

LA CONTRIBUCION DE VELEZ SARSFIELD A LAS DISCIPLINAS PUBLICISTICAS Y AL «CONSTITUCIONALISMO LATINO»

Por GIORGIO RECCHIA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: NUEVAS ORIENTACIONES METODOLÓGICAS EN LOS ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO COMPARADO SOBRE AMÉRICA LATINA.—2. LOS INTERESES PUBLICISTICOS DE VÉLEZ SÁRSFIELD: DE LAS CUESTIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO AL DEBATE SOBRE EL FEDERALISMO.—3. LOS DICTÁMENES PARA EL EJECUTIVO DEL ESTADO DE BUENOS AIRES ENTRE 1854 Y 1856.—4. EL DEBATE SOBRE EL FEDERALISMO Y SOBRE LA FORMACIÓN DEL ESTADO ARGENTINO.—5. EL «GOBIERNO DEL PUEBLO» Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES COMO PERFILES DEL CONSTITUCIONALISMO LATINO DE VÉLEZ.

1. INTRODUCCION: NUEVAS ORIENTACIONES METODOLOGICAS EN LOS ESTUDIOS DE DERECHO PUBLICO COMPARADO SOBRE AMERICA LATINA

En estos últimos años la iuspublicística italiana ha mostrado —aunque bajo perfiles metodológicos diferentes— un creciente interés por los ordenamientos de América Latina (1). Por un lado se mantiene la atención por

(1) En realidad, existe una larga tradición de estudios sobre Italia y América Latina, reforzada por ilustres estudiosos italianos que han vivido y enseñado en países de América Latina entre las dos grandes guerras. Desde hace algún tiempo, sin embargo, la Asociación de Estudios Sociales Latino-Americanos (ASSLA), a través de una pluralidad de encuentros de estudio y de publicaciones, ha logrado una reflexión conjunta sobre los ordenamientos latinoamericanos en los *Quaderni Latino americani*, iniciados

estos ordenamientos en cuanto parte de la «familia romano-germánica» de acuerdo con la conocida metodología de René David, ampliamente presente en Biscaretti di Rufia (2). En esa línea, el reciente manual de Derecho constitucional comparado de De Vergottini se detiene en los países de América Latina ofreciendo un cuadro detallado de estos sistemas constitucionales, enriquecido con referencias específicas y de cuidadas informaciones bibliográficas (3). Según un análisis diferente, sobre todo en lo que concierne a los perfiles metodológicos, se ofrecen las reflexiones de Giorgio Lombardi, centradas en la exigencia de especificar los «caracteres originarios» del sistema latinoamericano (4). Tema ya presente en los escritos de Catalano relativos a la afirmación de la unidad (y de la originalidad) del sistema jurídico latinoamericano, que tiene su base cultural en un «bloque» romano ibérico-colombiano (5). Por otra parte, las investigaciones efectuadas desde hace tiempo por los romanistas sobre la «vigencia» del Derecho romano —cual *ius romanum*— en las codificaciones estatales y nacionales de América Latina indican cuán interesante y rica en resultados es esta metodología de búsqueda centralizada en los temas de la unidad y de la originalidad del sistema latinoamericano (6).

en 1977, y publicados primeramente en la Cultura Editrice de Florencia y después en las Edizioni Scientifiche italiane de Nápoles. ASSLA, por otra parte, ha promovido estudios centrados en las Cartas constitucionales bolivarianas; entre éstos merece atención el *Léxico Constitucional Bolivariano*, en edición de A. M. Bartoletti Colombo, L. Bruzual Alfonso y L. Zelkowitz Perera, ESI, Nápoles, 1983 (vol. 3); además de los escritos publicados por la Universidad Externado de Colombia, Simposio Italo-Colombiano. Pensamiento de Bolívar, Bogotá, 1983.

(2) BISCARETTI DI RUFFIA: *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giuffrè, Milán, 1986, pág. 26.

(3) G. DE VERGOTTINI: *Diritto costituzionale comparato*, CEDAM, Padua, 1987, *passim*.

(4) G. LOMBARDI: *Premessa al corso di diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milán, 1986, pág. 54.

(5) P. CATALANO: «Sistema jurídico latinoamericano y Derecho romano», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 1982, págs. 170 y sigs.; ID.: «Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano», en *Studia in honorem V. Polay Septuagenarii (Acta Universitatis Szegediensis: Acta juridica et politica, XXVIII)*, Szeged, 1985, págs. 167-188.

