

EL BICENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y SU PROYECCIÓN EN IBEROAMÉRICA

JUAN CARLOS CASSAGNE

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Buenos Aires, Argentina*

Recepción: 15 de junio de 2012

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2012

RESUMEN: La Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de Marzo de 1812, constituyó uno de los ensayos constitucionales mejor concebidos acerca de la organización del Estado que introdujo, por primera vez en España, un sistema tendiente a proteger los derechos de propiedad y libertad de los ciudadanos. Desde ese punto de partida, se sostiene, en este trabajo, que la Constitución de Cádiz de 1812 representa una síntesis, realmente original, en la que se conjugan una serie de principios provenientes del antiguo derecho español y de la neo-ecolástica salmantina con el liberalismo en boga hacia fines del siglo XVIII, si bien con los matices propios de la tradición hispánica. La culminación de ese proceso implicó el quiebre del régimen absolutista mediante la transformación de las estructuras existentes. La Constitución gaditana reposa, a juicio del autor, en tres ejes centrales, a saber: a) la soberanía nacional; b) la doctrina de la separación de poderes y, consecuentemente la independencia del poder judicial; y, c) el principio de legalidad. Su proyección en Hispanoamérica ha sido notable reflejándose, fundamentalmente, en el sistema judicialista puro que adoptan la mayoría de las constituciones, al consagrar la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo y del Legislativo con un alcance distinto al que rige en la Constitución de los Estados Unidos, donde se admite la constitucionalidad de la jurisdicción administrativa primaria.

PALABRAS CLAVE: Constitución, 1812, soberanía nacional, doctrina de la separación de poderes, principio de legalidad.

ABSTRACT: The Politic Constitution of the Spanish Monarchy promulgated in Cadiz on March 19th 1812 (the Cadiz Constitution) was one of the best constitutional systems ever conceived on organization of the State which introduced, for the first time in Spain, a legal system tending to protect the right of property and the liberty of citizens. From this starting point, the author of this article postulates that the Cadiz Constitution represents a really-original synthesis, where different principles coming

from the ancient Spanish law and from the later Spanish Scholastics of Salamanca, combine with other liberal conceptions in vogue toward the end of the 18th century, although acknowledging connotations that befit the Spanish tradition. The culmination of said process meant the breakdown of the absolutist *regime* by means of existent structures transformation. The Cadiz Constitution leaned, according to the author, on three main premises, thus: (a) on national sovereignty, (b) on separation of powers doctrine (consequently, on independence of the judicial branch); and (c) on rule of law. Its projection on Spanish America has been remarkable, and it becomes self evident in the purely-judicialist system of their constitutions, all of which ban the Executive and Legislative branches from exercising judicial functions, differently from the Constitution of the United States of America, where administrative primary jurisdiction is constitutionally allowed.

KEY WORDS: Constitution, 1812, national sovereignty, separation of powers doctrine, rule of law.

SUMARIO: I. EL FENÓMENO DE CÁDIZ: INFLUENCIAS E INTEGRACIÓN. II. LOS EJES DEL CAMBIO POLÍTICO CONSTITUCIONAL DE CÁDIZ. 1. La concepción de la soberanía nacional. 2. La adopción de la doctrina de la separación de poderes. III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PODER REGLAMENTARIO EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ. IV. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y LAS PRESCRIPCIONES CONSTITUCIONALES QUE LA GARANTIZAN. SU PROYECCIÓN EN HISPANOAMÉRICA. 1. La prohibición de ejercer funciones judiciales por parte del Rey y las Cortes. 2. La inamovilidad de los jueces. 3. La creación del Tribunal Supremo. V. OTRAS REFORMAS INNOVADORAS. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

1. EL FENÓMENO DE CÁDIZ: INFLUENCIAS E INTEGRACIÓN

El año próximo, para ser precisos el 19 de Marzo, día de San José¹, se cumplirán doscientos años de la promulgación de la Constitución de Cádiz, uno de los ensayos constitucionales mejor concebido de la época, que recogió una visión moderna de la sociedad², muchas de cuyas principales reformas e innovaciones resultan aún actuales y se proyectan al futuro.

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

Al respecto, se ha debatido acerca de la gravitación que tuvo la Constitución francesa de 1791 en la de Cádiz³ y hay quienes la niegan con apoyo en las tendencias historicistas que fueron principalmente sostenidas por Arguelles en el Discurso Preliminar.

En cualquier caso, ambas líneas interpretativas convergen en un punto al sostener que el proceso que culminó en Cádiz implicó la destrucción de las bases en que se apoyaba el modelo absolutista⁴, el cual en la inteligencia de la corriente histórica liberal, se consideró contrario a los principios del antiguo derecho español.

La expresión antiguo derecho español o incluso, antiguo régimen ha de emplearse en España con sumo cuidado ya que, hasta el advenimiento del absolutismo que importaron

1 Motivo por el cual, según una creencia generalizada, es conocida con el mote de la Pepa.

2 RODRÍGUEZ, Mario, *El experimento de Cádiz en Centroamérica, 1808-1826*, Fondo de Cultura Económica, México 1984, p. 131.

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

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

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

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

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

Es un dato comprobado que las ideas del liberalismo político nutrieron la Constitución de Cádiz, bien que con los matices y limitaciones propios de la tradición hispánica y de las circunstancias por las que atravesaba en esa época el imperio español, tanto en la península como en América.

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

La Constitución de Cádiz representó la culminación de esas ideas en España. Mediante una amalgama de principios e instituciones afines se pretendió llevar a cabo una profunda transformación de las estructuras imperantes que se reflejó en sus concepciones centrales, a saber: a) el principio de la soberanía nacional complementado con la adopción del sistema representativo para la elección de los diputados de las Cortes; b) la doctrina de la separación de poderes que acota las respectivas competencias de cada uno⁵ y consagra la independencia del poder judicial; c) el principio de legalidad y el deber que asumió la Nación española de proteger la libertad, propiedad y demás derechos individuales⁶.

De ese modo, se produjo el primer quiebre del absolutismo que, durante los dos siglos anteriores, había sumido a España en el atraso y en la ignorancia, impidiendo que se desarrollaran la creatividad y el espíritu de libertad que, desde tiempos lejanos, anidaba en la entraña de sus derechos históricos y leyes fundamentales.

En el texto gaditano, fue notable la influencia que tuvo el antiguo derecho español, anterior al absolutismo borbónico, en gran parte de sus normas y principios positivos. Esa gravitación fue paralela a la que ejercieron las tendencias del liberalismo de Locke y Montesquieu, con las que se unieron, en forma armónica, a través de un proceso que muestra cómo las ideas carecen de fronteras y circulan con la velocidad propia de cada tiempo

5 Vid: BREWER CARIAS, Allan Randolph, *El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano)* en la obra *La Constitución de Cádiz de 1812*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, ps. 232-234.

6 Arts. 4, 7 y 170 de la Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812.

histórico, generando consensos que se esparcen en forma imperceptible y que resultan a veces inadvertidos hasta por los juristas más versados en la historia de las instituciones.

