nuestra Patria y cuya existencia está insinuada teóricamente en dos actos: el de su sanción el año de 1816; nuestros padres de pie, con la mano en el corazón y sus ojos en el cielo, juraron y se convocaron para el día siguiente a cumplir su juramento ¡Dios Santo! Treinta y siete años, como treinta y siete siglos han sido este día”.*

En otro notable sermón recomienda la sumisión a la ley con estas palabras : “*...Obedeced señores, sin sumisión no hay ley; sin leyes no hay Patria, no hay verdadera libertad, existen sólo pasiones, anarquía, disolución y males de que Dios nos libre eternamente a la república Argentina”* ⁵⁴.

Se trata de expresiones que han adquirido un sentido profético y llaman a una profunda reflexión sobre los tiempos que sobrevendrían muchos años después a la sanción de la Constitución. Concluye Fray Mamerto **Esquiú** con una patriótica incitación “*Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos”.*

52 **ESQUIÚ**, Fray Mamerto “Sermones Patrióticos”. Colección Grandes Escritores Argentinos. Jackson Editores. Buenos Aires. 1957.

53 **LINARES QUINTANA**, Segundo V. “El espíritu de la Constitución”. *Linares Quintana, Badeni & Gagliardo. Abogados. AD-HOC*. Bos Aires. 1993 pág. 73

54 **ESQUIÚ**, Fray Mamerto “Sermones de un Patriota”. Colección Grandes Escritores Argentinos. Jackson Editores. Buenos Aires. 1957.



**ESCUELA DE
CAPACITACION
JUDICIAL
DE LA PROVINCIA
DEL CHUBUT**

Rivadavia y Jones - Tel.: (02965) 482331/332/334

E-mail: centro@juschubut.gov.ar - (9103) - Rawson - Chubut Argentina