(6) En esta perspectiva hay que recordar a P. CATALANO: «Il diritto romano attuale dell'America Latina», en *INDEX*, núm. 6, 1976, pág. 87, trabajo que se inserta en el fascículo de *INDEX* de título «America Latina: Anni Settanta». Es igualmente interesante recordar las contribuciones recogidas en el más reciente fascículo de la revista, de título «Diritto romano, Rivoluzioni, Codificazione», en *INDEX*, núm. 14, 1986, así como S. SCHIPANI: «A proposito di 'Diritto romano, Rivoluzioni, Codificazione», en *ibid.*, pág. 19; H. A. STEGER, «Legitimación y poder: La formación de sociedades nacionales

En el ámbito de estas investigaciones es de fundamental importancia la reconstrucción de los pasajes esenciales de la cultura jurídica latino-americana para identificar cómo se han formado las instituciones vigentes. Por otra parte, la aproximación historiográfica ofrece la ocasión para reencontrar conceptos que parecían superados o bien que han asumido —recientemente— significados diferentes de los originales (7). En definitiva, en un campo de estudios donde se mantiene —generalmente— que la imitación de los modelos extranjeros es prevalente y capaz de amortiguar todo interés científico con nuevas reflexiones, se abren horizontes cualitativamente diferentes.

Naturalmente, las indicaciones metodológicas sobre la originalidad del sistema latinoamericano deben verificarse mediante investigaciones sobre instituciones específicas, susceptibles de indicar, cuando menos, el interés por cuanto ha sucedido a dichas instituciones en América Latina (8).

En efecto, una investigación analítica sobre las características peculiares del sistema latinoamericano está presente, en la bibliografía estadounidense reciente, en la recopilación de *cases and materials* editada por J. H. Merryman y por D. S. Clark con el título *Comparative Law: Western European and Latin American Legal System* (9). En efecto, en este trabajo Merryman parte de la distinción metodológica entre estudios comparados centrados en el complejo de instituciones vigentes (*legal system*) con respecto a aquellos anclados frente a la evolución jurídica (*legal tradition*) para subrayar cómo esta última aproximación metodológica resulta preferible para especificar los caracteres comunes a los regímenes jurídicos de los sistemas de *civil law*, contrapuestos por A. a los del *common law* y a los socialistas.

De ahí la identificación de tres «sistemas» que reflejarían la realidad institucional actual, aun cuando en la evolución histórica del sistema del *civil law* hay que tener presente la contraposición entre «latinos» y «germanistas»,

en América Latina», *ibid.*, pág. 59. Por último, de acuerdo con esta metodología, se destaca en esta colección de *Studi Giuridici Latino Americano* el volumen sobre *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latino Americano*, en edición de S. Schipani, CEDAM, Padua, 1988.

(7) Así, el término *imperium*, hoy a menudo vinculado en sentido peyorativo a imperialismo, tiene un valor muy distinto en su significado originario, muy presente en la cultura europea al menos hasta la época de Carlos V. Sobre este punto, cfr. P. CATALANO: «Alcuni sviluppi del concetto giuridico di imperium populi romani», en *Studi Sassaresi*, Serie III, núm. VIII (1980-1981), *Cultura iberica e diritto romano*, en edición de S. Schipani, Milán, s. f., págs. 7-44.

(8) En lo concerniente a los estudios de Derecho público comparado, esta exigencia está muy presente en G. LOMBARDI: *Premessa*, cit., págs. 54 y sigs.

(9) J. H. MERRYMAN y D. S. CLARK: *Comparative Western European and Latin American Legal System. Cases and materials*, Nueva York, 1978.

aún hoy esencial para un análisis revelador de la realidad jurídica actual (10). Así, en el *cases and materials* aquí recordado se parte de la *civil law tradition* anterior a la revolución francesa, caracterizada por el paso del Derecho romano al *ius commune*, además de la específica evolución jurídica de América Latina, donde instituciones del Derecho español se confrontan con las tradiciones preexistentes. La atención se centra, pues, en la incidencia de la doctrina y, más en general, de la cultura jurídica, hasta llegar a temas de carácter general como la codificación y el proceso y a cuestiones específicas como la reforma agraria y las inversiones extranjeras. En definitiva, el trabajo de Merryman y Clark, ciertamente diferente de publicaciones estadounidenses análogas de estos últimos años (11), confirma la importancia de los horizontes que se perfilan en el curso de investigaciones generales, así como en los estudios más adelante especificados sobre los ordenamientos latinos.