Un reflejo del abandono de la concepción absolutista sobre el origen divino del poder y la consecuente adhesión a la tesis suareciana (que sostenía que la causa inmediata del poder radicaba en el consentimiento del pueblo) fue el esquema elaborado por la Constitución gaditana, ciertamente adelantado para la época, que desplazó la concepción absoluta e ilimitada de la soberanía real, fijando los límites del ejecutivo, legislativo y judicial. Ese esquema, lejos de afirmar la doctrina del predominio del legislativo sobre los demás poderes, preconizada por Rousseau, procuró instaurar un razonable equilibrio entre los órganos fundamentales del Estado, organizados bajo la forma de una monarquía moderada de gobierno, con el objetivo de mantener la unidad y soberanía de la Nación.

En ese aspecto, los textos de la Constitución y del Discurso Preliminar que la fundamenta arrojan bastante luz y no admiten dudas. Permiten comprobar la influencia que ejerció en aquella la teoría de Montesquieu, concebida como un sistema de frenos y contrapesos tendiente a evitar que cualquier órgano de poder prevaleciera sobre los demás. En la concepción divisoria latía, como es sabido, la idea de que el equilibrio resultante favorecía siempre el ejercicio de las libertades de los ciudadanos, protegiéndolos contra la arbitrariedad y el despotismo.

A su turno, la recepción de los principios y derechos reconocidos por la Constitución gaditana, se produjo, de forma sucesiva y sin intermitencias, en el escenario constitucional hispano-americano. Ese proceso de recepción indica a las claras que lo que pareció para algunos un fracaso histórico-político, que rompía la unidad del imperio, se transformó pronto en el más rotundo triunfo de las concepciones hispánicas e ideas liberales en la América española, en cuyas nacientes repúblicas se arraigaron, si bien combinándose con otras fuentes (tanto vernáculas y norteamericanas como continentales europeas).

A la vista del nuevo escenario, resulta trascendente que la tesitura del sistema constitucional gaditano haya configurado el establecimiento de un poder judicial independiente e inamovible, con la finalidad de realizar la tutela judicial efectiva de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos (fórmula ésta de tanta vigencia y actualidad que asombra haya sido empleada en el Discurso Preliminar). De ese modo, el sistema que desarrolla en su articulado la Constitución de Cádiz, optando por el judicialismo puro al aplicar la teoría de la separación de poderes pasó a ser, salvo el caso de Colombia, el sistema imperante en Iberoamérica que, años después, después de una larga evolución, se implantó definitivamente en España⁷. En esa línea, con el objeto de evitar desviaciones, el sistema judicialista quedó constitucionalmente garantizado con la interdicción de ejercer funciones judiciales por parte del Rey o de las Cortes (art. 243), cláusula ésta que constituyó, en su momento, una novedad constitucional de primer orden, recogida por un sector significativo de los derechos constitucionales hispano-americanos.

7 Véase: FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *Historia legal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Iustel, 1º ed., Madrid, 2007, p. 25 y ss., especialmente p. 801 y ss.

El imperio de la ley y, por tanto, la vigencia efectiva del principio de legalidad, particularmente en materia tributaria, la protección de las libertades –con énfasis en la de imprenta– la tutela constitucional de los derechos de propiedad de todos los españoles, el establecimiento de una sola ciudadanía, sin distinguir a este efecto entre peninsulares y ultramarinos, la consagración, aunque en forma parcial, del sistema representativo, las limitaciones a los poderes del Rey y, consecuentemente, la configuración de un poder reglamentario circunscripto al dictado de las normas que fueran necesarias para la ejecución de las leyes, así como la promoción de la educación popular y del fomento de las industrias, representan, entre otros principios y valores, la herencia constitucional más aquilatada que las repúblicas hispano-americanas recibieron de la trascendente simbiosis histórica que encarnó la Constitución de Cádiz.

La identificación de esos principios, viene a mostrar, en definitiva, que las instituciones gaditanas prosiguieron una línea histórica hispánica común que arraigó profundamente en las nuevas repúblicas de la América española, en las que cobraron vigencia y vida propia. De ese modo, como apunta Asdrúbal Aguiar, la Constitución de Cádiz "... fue obra legítima del instinto natural cultivado, de la lealtad hispana para con sus orígenes... sin necesidad de atribuirle sus equívocos y aciertos a Rousseau o a Mirabeau"⁸.

Un movimiento similar se había producido antes en los Estados Unidos y es justo tener en cuenta que fueron escritores norteamericanos los primeros en bucear en las fuentes del antiguo derecho español y de la neo-escolástica salmantina al destacar sus conexiones con el sistema implantado en los EEUU, así como con el derecho comparado americano, en general. Ellos demostraron que muchas de sus ideas, instituciones y principios constitucionales habían tenido origen antes que en la Carta Magna, como algunos aún continúan suponiendo, tanto en los derechos de Aragón, Castilla y Navarra, cuna de nuestras libertades ancestrales, como en los principios de filosofía política de la neo-escolástica. Así, desde William Prescott y James Kent, que escribieron hacia la primera mitad del siglo XIX y Linares Quintana en Argentina y Stoetzer en los EEUU, hasta autores más recientes (como nuestro coterráneo Steverlink), hubo una corriente que contribuyó al esclarecimiento del origen de nuestras instituciones. En efecto, esos estudios que componen un conjunto importante de investigaciones histórico-políticas y jurídicas, hicieron posible que se reconociese la filiación del conjunto de principios y derechos fundamentales que componen la base de los actuales sistemas constitucionales.

II. LOS EJES DEL CAMBIO POLÍTICO CONSTITUCIONAL DE CÁDIZ

En el punto anterior se señaló que la Constitución de Cádiz implicó el primer quiebre del absolutismo monárquico en España. Veamos ahora, aunque sin ahondar en los detalles que rodearon el debate en el seno del poder constituyente, cuáles fueron los ejes del proceso que operó ese cambio político constitucional tan profundo, a través de la integración de distintas concepciones y tendencias que confluyeron en la idea común que buscaba integrar

8 AGUIAR, Asdrúbal, *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz: Reelectura desde la Revolución Francesa*, en la obra *La Constitución de Cádiz de 1812*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, ps. 184-185.

la Nación española. Ese cambio procuró mediante una operación radical consistente en sustituir las bases en que se apoyaba el edificio absolutista por un nuevo ordenamiento constitucional, provocando la caída de los pilares en los que asentaba el anterior sistema.

Uno de esos pilares estaba constituido por la soberanía real, como poder indivisible, ilimitado y exclusivo de la totalidad de las potestades de gobierno y legislativas e incluso, aunque en menor medida en España, de la facultad de decidir las causas judiciales. Se argumentaba, a favor de esta idea absoluta de la soberanía real que el origen del poder del monarca provenía directamente de Dios, con lo que el Rey no debía rendir cuentas a nadie sobre el ejercicio o uso de ese poder de origen divino. Lo increíble de esta concepción no es tanto que se hubiera puesto en práctica en un mundo civilizado, como era entonces el europeo, sino el hecho de que las principales monarquías de Europa desde Francia, Inglaterra y Prusia y más tarde España bajo la dinastía borbónica, la utilizaron durante mucho tiempo, aún cuando careciera de toda base teológica y filosófica, incluso para el catolicismo, tal como se demostró en las obras sobre el origen del poder publicadas por la escuela de Salamanca⁹, fundamentalmente en las de Suárez y Mariana.