2. LOS INTERESES PUBLICISTICOS DE VELEZ SANSFIELD: DE LAS CUESTIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO AL DEBATE SOBRE FEDERALISMO

De acuerdo con las perspectivas metodológicas aquí brevemente recordadas, que pueden oscilar entre una mera profundización de la cultura jurídica latinoamericana y la búsqueda de la unidad (y originalidad) del sistema latinoamericano, resulta ciertamente interesante reflexionar sobre las contribuciones de Dalmacio Vélez Sársfield, conocido sobre todo como autor del Código

(10) Recientemente se ha llevado a cabo una reconstrucción conjunta sobre el intenso debate que ha caracterizado la cultura jurídica hasta el inicio de este siglo sobre la relación entre «latinistas» y «germanistas», poniendo en evidencia la continua incidencia de los estudios romanistas, así como la necesidad de no infravalorar el relieve de esta dogmática en los estudios iuspublicistas actuales. Así en G. LOBRANO: *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni*, Sassari, 1990. Por otra parte, se reenvía a la amplia e interesante bibliografía presente en el trabajo de Lobrano también porque vuelve a proponer a la atención de los constitucionalistas la literatura del siglo pasado sobre los «latinistas» y los «germanistas», así como la contribución de Vittorio Emanuele Orlando sobre *scienza latina del diritto pubblico y scienza germanica del diritto pubblico*.

(11) Recuérdense, por ejemplo, el texto de W. F. MURPHY y J. TANENHAUS: *Comparative Constitutional Law*, Nueva York, 1977, centrado en Estados Unidos, República Federal Alemana, Japón, Canadá, Australia e Irlanda, y el de M. CAPPELLETTI y W. COHEN: *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Nueva York, 1979, donde se examinan sobre todo las experiencias de Estados Unidos, Francia e Italia. Por otra parte, en los dos textos aquí mencionados prevalece la atención por la justicia constitucional.

Civil argentino (12). Esta obra, que a lo largo del tiempo ha mostrado la validez de la implantación conjunta, se completa con anotaciones que permiten, entre otras cosas, apreciar la andadura cultural del autor y de su época (13).

Dalmacio Vélez Sársfield, en sus múltiples actividades como profesor, abogado y político, no ha limitado sus contribuciones al área civilística. En efecto, en sus obras se afrontan temas publicísticos que van del Derecho eclesiástico (del cual es bien conocida la publicación sobre el Derecho público eclesiástico aparecida en 1854) al Derecho administrativo y, naturalmente, al Derecho constitucional (14). Hay que precisar cómo los estudios hoy reconducibles al Derecho administrativo no son sistemáticos ni están acompañados de reflexiones teóricas, por cuanto se trata de dictámenes, resoluciones, etc., derivados de la actividad de gobierno (15) y denominados Dictámenes en la Asesoría de Gobierno del Estado de Buenos Aires.

De la misma manera, por lo que respecta al Derecho constitucional, no resultan tratados teóricos sistemáticos; sin embargo, la intensa actividad del político, parlamentario, hombre de gobierno y editorialista han hecho que las contribuciones de Vélez Sársfield no resulten despreciables. Por otra parte, esta fragmentariedad en el tratamiento de temas constitucionales permite algunas reflexiones sobre los orígenes del federalismo argentino. Tema extremadamente actual en la época en cuanto que estaba viva y no definida la alternativa entre la formación de un Estado unitario o bien de un Estado federal (16). Como puede apreciarse, prevaleció el modelo federal, pero se trató de una elección compleja y condicionada —desde el comienzo— por la expe-

(12) El Código de Vélez se redactó entre octubre de 1864 y agosto de 1869, aprobado mediante la Ley de 29 de septiembre de 1869, núm. 340, y entró en vigor el 1 de enero de 1871.

(13) En efecto, cada artículo del Código Civil se completa con notas del autor, que representan una interesantísima fuente para los estudios histórico-comparados; véase MOINET Y ALBERTO ZAGO/M. O. COBAS: *La influencia del Código Civil en la ciencia del Derecho argentino y latinoamericano*, *supra*.

(14) Para un atento estudio sobre la compleja personalidad de Vélez, cfr. A. CHÁNETON: *Historia de Vélez Sársfield*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1937.

(15) DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD: *Dictámenes en la Asesoría de Gobierno del Estado de Buenos Aires*, edición de José M. Mariluz Urquijo y Eduardo Martiré (con la colaboración de Alberto David Leiva), Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1932.

(16) La bibliografía argentina sobre federalismo es vastísima; para una reconstrucción sintética del tema en su conjunto, plenamente anotada también de otras experiencias federales, además de descentralización o de regionalismo, cfr. J. R. VANOSI: *Situación actual del federalismo. Aspectos institucionales y económicos; en particular sobre la realidad argentina*, Buenos Aires, 1964.

riencia histórica del país (17). En consecuencia, los propios orígenes del federalismo argentino no son fácilmente comunicables a los típicos del federalismo estadounidense, bien conocido también para Vélez Sársfield (18).

3. LOS DICTAMENES PARA EL EJECUTIVO DEL ESTADO DE BUENOS AIRES ENTRE 1854 Y 1856

En lo concerniente a la producción sobre temas de Derecho administrativo, la principal fuente la constituyen —según lo dicho— los Dictámenes en la Asesoría de Gobierno del Estado de Buenos Aires, que recoge los dictámenes jurídicos expresados como Asesor General del Gobierno del Estado de Buenos Aires (19).

Estos dictámenes resultan admirables por su estilo sintético, pero al mismo tiempo exhaustivo, en el que están redactados, proponiendo al ejecutivo soluciones jurídicamente indiscutibles y que en su mayoría se acogen y traducen en actos administrativos posteriores (20). En efecto, muestran un Vélez Sársfield plenamente consciente de la realidad histórica en la que vive el Estado de Buenos Aires en aquellos años difíciles para la unidad de la nueva nación, además de la capacidad del autor para permanecer —en cualquier caso— fiel a la necesidad de salvaguardar la afirmación de principios jurídicos (21).

Los temas presentes en los doscientos dictámenes recopilados en su recordada publicación afrontan cuestiones complejas, como la libertad de ini-

(17) J. LAMBERT/A. GANDOLFI: *Le système politique de l'Amérique Latine*, París, 1987, pág. 316.

(18) Sobre este aspecto recuérdese DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD: «Prólogo a la traducción de la obra de Jorge T. Curtis sobre la historia de la Constitución de Estados Unidos», en *Escritos jurídicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, págs. 357 y sigs.

(19) Cfr. *supra*, nota 15.

(20) Estos dictámenes se adoptan a continuación del nombramiento como Asesor General del Gobierno, desde primero de enero de 1855, efectuado por el Ministro del Gobierno del Estado, doctor don Ireneo Portabella. Se trata, pues, de una actividad oficial de consulta en el ámbito del ejecutivo.

(21) En el ámbito de las difíciles relaciones entre Buenos Aires y las provincias, el 11 de septiembre de 1852 la provincia de Buenos Aires se separa de la Confederación; tras una pluralidad de tentativas destinadas a resolver esta separación, el Pacto de San José de Flores sanciona la vuelta de Buenos Aires. En estos años, tumultuosos también dentro de la provincia de Buenos Aires, la actividad de Vélez Sársfield es intensa; para una reconstrucción histórica de conjunto que tiene en cuenta la actividad de Vélez, cfr. D. ABAD DE SANTILLÁN: *Historia constitucional argentina*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1966, págs. 493 y sigs.

ciativa económica, las leyes municipales o la libertad de culto. Sin embargo, hay también dictámenes sobre cuestiones específicas como el papel de los abogados o la legitimidad de un concurso universitario, y así sucesivamente (22).

En lo concerniente a los temas de carácter general sobre la libertad de iniciativa económica, Vélez recuerda que «la libertad de la industria está consignada en la Constitución del Estado, y la experiencia ha demostrado que es el medio más poderoso para el adelantamiento de los pueblos». Por tanto, un ciudadano tiene título para poder solicitar la construcción de una «plaza de toros» porque se trata de una iniciativa económica que no contradice principios morales (23).

Igualmente, Vélez, en un dictamen, brevísimo pero firme, exige que se proceda a la expropiación de un terreno necesario para la construcción de una escuela pública (24). Se afirman las libertades económicas en favor de la actividad de los vendedores ambulantes, acusados de no actuar correctamente con respecto a la población agrícola. Vélez es totalmente contrario a toda restricción, en cuanto «la libertad de trabajo, la libertad de la industria, es la facultad de ejercer la profesión que cada uno quiera, de reglar el precio de sus productos y cambiar el resultado de su trabajo en el interior y exterior como mejor le convenga: es la libertad del espíritu, la libertad del cuer-

(22) La introducción al volumen de José M. Mariluz Urquijo, tras haber recordado que esta actividad en el campo del Derecho administrativo está generalmente lastrada por la mirada al ámbito civilista, recuerda cómo estos dictámenes se redactaron entre 1854 y 1856.