El otro pilar en que se basaba la construcción absolutista de la monarquía era la tendencia natural que brotaba del sistema de la soberanía ilimitada que había conducido a la concentración, en la persona del Rey, de la mayor porción de las potestades públicas, fusionando su persona con el Estado.

La Constitución de Cádiz constituye la contra cara perfecta del régimen absolutista de la monarquía de origen divino y de unidad patrimonial entre el Rey el Estado, ya que al par que operó el traspaso de la soberanía real a la soberanía de la Nación eliminó toda posibilidad de unificar el poder en una sola persona, mediante una clarísima e indudable recepción constitucional de la doctrina de la separación de los poderes elaborada por Montesquieu.

De esa manera, una operación de alta cirugía política constitucional, produjo la deconstrucción del sistema absolutista, montado sobre la soberanía ilimitada, reemplazándolo por un modelo liberal, que denominó monarquía moderada¹⁰, en el que los poderes, si bien ligados por relaciones de interdependencia, fueron divididos y limitados en el ejercicio de sus funciones y potestades por las competencias, mandatos y prohibiciones establecidas, en forma expresa, en el texto de la Constitución.

En definitiva, tal como se puso de relieve en el Discurso Preliminar que acompañó la publicación de la carta constitucional, atribuido a Agustín Arguelles¹¹, el fundamento teórico (político, filosófico e histórico) de esa operación constitucional se encuentra tanto en las concepciones del liberalismo político (principalmente en Locke y Montesquieu) como en el

9 Ampliar en RODRÍGUEZ VARELA, Alberto *La neoescolástica y las raíces del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2004, p. 7 y ss, especialmente ps. 14-26.

10 En el art. 14 y en el Discurso Preliminar, véase: *Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812*, facsimile que reproduce la reproducción efectuada en la Imprenta Nacional de Madrid en 1820, Civitas, Madrid, 1999, p. 18.

11 MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tº I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2006, p. 191, anota que, quizás, colaboró con ARGUELLES el diputado ESPINA.

antiguo derecho español. A esa influencia cabe adicionar la que tuvo, bien que indirectamente, la neoescolástica de Salamanca, en la medida que influyó en las concepciones de Locke¹² y, a través de éste y de los llamados neoescolásticos puritanos que emigraron a los EE.UU –como Thomas Hooker– esas ideas gravitaron decisivamente en la concepción básica que adoptó de la Constitución norteamericana sobre el origen del poder¹³.

1. La concepción de la soberanía nacional

Si en algún punto hay plena coincidencia entre la Constitución de Cádiz y la primera Constitución de la monarquía francesa de 1791¹⁴ y, fundamentalmente, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹⁵, es en la declaración del principio de que la soberanía reside en la Nación.

Pero, a diferencia de Cádiz, la influencia de las ideas que desarrolló Rousseau en su obra *"El Contrato Social"*, sembraron en la Constitución francesa (sobre todo, en la de 1793) una semilla distinta que no llegó a fructificar en la Constitución de Cádiz. Esa semilla era nada menos que la concepción de la soberanía de la ley concebida como producto de una voluntad general ilimitada, sagrada, e infalible, en cuanto al representar la voluntad del pueblo sostenía, en forma dogmática, que jamás podía equivocarse. La tesis roussoniana, plagada de sofismas, fue adoptada durante el proceso revolucionario francés y al tonarse ilimitada y dueña de la vida y del patrimonio de miles de personas, fue, en cierto sentido, más absolutista que la soberanía monárquica bajo el reinado de Luis XVI. En realidad, lo que hizo el ginebrino, en su alambicada construcción, consistió en reemplazar la soberanía absolutista e ilimitada de la monarquía por la soberanía absoluta e ilimitada de la ley. Esa fue la idea central que hecha suya los jacobinos que, sin embargo, no alcanzaron a imponer definitivamente en el proceso revolucionario francés (al ser desalojados del poder) ya que, pronto se produjo el retorno, en la Constitución francesa de 1795, al principio de la soberanía de la Nación, tesis que dominó desde entonces el panorama del derecho público galo (con excepción del período que corrió entre 1814 y 1830 y el retroceso que hubo en la Constitución de 1946 mitigado, en gran parte, por la doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado).

12 MIGLIORE, Joaquín, *John Locke, Influencias filosóficas y políticas en la formación de su pensamiento*, tesis doctoral, UCA, Biblioteca Central, Buenos Aires, 1993, p. 5 y ss; RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, *La neoescolástica...*, cit., p. 270; y TERMES CARRERÓ, Rafael, FRANCISCO SÁUREZ, *The fundamental Orders of Connecticut*, en Revista Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales N° 37, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Málaga, publicado en Diciembre de 2000. Interesa señalar que, como ha sido demostrado por MIGLIORE, que quien influyó en LOCKE fue el escolástico anglicano Richard HOOKER.

13 STEVERLINCK GONNET, Ioris, *La Universidad de Salamanca y la Constitución de los Estados Unidos*, UCA, Buenos Aires, 2003, p. 122 y ss; ver también: SOETZER, O. Carlos, *Las raíces escolásticas de la Constitución Norteamericana*, ponencia presentada en las XV Jornadas-Seminario Internacional de la Asociación Argentina de Estudios Americanos, Buenos Aires, 1981, p. 11 y ss y del mismo autor: *Raíces escolásticas de la emancipación de la América Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 29 y ss.

14 Es artículo 3º de la Constitución de Cádiz consagró la tesis en los siguientes términos *"La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales"*.

15 Cuyo artículo 3º prescribía: *"El origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación"*.

Aunque se ha intentado asimilar la soberanía nacional a la soberanía popular o del pueblo, con fundamento en la concepción roussoniana¹⁶, lo cierto es que se trata de teorías que acusan marcadas diferencias¹⁷. En efecto, mientras la tesis de la soberanía nacional es, en principio, limitada e indivisible¹⁸ y en cierto modo negativa¹⁹, la soberanía popular constituye la expresión de una voluntad general infalible, absoluta, ilimitada y susceptible de división, que reside tanto en el conjunto del pueblo como en cada uno de los individuos que lo componen. Al respecto, no hay que confundir la concepción roussoniana con la tesis de la soberanía del pueblo que acuñó el derecho norteamericano para romper con el absolutismo y la dependencia colonial, dado que ésta última reconoce que el fundamento inmediato del origen del poder se encuentra en el consentimiento del pueblo²⁰, al igual que otros sistemas constitucionales de Hispanoamérica, como el argentino²¹, esta idea implica sustentar una concepción libertaria y no ilimitada de la soberanía.