Con respecto al estilo, A. recuerda cómo «los dictámenes evitan las palabras superfluas y en su mayoría son muy breves». En relación con el método, A. muestra cómo «sobre la interpretación de la ley, Vélez transita por el camino tradicional que, partiendo del Derecho romano, pasaba por las Partidas, según las cuales para entender las leyes no bastaba con aprender [...] las letras de ella». Por otra parte, es el propio Vélez quien recuerda cómo la buena «inteligencia de una ley no consiste en tomar el significado preciso de su letra, sino el espíritu de ella sin contradicción del texto».

En esta actividad interpretativa Vélez utiliza también una perspectiva comparada con referencia a Francia, Inglaterra y los Estados Unidos, a menudo identificados como el «Derecho administrativo de las potencias más ilustradas». En cualquier caso, una visión preeminente es fiel al derecho español, dado que «cuando Vélez habla del Derecho español, lo hace más como ordenamiento que ayuda a comprender nuestro propio sistema que como inspirador de posibles medidas».

En definitiva, la aproximación de Vélez no es la «de crear un Derecho puramente ideal, sino el que fuese conforme al estado actual de la sociedad», y no que atienda a la «experiencia y a la ciencia»; así en JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO: «Prólogo» a los *Dictámenes en la Asesoría de Gobierno del Estado de Buenos Aires*, cit., págs. 19-25.

(23) D. VÉLEZ SÁRSFIELDS, en *Dictámenes*, cit., pág. 58, nota 15.

(24) *Ibidem*, pág. 166, nota 97.

po, la libertad del hombre en su acción respecto al mundo físico» (25). La competencia se admite, pues, plenamente, también por favorecer una mejor distribución de los productos en los vastos y poco habitados territorios argentinos. Otro tema importante es el de la utilización del terreno para obras públicas. Así, se autorizó al ferrocarril a utilizar una determinada área a condición de que se indemnizara. En efecto, «los arrendatarios existentes no tienen otro derecho que ser pagados de las mejoras que hubieren hecho en el terreno, las cuales deben abonarse por la Sociedad de Ferrocarril» (26).

La exigencia de tutelar las libertades económicas está presente en las relaciones con la Municipalidad. En efecto, Vélez sostiene que no se debe atender a la solicitud de un municipio de imponer un impuesto de tránsito para una vía determinada, en cuanto «puede ser de funesto ejemplo y reproducirse en tantos caminos como es preciso componer para salir de Buenos Aires» (27).

En otro dictamen concerniente al contraste entre dos municipios por los derechos de paso no niega la legitimidad, pero auspicia que una reunión entre diversas administraciones favorece la formulación de derechos que no obstaculicen el tránsito (28).

Resulta posible, pues, delinear una tutela de las autonomías municipales, que —en todo caso— no puede incidir negativamente sobre el desarrollo socioeconómico del país entero.

En otros dictámenes sobre temas más específicos expresa un juicio negativo con respecto a las solicitudes de pensiones de guerra por parte de un militar que no ha probado que la enfermedad dependa de un suceso acaecido durante el servicio (29). Por tanto, la difícil situación de guerra que atraviesa el país no prevalece sobre la afirmación de un típico principio de Derecho.

Otro dictamen afecta a un agrónomo proveniente de la Universidad de Turín al que no se admitió al Departamento Topográfico para defender el examen para el ejercicio de la profesión de agrimensor porque no había conseguido la ciudadanía del Estado. Sobre este punto, Vélez reconstruye la normativa vigente para demostrar que la ciudadanía no se requiere ni para ser agrimensor ni para ser parte del mismo Departamento Topográfico. Por tanto, concluye que «las únicas condiciones de saber e inteligencia que los decretos vigentes exigen para que puedan ejercer en el país su profesión» (30).

Finalmente, merecen recordarse algunos dictámenes sobre el ordenamien-

(25) *Ibidem*, págs. 76-77, nota 30.

(26) *Ibidem*, pág. 32, nota 2.

(27) *Ibidem*, pág. 80, nota 35.

(28) *Ibidem*, pág. 192, nota 120.

(29) *Ibidem*, pág. 55, nota 12.