La residencia de la soberanía en la Nación significa que toda supremacía y poder no pertenece a persona alguna en particular sino a un ente colectivo que desde el punto de vista de la técnica jurídica, es el Estado²². A este último, hacen referencia tanto la

-
- 16 La concepción de la soberanía nacional propugnada, en el proceso revolucionario francés por el Abate SIEYÈS (en su conocida obra *Qué es el Tercer Estado?* de 1789) fue adoptada por la Constitución francesa de 1791 en los siguientes términos: La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación, ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio "artículo 1º del Título III) norma ésta que ha sido fuente del Proyecto de Alberdi y del art. 22 de nuestra Constitución en cuanto prescribe que: "*El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución...*" La conexión entre el principio de representatividad y la idea de la soberanía nacional indivisible es tan obvia como manifiesta y sirve para interpretar el sentido de la fórmula empleada por el art. 33 de nuestra Constitución cuando se refiere a los derechos que surgen de la soberanía del pueblo, en el sentido de que pertenecen a éste a través de sus representantes pues la soberanía no es divisible (como pretendía ROUSSEAU).
- 17 DALLA VÍA, Alberto Ricardo, *El concepto de soberanía en los textos revolucionarios francés y norteamericanos en Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, N° 29, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 99 y ss., apunta que a través de la fórmula de la soberanía "... se pretendía distanciar al nuevo orden surgido de la Revolución tanto de la soberanía divina del monarca como de la popular rousseauiana" (op. cit. p. 102).
- 18 La idea de indivisibilidad de la soberanía no resulta incompatible con la separación de poderes. Se trata de una divisibilidad orgánica y material que funciona dentro de una misma persona (la Nación o el Estado).
- 19 CARRÉ de MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, trad. del francés, Fondo de Cultura Económica, México, 2000 (reimpresión), ps. 895-896, afirma que la soberanía nacional no tiene nada en común con la soberanía popular (op. cit. p. 896 texto y nota 11).
- 20 STEVERLINCK GONNET, Ioris, *La Universidad de Salamanca...*, cit., p. 41 y ss: fue la idea fundamental que desarrolló Francisco SUÁREZ, en la obra *Defensio Fidei*, véase: *Selección de Defensio Fidei y otras obras*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 34 y ss.
- 21 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, Tº I, Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 299, texto y nota 16, considera que el pueblo es una pluralidad de individuos incapaz de ser sujeto de derecho o en una entidad distinta de la misma pluralidad siendo uno de los elementos del Estado, en quien, en definitiva, reside la soberanía; advierte, además, BIDART CAMPOS que "*la teoría del pueblo transformado en estado fue adoptada por los totalitarismos nacionalsocialistas y fascistas*", (op. cit. p. 306).
- 22 VEDEL, Georges, *Maurice Hauriou et la science politique*, en la obra *Pages de Doctrine*, Tº 1, L.G.D.J., París, 1980, p. 51, reproduce la opinión de HAURIOU en el sentido de que si bien ninguna teoría puede prevalecer sobre los hechos (ej. la tesis de ROUSSEAU sobre la no representación de la soberanía no pudo prevalecer ante el hecho del gobierno representativo) cuando las teorías jurídicas se incorporan a los hechos acontece lo contrario. Al respecto, agrega que tal es el caso "...de la doctrina de la personalidad jurídica del Estado..." que se encuentra tan unida a los hechos

Constitución francesa de 1791²³ como la de Cádiz²⁴, lo que no implica caer necesariamente en las deformaciones posteriores introducidas a la teoría del Estado por el idealismo alemán²⁵.

Pero siendo un poder de supremacía, limitado y controlado en su ejercicio, la soberanía nacional no tiene un alcance puramente negativo sino también positivo, en cuanto habilita al legislador y al ejecutivo a dictar medidas propias de las relaciones de sujeción o limitación de los derechos de los ciudadanos²⁶.

Así, puede afirmarse que el sistema representativo pasa a ser la médula de la concepción de la soberanía nacional en el constitucionalismo francés²⁷ y, con menor extensión, en el sistema de Cádiz²⁸, en el que las representaciones provinciales y municipales se hallan subordinadas a un Jefe político designado por el Rey²⁹. En ese sentido, en la Constitución de Cádiz, la soberanía se ejerce en las Cortes a través de representantes elegidos por el pueblo que encarnan la representación del Estado Nación³⁰.

2. La adopción de la doctrina de la separación de poderes

La segunda parte de la operación tendiente a socavar las bases en que se apoyaba del absolutismo monárquico radicó en la consagración, a nivel constitucional, de la doctrina de la separación de los poderes de Montesquieu. La obra de Cádiz en vez de operar la unificación del poder lo desmembró, separando las funciones estatales entre los tres clásicos órganos que lo ejercen: (parlamento, monarca y tribunales)³¹, llamados

cotidianos de la administración del gobierno y de las relaciones internacionales que no se la puede dejar de tener en cuenta pues "...ella misma se convirtió en un hecho que reclama un lugar adecuado"; y BRAIBANT, Guy, *Le droit administratif français*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Dalloz, París, 1984, p. 57.

23 CARRÉ de MALBERG, Raymond, op. cit., p. 890, nota 3.

24 Constitución Política..., cit., arts. 8, 171, cláusula décimo sexta, art. 172, cláusula undécima, art. 222, el capítulo VII relativo al Consejo de Estado y el art. 356, entre otros. Como las referencias al Estado son comparables a las concernientes a la Nación ambos conceptos de la Constitución de Cádiz y otros empleados en las constituciones de Hispanoamérica –como la argentina– guardan identidad.

25 GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, Décimo Tercera edición, Thomson, Civitas, Madrid, 2006, p. 34.

26 Va de suyo, que la concepción de la soberanía nacional corresponde, en el derecho europeo, a una época constitucional pretérita pues, en la actualidad, las modernas concepciones del derecho comunitario europeo, han superado la concepción clásica de la soberanía nacional, al admitir su cesión y limitación así como el principio de prevalencia de la norma comunitaria sobre los ordenamientos nacionales.

27 Así lo declara enfáticamente el art. 2º, párrafo segundo de la Constitución de 1791 al prescribir que: "*La Constitución francesa es representativa: los representantes son el Cuerpo Legislativo y el Rey*".

28 Arts. 15, 27 y 28 y concordantes de la Constitución Política..., cit.

29 Como consecuencia de las ideas centralizadoras que formaban parte de la modernidad de la época, véase: FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El gobierno interno de las Provincias y de los Pueblos en la Constitución 1812, en El Gobierno Local*, Estudios en homenaje al Profesor Luis Morel Ocaña, Iustel, Madrid, 2010, p. 115 y ss., especialmente p. 126.

30 En el caso de los Estados organizados bajo la forma federal y representativa de gobierno (como el norteamericano y el argentino), la representación de las Provincias o Estados locales se lleva a cabo en una de las Cámaras del Parlamento (el Senado) en la que se concentra la representación legislativa de las Provincias en el gobierno nacional o federal.

31 Arts. 15, 27 y 28 y concordantes de la Constitución Política..., cit.

indistintamente (por la confusión reinante en esa época) poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial.

La idea principal, partía de la observación real de los hechos que Montesquieu captó con su aguda visión sobre las vicisitudes y ventajas del sistema inglés. Su doctrina, que configuró un esquema universal aplicable a cualquier país y forma de gobierno (monárquica o republicana), propiciaba la separación de los poderes entre distintos órganos de manera que el equilibrio resultante de los frenos y contrapesos de la división de las funciones estatales resultara beneficioso para la libertad³². En tal sentido, puede afirmarse que, si bien no fue totalmente original, el "*Esprit de les lois*" perfeccionó el modelo que Locke bosquejó en su obra capital: "*Ensayo sobre el gobierno civil*"³³.

Carece de sentido traer al debate en la actual circunstancia histórica, las diversas cuestiones que plantea, para la hermenéutica constitucional, la doctrina de la separación de poderes, entre las que cabe mencionar la confusión terminológica entre órgano, función y poder (tanto en el plano orgánico y material) así como la relativa a su unidad y, consecuentemente, si el poder resulta o no susceptible de ser dividido.

Pese que la interpretación doctrinaria, en los distintos sistemas comparados, exhibe una gran diversidad, aún dentro de cada país, la arquitectura adoptada por la Constitución de Cádiz supera, en su estructura dogmática, a las constituciones francesas que la precedieron, con las que exhibe importantes diferencias.

Por de pronto, el Discurso Preliminar, expresa la necesidad de dividir el ejercicio de las potestades legislativas, ejecutiva y judicial en los siguientes términos: *La experiencia de todos los siglos ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad, y por lo mismo justicia ni prosperidad en un estado en donde el ejercicio de toda la autoridad esté reunido en una sola mano. Su separación es indispensable; más los límites que se deben señalar particularmente entre la autoridad legislativa y ejecutiva para que formen un justo y estable equilibrio, son tan inciertos, que su establecimiento ha sido en todos tiempos la manzana de la discordia entre los autores más graves de la ciencia del Gobierno, y sobre cuyo importante punto se ha multiplicado al infinito los tratados y los sistemas*³⁴.

En resumidas cuentas, el sistema seguido por la Constitución de Cádiz vino a traducir una interpretación flexible de la doctrina de Montesquieu, separando las respectivas funciones sobre la base de un criterio material de las respectivas potestades legislativa, ejecutiva y judicial, sin atribuir hegemonía alguna a un órgano sobre otro (como si hubiera previsto el moderno criterio de la colaboración funcional entre los órganos fundamentales del Estado) permitiendo al propio tiempo que, al lado de la función principal, pudieran las Cortes y el Rey, ejercer determinadas actividades que, por su naturaleza o contenido material, fueran propias de la potestad principal atribuida a otro órgano. La excepción

32 CARRÉ de MALBERG, Raymond, *Teoría General...* cit., p. 346, nota 14.

33 BOSCH, Jorge Tristán, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, con prólogo de Rafael BIELSA, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1944, p. 62, texto y nota 39 y ps. 113 – 119.

34 Constitución Política..., cit. p. 22.

a este esquema divisorio flexible de las potestades se halla representada por la función judicial, cuyo ejercicio se prohíbe, en forma expresa y terminante, a las Cortes y al Rey³⁵.

La peculiar concepción que adopta la Constitución de Cádiz en punto a la separación de los poderes, se vuelca en aquellas normas básicas de su articulado que sustentan las ideas que venían impulsando las corrientes liberales sobre el principio de legalidad.

En efecto, si por una parte la dogmática constitucional es clara y acotada, en el sentido de que la potestad judicial se limita a la aplicación de las leyes³⁶ y si, a su vez, la potestad reglamentaria sólo puede ser ejercida por el Rey si es conforme a la Constitución y a las leyes³⁷ resulta evidente que en Cádiz se consagró un Estado de Derecho montado en la subordinación de los jueces y del Rey al principio de legalidad³⁸.

Con todo ello, logra instaurar un perfecto equilibrio y armonía entre las Cortes, el Rey y los tribunales, ya que ninguno de ellos ejerce hegemonía sobre otro y en esto radica la esencial diferencia con el constitucionalismo francés que le precedió que, al inclinar la balanza del poder hacia la Asamblea, alteró el equilibrio del ordenamiento constitucional con consecuencias nefastas para el sistema, el cual desembocó, finalmente, en el cesarismo napoleónico.

Cierto es que la Constitución de Cádiz en España tuvo una vigencia efímera, pues no obstante su resurgimiento en 1820, cayó ante los embates del absolutismo que continuaba fuertemente arraigado en la península. En cambio, las constituciones francesas cayeron por el absolutismo de la Asamblea sobre los demás órganos del Estado. Se pasó así –en Francia– del absolutismo de la Asamblea a un absolutismo plebiscitario encarnado en la persona del Emperador Napoleón I, por lo que no puede afirmarse que el proceso francés haya sido semejante al de Cádiz.

Ahora bien, en lo que concierne a la dogmática constitucional interesa destacar aquellas prescripciones de la Constitución de Cádiz que implicaron la adopción del principio de separación de los poderes, como aplicación realista de la doctrina de Montesquieu y, en menor medida, de las ideas de Locke. Entre ellas pueden señalarse las siguientes:

la que establece "*la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey*"³⁹;

la que dispone que "*la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley*"⁴⁰;

la que estatuye que "*ningún empleado próximo nombrado por el Gobierno, podrá ser elegido diputado de Cortes por la provincia en que ejerce su cargo*"⁴¹;

35 Art. 243 Constitución Política..., cit.

36 Arts. 7º y 242 Constitución Política..., cit.

37 Art. 170 Constitución Política..., cit.

38 Vid, GONZÁLEZ SALINAS, Jesús, *La Constitución de Cádiz: su modelo económico-administrativo*, Universidad de Cádiz, Lección Magistral del Curso Académico, 1993-1994, Cádiz 1994, p. 8 y ss.

39 Art. 15, Constitución Política..., cit.

40 Art. 16, Constitución Política..., cit.

41 Art. 97, Constitución Política..., cit.

la interdicción según la cual las Cortes no pueden *"deliberar en la presencia del Rey"*⁴²;

las relativas a las inmunidades de los diputados⁴³;

las concernientes a la determinación constitucional de las facultades de las Cortes⁴⁴ y del Rey⁴⁵;

la que prohíbe al Rey *"imponer por sí directa ni indirectamente contribuciones ...la que sólo pueden decretar las Cortes y las demás interdicciones establecidas en dicho precepto constitucional"*⁴⁶;

las dos garantías que hacen a la independencia del Poder Judicial: i) la interdicción de ejercer funciones judiciales por parte del Rey y de las Cortes⁴⁷, cuya trascendencia en Hispanoamérica, particularmente en Argentina⁴⁸ ha constituido el basamento esencial del sistema judicialista puro y; ii) la inamovilidad de los jueces⁴⁹.

la que determina que el nombramiento de los alcaldes, regidores y procuradores síndicos de los ayuntamientos se realice por elección en los respectivos pueblos⁵⁰, así como la que estatuye las incompatibilidades de los empleados del Rey para ejercer dichos cargos⁵¹.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PODER REGLAMENTARIO EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

La Constitución de Cádiz, tributaria, del constitucionalismo liberal, además de las otras fuentes antes indicadas, influyó como era lógico, de modo directo o mediato (a través de otros reglamentos preconstitucionales, decretos o estatutos provisorios de las Cortes) en el derecho constitucional positivo de las nacientes repúblicas hispano-americanas.

No vamos a precisar aquí ese enlace que se advierte entre la Constitución argentina y numerosas prescripciones de la Constitución gaditana, señaladas por la doctrina nacional⁵², que se combinan y armonizan con otras fuentes que provinieron del derecho

42 Art. 124, Constitución Política..., cit.

43 Art. 128, Constitución Política..., cit.

44 Art. 131, Constitución Política..., cit., algunas de estas facultades son de naturaleza administrativa como la de *"disponer lo conveniente para la administración, conservación y enajenación de los bienes nacionales"* (cláusula décima octava).

45 Art. 171, Constitución Política..., cit.

46 Art. 172, Cláusula Octava, Constitución Política, cit.

47 Art. 243, Constitución Política..., cit.

48 Ver: ABERASTURY, Pedro, *La Justicia Administrativa*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, ps. 11-13 y 129. Con anterioridad GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y CASSAGNE, Juan Carlos, *La justicia administrativa*, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 17 y ss.