(30) *Ibidem*, pág. 55, nota 13.

to universitario. En el dictamen número 109, de julio de 1857, se solicita una decisión sobre la petición de los estudiantes de Derecho destinada a eliminar la enseñanza de química y sustituirla con una nueva cátedra de Derecho Constitucional o bien de Historia. Vélez recuerda cómo en tres años de curso es difícil desarrollar adecuadamente las enseñanzas ya existentes (Derecho Civil, Derecho Criminal, Derecho Comercial, Derecho de Gentes y Economía Política). Por tanto, merece acoger la supresión de la enseñanza de química para sustituirse por Derecho Público, que «en sólo los usos de la guerra recibe hoy modificaciones tan considerables, que ellas solas pueden ocupar el curso de un año» (31). Mientras que la historia del país es tan breve que no merece la pena su docencia, allí donde la historia general es tan amplia que no debe ser incluida en el *curriculum* de un licenciado en Derecho. Otro dictamen afecta al concurso para la Cátedra de Anatomía y Fisiología, donde un candidato solicita la recusación de algunos miembros de la Comisión. Vélez recuerda cómo la recusación de los testigos se inspira en criterios mucho más restrictivos que los de la recusación de magistrados. En el caso de los miembros de un concurso universitario hay que seguir, por analogía, lo establecido para los magistrados; de ahí la fundamentación de la instancia.

Una nota de la publicación antes recordada indica cómo este dictamen no se siguió porque el presidente Mitre prefirió no aceptar la instancia de recusación de tres miembros del tribunal, sino aumentar el número de los miembros con otros docentes de la Facultad de Medicina a sorteo de entre una lista igual al doble de cuatro o seis, y con posibilidad de recusación de los docentes mismos en el momento de su inclusión en la lista de los sortea- bles (32). Si se reflexiona sobre los debates actuales sobre los concursos uni- versitarios y el papel de la Facultad de Medicina, hay que sonreír tanto a causa del dictamen de Vélez como por la solución jurídica adoptada por el ejecutivo.

No es ésta la sede para una más atenta reflexión sobre los dictámenes de Vélez referidos a cuestiones administrativas, también porque aquellos aquí sumariamente recordados ofrecen algunas indicaciones sobre el equilibrio con el cual se afrontan los problemas singulares, sobre la claridad con la que se especifican los perfiles jurídicos, la esencialidad de los principios jurídicos afirmados con respecto a los bienes comunes del Estado, incluso en presencia de un clima social y político extremadamente conflictivo e incierto.

(31) *Ibidem*, pág. 179, nota 102.

(32) *Ibidem*, pág. 231, nota 126.

4. EL DEBATE SOBRE EL FEDERALISMO Y SOBRE LA FORMACION DEL ESTADO ARGENTINO

En las obras de Vélez Sársfield no se encuentra una contribución orgánica al nuevo Estado argentino tal como se estaba delineando entre tantas dificultades en la primera mitad del XIX. Por otra parte, Vélez, como hombre político y editorialista de *El Nacional*, ha expresado más veces su pensamiento sobre la compleja relación existente entre Buenos Aires y las provincias argentinas. En efecto, la consecución de las luchas políticas y de las guerras civiles de aquellos años tiene claramente origen en el contraste existente entre las elites provinciales, expresiones de intereses latifundistas, y las de la ciudad de Buenos Aires, principal sujeto económico del nuevo Estado dominado por liberales, jacobinos y centralistas, monárquicos y anticlericales, y también por conservadores favorables a la Iglesia o a la República. De ahí una variedad tal de intereses y de aproximaciones ideológicas que hacen considerar el origen del federalismo argentino como un fenómeno necesitado de agregación. Así, Lambert recuerda que la tesis prevalente según la cual «le fédéralisme existait dans la constitution du peuple avant que cette constitution fût écrite» (33).

Sin embargo, puede afirmarse que el federalismo ha pasado por momentos históricos nada fáciles como el Pacto del Pilar de 1820, el Pacto federal de 1831, el Pacto de San Nicolás de 1852 y la Constitución de 25 de mayo de 1853 (34). Vélez Sársfield está entre los protagonistas del Pacto de San Nicolás y de los acontecimientos posteriores con una postura contraria al federalismo, o mejor, como muestra un examen conjunto de su pensamiento, dedicado sobre todo a la búsqueda de la unidad y de la identidad de la nueva nación (35).

Esta situación compleja, tan distinta en sus orígenes de la estadounidense (36), está racionalmente sintetizada en la relación realizada por Alberdi,

(33) Así en J. LAMBERT/A. GANDOLFI: *Le système politique*, cit., pág. 316.

(34) Sobre este aspecto, cfr. D. ABAD DE SANTILLÁN: *Historia constitucional argentina*, cit. *supra*, nota 18, *passim*.

(35) Se reenvía a A. CHÁNETON: *Historia de Vélez Sársfield*, cit. *supra*, nota 14, *passim*.