49 Art. 252, Constitución Política..., cit.

50 Art. 312, Constitución Política..., cit.

51 Art. 318, Constitución Política..., cit.

52 DALLA VIA, Alberto Ricardo, *La Constitución de Cádiz y los antecedentes de la Constitución Argentina* en la obra colectiva *La Constitución de Cádiz de 1812*, Actas del IV Simposio Internacional Unión Latina, Cádiz 1812, p. 271 y ss.

norteamericano⁵³. Esa conjunción, unida a las raíces vernáculas, son las que le dan a nuestra Constitución su peculiar fisonomía y originalidad⁵⁴.

A su vez, no están ausentes de la Constitución de Cádiz los principios de supremacía constitucional y de legalidad, si bien a través de formulaciones no tan precisas como nuestros artículos 31 y 19⁵⁵ de la Constitución nacional. Y mientras el art. 4 nos habla de la obligación de la Nación de proteger “*por leyes sabias y justas*” la libertad civil, la propiedad y demás derechos legítimos de los individuos que la componen y el art. 7 estatuye el deber de ser fiel a la Constitución y las leyes, el art. 170 prescribe que la potestad de ejecutar las leyes debe ejercerse “*conforme a la Constitución y las leyes*”.

Sin adoptar la regla rouseauiana de la soberanía de la ley, como producto de una voluntad general infalible, la concepción constitucional que plasmó en Cádiz, consagró el principio de legalidad en función del dogma de la separación de poderes⁵⁶.

En efecto, al establecerse en los preceptos contenidos en los arts. 15, 16 y 17 que “*la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey, la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey y la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley*”, la Constitución de Cádiz sustituye el principio autocrático de la soberanía del monarca, regla básica del absolutismo, por el principio de legalidad de la Administración.

Es verdad que, en la Constitución de Cádiz, cuando el Rey participa en el proceso de creación legislativa su función se limita a dar o negar la sanción de las leyes, prevaleciendo finalmente la autoridad de las Cortes⁵⁷.

Pero, en rigor, el principio de legalidad afirma la preeminencia de la ley, pues el Ejecutivo debe actuar en el marco que ella le fija⁵⁸, cuya ejecución es una potestad del Rey vinculada positivamente a la ley.

En suma, como puede advertirse, la Constitución gaditana al consagrar el poder reglamentario de ejecución de las leyes⁵⁹, separando esta potestad (que debe ejercerse dentro de los límites constitucionales y legales) de la potestad puramente legislativa que reside en las Cortes, instituye en poder reglamentario subordinado al principio de legalidad (Constitución y leyes). Esta prescripción constituye una fuente importantísima de nuestro derecho constitucional que también la consagra (actualmente en el art. 99 inc. 2, de la

53 VANOSI, Jorge Reinaldo, *La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina*, en Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, N° 10/11, San Isidro, 1976, p. 109, cabe apuntar que el citado trabajo de VANOSI se encuentra reproducido en el libro *Visiones de una Constitución*, ed. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, 2004, p. 27 y ss.

54 Como lo señalamos en: *Las fuentes de la Constitución Nacional y el Derecho Administrativo*, La Ley, 2007-E.993.

55 CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la actividad administrativa*, Marcial Pons, Madrid-Buenos Aires, 2009, p. 197 y ss.

56 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, Thomson-Civitas, 13ª ed., Madrid, 2006, p. 439.

57 Arts. 149 y 150 de la Constitución Política.

58 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Adm.*, cit., Tº I, p. 440.

59 Art. 171, cláusula primera de la Constitución Política..., cit.

C.N.), a diferencia de la Constitución norteamericana que no establece esta categoría normativa, lo cual ha originado unos pocos problemas interpretativos al no distinguir los poderes propios del Ejecutivo para reglamentar las leyes de los poderes delegados por el Congreso⁶⁰.

La independencia del Poder Judicial y las prescripciones constitucionales que la garantizan. Su proyección en Hispanoamérica

El modelo constitucional de Cádiz creó un Tribunal Supremo de Justicia, como verdadero poder de la Nación o Estado⁶¹, afirmando así la más absoluta independencia de los jueces.

Las raíces de este principio se encuentran en el antiguo derecho español, al que se remite el Discurso Preliminar cuando funda las respectivas prescripciones constitucionales en los principios de la llamada Constitución histórica de España⁶².

En tal sentido, la necesidad de tener en cuenta los elementos reales de las instituciones del derecho público exige el auxilio de la historia y de las concepciones filosóficas y políticas prevaletentes en los diferentes momentos históricos porque, si bien *"el futuro no puede ser definido por el pasado"*⁶³, lo cierto es que el estudio de las fuentes no sólo arroja luz sobre el sentido y el comportamiento de los sistemas sino que revela las contradicciones interpretativas, que son, muchas veces, causa del derrumbe o de la mutación de los modelos que oscilan al compás de la realidad sobre la que operan. Es un hecho comprobado que, salvando las distancias y con las adaptaciones que impone la evolución política, social y económica, la historia casi siempre vuelve a repetirse.

Lo que falta, entonces, es una conexión más acotada entre los estudios históricos y la dogmática del derecho público (constitucional y administrativo) que supere el actual divorcio y las fallas que exhiben aquellos estudios jurídicos que no tienen en cuenta las fuentes de los principios y de las normas que nutren los ordenamientos constitucionales.

Como se ha dicho, *"la historia, no obstante, puede ser cruel y llegar a destruir toda clase de modelos preconcebidos. Cuando los historiadores ponen los pies en la tierra (e incluso descienden a las alcantarillas) constatan fenómenos incompatibles con el axioma"*⁶⁴.

Pero lo que realmente llama la atención a cualquier jurista que profundice el estudio de las instituciones del derecho hispanoamericano (también debería asombrar a quienes consideran que, en general, éste es un producto derivado de las concepciones de la Revolución Francesa) lo configura el hecho de que trascendentes conquistas del derecho público occidental moderno encuentran su origen, más que en las ideas de los revolucionarios

60 Vid nuestro trabajo: *El nuevo criterio sobre la delegación legislativa y la caducidad de la legislación delegada pre-existente a la reforma constitucional*, en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 4/11/2010, p. 10 y ss.

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

62 Vid: MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado...*, cit., Tº I, p. 186 y ss.

63 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Constitución: escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 69, con referencia al pensamiento del Arzobispo de Santiago en las Cortes de Cádiz.

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

franceses en el antiguo derecho español (anterior al absolutismo) y, en menor medida, en las concepciones del liberalismo ilustrado.

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

Porque en el derecho español previo al proceso constitucionalista, con las consabidas limitaciones de las diferentes épocas históricas, hay que trazar una raya bastante ancha entre el sistema del absolutismo (a partir de la dinastía borbónica) y el antiguo derecho español (de Aragón, Castilla y Navarra) que, siendo favorable a las libertades y estando más próximo a la división de poderes, fue configurando su verdadera ley fundamental (que recoge el Discurso Preliminar).