(36) Los orígenes del federalismo estadounidense han sido objeto de estimables estudios en nuestra bibliografía iuspublicística; recuérdense los trabajos de N. MATTEUCCI: *Introduzione a McIlwain. La rivoluzione americana, una interpretazione costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1965; la nota monográfica de A. LA PERGOLA: *Residui «contrattualistici» e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milán, 1969, y por último, el trabajo de N. OLIVETTI: *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, CEDAM, Padua, 1984.

inspirador de la Constitución de 1853, de las circunstancias históricas, sociales, políticas y económicas favorables y contrarias a la elección federal argentina con respecto a la unitaria, típica de la tradición española (37).

En efecto, según Alberdi, los factores favorables para la formación de un Estado unitario y centralizado se vinculan tanto a la experiencia colonial como a la posterior. Entre los primeros recuerda la unidad religiosa, de costumbres, del origen español de la población y sobre todo el ser parte del Virreinato de La Plata con unidad legislativa, administrativa y judicial y con Buenos Aires como capital.

Tras la declaración de independencia de la República Argentina se mantiene una fuerte unidad del nuevo Estado en las relaciones internacionales, así como en el sentimiento nacional.

Los elementos favorables a la federación, según Alberdi, se unen a la vastedad del territorio, poco habitado en muchas zonas, a menudo difícilmente accesibles, y a las rivalidades entre las provincias; por otra parte, la situación particular de Buenos Aires, en cierta medida, acentúa fenómenos de localismo no contestados por la administración española en la época colonial.

En definitiva, el origen del federalismo argentino está vinculado a la evolución histórica de factores ya existentes en la época, generalmente reconducibles a la dialéctica entre Estado unitario y Estado federal, así como observar cómo en el tiempo se ha producido una escasa afirmación de los factores favorables al federalismo por la prevalencia, de hecho, de aquellos unitarios (38).

Sobre este complejo tema, las intervenciones de Vélez Sársfield, ciertamente no adscribibles a los seguidores del federalismo propugnado por Alberdi (39), ayudan a reconstruir algunas fases fundamentales de la elección efectuada en la época, elección que no hay que infravalorar al examinar el federalismo argentino.

Sobre esta temática hay que recordar cómo Vélez, llegado a Buenos Aires en 1823, inicia su actividad política en 1825 participando en el «Congreso General Constituyente» para la realización de la Constitución de 24 de di-

(37) En lo que respecta al conocido escrito de JUAN BAUTISTA ALBERDI *Bases y puntos de partida para la Constitución del Gobierno de la República Argentina*, véase J. REINALDO VANOSI: *Situación actual*, cit. *supra* nota 13, págs. 12 y sigs.

(38) Así en J. REINALDO VANOSI: *Situación actual*, cit. *supra* nota 13, págs. 12 y sigs.

(39) A. CHÁNETON: *Historia*, cit., págs. 368 y sigs., dedica algunas páginas a la profunda diversidad cultural existente entre Vélez y Alberdi, diversidad que acaba al abordar también la aproximación metodológica con la que afrontar las cuestiones sobre federalismo.

ciembre de 1826. En esta sede sostiene que «no puede haber ejército nacional sin nación» y, en consecuencia, hay que superar los intereses de las provincias y favorecer la creación de intereses nacionales (40). Por otra parte, subraya la economía y eficiencia del sistema unitario.

Vélez ha intervenido, en relación con estos temas, con ocasión de la formación del acuerdo de San Nicolás de los Arroyos (1852) cuando se debaten las cuestiones sobre la forma del Estado nacional (41).

En la época, las provincias signatarias del Pacto federal de 1831 deciden, en el Protocolo de Palermo de 6 de abril de 1852, que cada gobierno envíe plenipotenciarios para la formación de una Comisión representativa. Posteriormente intervinieron también los gobernadores de las provincias para así alcanzar el acuerdo sobre temas más amplios que los anteriormente indicados. Sin embargo, tal acuerdo no está circunscrito a Buenos Aires, puesto que, como afirma Vélez en el seno de la Comisión, los gobernadores reunidos en San Nicolás han ido más allá de los poderes atribuidos a los órganos ejecutivos y han actuado como cuerpo legislativo sin consulta electoral previa alguna (42).

Como consecuencia, el 20 de septiembre de 1852 el legislativo de Buenos Aires decide constituirse en Estado libre e independiente. En este clima particularmente tenso, Vélez interviene en el debate también como editorialista de *El Nacional* para sostener la oportunidad de un Estado unitario.

En las fases sucesivas, que llevaron a la Constitución de 1860, que modifica la de 1853, las intervenciones de Vélez afectan —entre otras cosas— a la libertad de prensa, que él auspicia sometida al poder federal y atribuida a la provincia también en cuanto concierne al control judicial. Por otra parte, se añade a la Constitución una afirmación significativa, o bien «las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que hacen parte del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno» (43).