En efecto, entre las instituciones más arraigadas en ese antiguo derecho español, aparte de una concepción embrionaria de la división de poderes⁶⁵, se encuentran, desde las variadas hipótesis, el derecho de resistencia a la opresión (Victoria)⁶⁶, la declaración de nulidad *ipso foro*⁶⁷, el principio de legalidad e igualdad en materia tributaria⁶⁸, hasta nada menos que el juicio o recurso de manifestación que, según los antecedentes y estudios realizados⁶⁹, equivale al *habeas corpus* del derecho anglosajón⁷⁰, habiéndose instituido con anterioridad al nacimiento en Inglaterra de dicha institución similar. Otro antecedente está representado por el concepto mismo de "*ciudadano*", que aparece en los derechos de Aragón, Castilla y Navarra, todo lo cual demuestra que siglos de absolutismo no pueden borrar la historia ni el hecho de que la cultura jurídica de los pueblos españoles (en general toda su cultura), durante la Edad Media, haya sido superior a la existente en Inglaterra.

Por último, si se mira al futuro, no se puede desconocer que el Discurso Preliminar hace referencia al paradigma moderno de la tutela judicial efectiva, el cual, aunque sin las actuales proyecciones, fue enunciado por Argüelles en los siguientes términos: "*La justicia,*

65 Sobre la influencia de la neoescolásticas en LOCKE y en la división de poderes, RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, *La neoescolástica...*, cit., ps. 30 y ss. Con respecto a la gravitación en los fueros de ARAGÓN, véase: LINARES QUINTANA, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2007, p. 17.

66 RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, *La neoescolástica...*, cit., p. 12.

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

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

69 LINARES QUINTANA, Segundo V., *Raíces...*, cit., ps. 23 y ss.

70 Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tº II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1999, ps. 66-67.

*Señor, ha de ser efectiva y para ello su curso ha de estar expedito*⁷¹, habiendo dicho antes que *“uno de los principales objetos de la constitución es fijar las bases de la potestad judicial, para que la administración de justicia sea en todos los casos efectiva, pronta e imparcial”*⁷². Y, por si fuera poco, el principio de la imparcialidad se recoge en la fórmula del juramento de los jueces⁷³.

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

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

Al consagrar la Constitución de Cádiz la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Rey y de las Cortes sentó un principio capital que trasunta la aplicación de la separación de los poderes mediante una versión original, que continúa y perfecciona la tendencia reflejada en las instituciones del antiguo derecho español, que se singulariza en la figura de la Justicia de Aragón⁷⁴.

En efecto, no puede argumentarse que el citado principio se hallaba contemplado en la Constitución francesa de 1791, en cuanto prohíbe al Rey y al Cuerpo Legislativo, el ejercicio del Poder Judicial⁷⁵, ya que su contenido trasunta una interdicción orgánica y no material, como consecuencia del principio de la soberanía de la ley, cuya determinación competía a la Asamblea Legislativa. Así se desprende, además, del propio texto del articulado constitucional francés en cuanto prescribe, entre las facultades del Cuerpo Legislativo, la de *“décréter la création ou la suppression des offices publics”*⁷⁶.

En cambio, la *interdicción* de Cádiz se refiere a las funciones judiciales y es propio de su naturaleza concebirlas en sentido material⁷⁷, representando uno de los pocos principios rígidos, en el marco de la separación de poderes que admite –en la interpretación más flexible– la colaboración recíproca entre el Legislativo y el Ejecutivo en funciones que, desde el punto de vista material, son las preponderantes en cada órgano.

La originalidad del principio establecido por la Constitución de Cádiz, proyectado a las Constituciones iberoamericanas⁷⁸, implica instaurar el sistema judicialista puro. Por esa razón, resultan incompatibles las concepciones elaboradas por el derecho norteamericano

71 Constitución Política..., cit., p. 65.

72 Constitución Política..., p. 57.

73 Constitución Política, Art. 279.

74 Constitución Política..., cit., Discurso Preliminar, ps. 12-13.

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

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

77 Bosch, Jorge Tristán, *Ensayo...*, cit., p. 50.

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

en materia de jurisdicción administrativa primaria⁷⁹, algo que no resulta concebible en Latinoamérica en cuanto afectaría el diseño, estructura y competencia de los sistemas judicialistas, sin olvidar los peligros que encierra el hecho de adoptar instituciones contrarias a nuestra idiosincrasia⁸⁰. Si aún con la recepción del principio que tomamos de la Constitución de Cádiz resulta muchas veces conculcada la independencia del Poder Judicial, cabe suponer la situación de avasallamiento que podría llegar a producirse si los jueces de primera instancia (no otra cosa es la jurisdicción administrativa primaria) dependieran de la Administración.

2. La inamovilidad de los jueces

Suele creerse que la inamovilidad de los jueces proviene del derecho anglosajón de donde la habría tomado la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que, a su vez, ha sido la fuente directa de un precepto similar existente en la Constitución Argentina⁸¹. Tal creencia es errónea, como lo han demostrado los propios autores norteamericanos desde el historiador William Prescott hasta el constitucionalista estadounidense James Kent.

El antecedente del principio de inamovilidad de los jueces radica en un fuero de Alfonso V de Aragón de 1442 que dispuso que la Justicia *"obtuviese su oficio por vida y que sólo se lo pudiera remover con causa bastante por el Rey y las Cortes reunidos"*⁸². Al respecto, anota Kent que se trata de *"... el más antiguo precedente a favor del establecimiento judicial independiente..."* y que en Inglaterra recién se acogió un precepto semejante hacia 1641, bajo el reinado de Carlos I, consolidándose el principio tras la restauración de la dinastía real gobernante con Carlos II, pasando de allí a varias constituciones europeas⁸³.

En consecuencia, la Constitución de Cádiz⁸⁴ en este punto, al igual que las norteamericana y francesa⁸⁵, abreva en definitiva, en el antiguo derecho aragonés. El desconocimiento del citado antecedente por parte de la historiografía ha sido bastante grande en el mundo hispánico pese a que la primera traducción al castellano que se publicó

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

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

81 Art. 110 C.N., sobre el principio en el derecho argentino, véase: BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tº III, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 796.

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

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

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

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

en España de la obra de Prescott se efectuó en Madrid en 1845 y que, la de Kent, publicada en Buenos Aires, data del año 1865.

3. La creación del Tribunal Supremo

Uno de los cambios más profundos que introdujo la Constitución de Cádiz, con el objetivo de asegurar la separación de poderes y la independencia de los jueces, consistió en la creación de un Tribunal Supremo como cabeza, imparcial e independiente del Poder Judicial⁸⁶.

De ese modo, la reforma realizó la unificación del poder judicial en un órgano superior al que se le atribuyó una amplia competencia originaria para entender en materias administrativas (o gubernativas) y una competencia por apelación en los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dictadas en última instancia "... *para el preciso efecto de reponer el proceso...*"⁸⁷. La sola lectura de la jurisdicción que se atribuyó al Tribunal Supremo indica a las claras que se trata de un sistema visceralmente opuesto al que se instauró en Francia a partir del proceso revolucionario, donde la función de juzgar a la Administración se consideró fueron administrativa, exenta del juzgamiento por el poder judicial.

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

juzgar a los secretarios de Estado y del Despacho cuando las Cortes den lugar a la formación de causa (art. 261, inc. 2º);

conocer en las causas de separación y suspensión de los Consejeros de Estado (art. 261, inc. 3º);

conocer en los juicios de residencia de todo empleado público (art. 261, inc. 6º);

conocer en todos los asuntos contenciosos del real patronato (art. 261, inc. 7º), y;

entender en los recursos de nulidad antes señalados (art. 261, inc. 9º).

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

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

En dicha causa, al reclamar los antecedentes, el Tribunal no sólo marcó el límite de la separación de poderes a tenor del art. 17 de la Constitución de Cádiz sino que también consideró que la decisión de juzgar era exclusiva de los tribunales conforme al precepto contenido en el art. 243 de dicha Constitución⁸⁸.

86 Arts. 259, 260 y 261 de la Constitución Política.

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

88 Véase: CASTRO, Adolfo, *Cortes de Cádiz. Complementos de las sesiones verificadas en la Isla de León y en Cádiz*, Tº II, ed.

V. OTRAS REFORMAS INNOVADORAS

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

No vamos a ocuparnos aquí de explicar el contenido ni el alcance que cabe asignar a los respectivos preceptos no sólo por ser una tarea ya efectuada por la doctrina de manera impecable⁸⁹ aparte que ello excedería el propósito perseguido que, en definitiva, no es otro que demostrar que las reformas se inscriben en el llamado liberalismo político continuador de la tradición española. No dejamos de advertir, empero, que la concepción liberal se nutre también de los enfoques del racionalismo ius naturalista de la ilustración en ciertos aspectos (aunque no en su vertiente antropomórfica) que también influyeron en la Constitución de Cádiz.

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

- a. el principio del juez natural (art. 272 de la Constitución);
- b. la libertad de prensa y la supresión de la censura previa (art. 371 de la Constitución)⁹⁰;
- c. la supresión de los señoríos, particularmente de los señoríos jurisdiccionales (Decreto de las Cortes del 6 de Agosto de 1811 y art. 172, Cláusula Novena de la Constitución)⁹¹;
- d. abolición de la tortura y los apremios (art. 303 de la Constitución)⁹²;
- e. prohibición de expropiar sin indemnización (art. 172, Cláusula Décima de la Constitución);
- f. acción popular pena perseguir los delitos de cohecho, soborno y prevaricato cometidos por los jueces (art. 255 de la Constitución)⁹³; y;
- g. abolición de la Inquisición (Decreto de las Cortes del 22 de Febrero de 1813)⁹⁴.

Analecta, reimpresión de la obra original de 1913, Pamplona, 2004, p. 188 y ss; interesa apuntar que las Cortes, en la sesión del 12 de Julio de 1812 mandaron al Ejecutivo (entonces la Regencia) que entregara al Tribunal Supremo la documentación aludida para seguir entendiendo en el proceso y dictar sentencia.

89 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Los derechos humanos en la Constitución de Cádiz*, en la obra *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, cit., p. 405 y ss.

90 SÁENZ BERCEO, María del Carmen, *La libertad de imprenta*, en *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años...*, cit., p. 220 y ss.

91 ESCUDERO, José Antonio, *Las Cortes de Cádiz: Génesis, Constitución y Reformas*, en *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años...*, cit., p. XLIV y ss.; GALVÁN RODRÍGUEZ, Eduardo, *La disolución del régimen señorial*, en *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años...*, cit., p. 204 y ss.

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

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

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

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El crecimiento producido en el nivel de las investigaciones históricas y dogmáticas sobre la Constitución de Cádiz así como acerca de la influencia que proyectó en el derecho hispano americano ha sido notable. No obstante, dichas investigaciones se encuentran, nos parece, en una etapa todavía embrionaria, aunque alentadora, por la calidad científica de los estudios que han venido realizándose, tanto en España como en los distintos países de Iberoamérica.

Pero, pese a ese estado embrionario en que se halla la investigación histórica sobre el fenómeno constitucional de Cádiz, en principio, puede afirmarse que su proyección en Latinoamérica ha sido trascendente⁹⁵ ya que, a través de las constituciones hispanoamericanas, los preceptos gaditanos cobraron vida y vigencia para el derecho comparado.

En la carta constitucional gaditana se operó una doble conciliación entre la política y las ideas institucionales que presidieron la filosofía adoptada. Mientras en el campo de la política con Iberoamérica se impuso –a instancia de los diputados americanos⁹⁶– el reconocimiento del “*status*” de ciudadano para todos los nacidos en tierras americanas, en el plano de las instituciones se operó una acertada conjunción entre las corrientes liberales y los principios del antiguo derecho español que, por distintos senderos, sobre todo por el trazado por la escuela de Salamanca, fueron la base de muchas ideas sustentadas por el liberalismo de Locke y las concepciones de Montesquieu que terminaron finalmente anclándose en Cádiz. El resultado de ese proceso consistió en lograr una síntesis histórica original que marcó un hito en el constitucionalismo moderno⁹⁷ que, como dijo Francisco de Miranda, verdadero precursor de la independencia de nuestros países, “*iba a ser el iris de la paz, el áncora de la libertad y el primero pero el más importante paso que jamás había dado la metrópoli en beneficio del continente americano*”⁹⁸.

De haberse anticipado en el tiempo y sin enfrentar, por tanto, el proceso independentista, el fenómeno de Cádiz hubiera dejado de ser una idea utópica para convertirse en un buen

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

96 FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El gobierno interior de las Provincias y de los pueblos*, publicado en la obra *Cortes y Constitución de Cádiz...*, cit., ps. 232-233.

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

98 Memorial dirigido por Francisco de Miranda a la Audiencia de Caracas en marzo de 1813, publicada en Francisco de Miranda y la modernidad de América, ed. Fundación Mapfre Tavera y Ediciones Doce Calles, Madrid, 2004, p. 207; a su vez, San Martín, no obstante no considerar oportuna la vigencia en el Perú de la Constitución de Cádiz, se refirió a ella en términos elogiosos en una proclama dirigida a los peruanos, en 1820, en la que dijo que: “*La nación española ha recibido al fin el impulso irresistible de las luces del siglo... y que... la revolución de España es de la misma naturaleza que la nuestra: ambas tienen la libertad por objeto y la opresión por causa*” (cit. por OTERO, José Pacífico, *Historia del Libertador Don José de San Martín*, Tº IV, Círculo Militar, Buenos Aires, 1944, ps. 317-318). Esta opinión aparece confirmada en la carta dirigida al Virrey de la SERNA con motivo de la conferencia de Punchauca (1821) en la que expresó: “... *He venido al Perú desde las márgenes del Plata no a derramar sangre sino a fundar la libertad y los derechos de que la misma metrópoli ha hecho alarde al proclamar la Constitución del año doce... Los liberales del mundo son hermanos en todas partes*” (cit. por OTERO, José Pacífico, loc. cit., Tº V, p. 182).

ejemplo que muestra la integración de diferentes tendencias en un mismo cauce. Porque el proceso constitucional significaba, al fin y al cabo, el retorno a la primacía de las libertades garantizado por una justicia imparcial e independiente. Se diseñó en Cádiz un camino que jamás España debió abandonar ni tampoco debieron desandar las repúblicas iberoamericanas, que recibieron el influjo de la Constitución gaditana, habida cuenta que la vigencia efectiva de aquellas libertades y de los demás derechos individuales y colectivos, que reconocen las actuales cartas constitucionales, constituye la piedra angular del Estado de Derecho.