(40) A. CHÁNETON: *Historia*, cit., pág. 52. Vélez añade, de manera muy incisiva, que «el único medio de crear una nación y el de libertar a los pueblos de ese influjo que se teme de una provincia más poderosa es, a mi entender, ir creando cosas nacionales».

(41) D. ABAD DE SANTILLÁN: *Historia institucional argentina*, cit., págs. 453 y sigs.

(42) D. ABAD DE SANTILLÁN: *Historia institucional*, cit., págs. 450 y sigs.

(43) Así en D. ABAD DE SANTILLÁN: *op. cit.*, pág. 515; esta afirmación subraya la exigencia de la mayor atención hacia la garantía fundamental que, como categoría abierta, encuentra su fuente directamente en la soberanía popular, evidenciando la relación con la elección republicana. Ideas muy presentes para nuestros constituyentes, tal como se ha puesto de manifiesto, aunque en un contexto histórico diferente, por V. ATRI-

En los años posteriores Argentina afronta el tema de la codificación, y Vélez, ya de edad avanzada, cumple su obra de mayor relieve jurídico. Sin embargo, precisamente porque es un código unitario para toda la federación argentina, Alberdi lo critica ásperamente en cuanto, de igual forma a lo que sucede en Estados Unidos, un único Código Civil para toda la federación sería incompatible con la estructura del Estado federal y en contradicción con las autonomías locales (44).

En realidad, esta crítica de Alberdi a la idea misma de un código unitario saca a la luz las características peculiares del federalismo argentino de que se adhiere a las exigencias y a la tradición de lo que hoy se llama *civil law*. Por otra parte, la falta de un código civil en los Estados Unidos encuentra su razón fundamental en la existencia de un sistema de *common law* (45). La cuestión, sin embargo, es mucho más compleja que cuanto pueda parecer con la única afirmación de una incompatibilidad general del sistema federal con la codificación, como sucede también en los Estados Unidos con la obra de las «leyes modelo», que tienden a establecer una normativa legislativa unitaria por parte de los Estados miembros (46).

En todo caso, la natural confrontación entre la experiencia federal argentina y la estadounidense, especialmente en lo que concierne al origen de estos dos federalismos, está presente, también de forma implícita, en las obras de Vélez. En efecto, al preparar el prefacio a la edición argentina del trabajo de Jorge T. Curtis en 1866, Vélez reflexiona únicamente sobre la formación de la formación estadounidense (47), sin llamadas explícitas a la experiencia argentina.

PALDI: «Il catalogo delle libertà civili nel dibattito», en *Assemblea costituente*, Nápoles, 1979.

(44) A. CHÂTENON: *Historia*, cit., pág. 351.

(45) Sobre este complejo tema, por todos, cfr. R. DAVID: *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, París, 1978, págs. 422 y sigs., que recuerda cómo el ordenamiento jurídico estadounidense da un gran relieve a la jurisprudencia y cómo el gobierno federal tiene únicamente poderes limitados. Por otra parte, indica las cuestiones expuestas desde la perspectiva de formar la denominada «general common law», mantenida por el *Guide Story* y asumida por el Tribunal Supremo en *Swifts v. Tyson* (1842). Sin embargo, en 1938 el juez Brandeis ha negado la existencia de semejante «general common law» en *Eric Railroad Co. v. Tompkins*.

(46) Por todos, sobre este punto, cfr. C. DAVID: *International Unification of Comparative Law*, vol. II, cap. 5, Nueva York, 1971, que recuerda los procesos de unificación de las leyes estatales a través de esas específicas recopilaciones de normas denominadas «Restatement of the Law», y también leyes uniformes (o leyes modelo), adoptadas por cada Estado miembro.

(47) D. VÉLEZ SÁRSFIELD: «Prólogo», cit. *supra* en nota 18; el trabajo de GEORGE TICKNOR CURTIS *Constitutional History of the United States*, Nueva York, 1896 (reim-

En este prefacio, la atención de A. se centra en las distintas fases históricas que han caracterizado la crisis de la Confederación, sobre el difícil debate producido en sede constituyente entre los Padres Fundadores y, sobre todo, en la acción desarrollada por Hamilton, Madison y Jay mediante el *Federalist*, influyendo de manera decisiva en la difusión de los principios de la nueva constitución hasta llegar a la aprobación por parte de los distintos Estados.

Esta aproximación personal de Vélez está presente en las primeras páginas del prefacio, donde examina las dificultades encontradas por la Confederación, aun cuando los volúmenes de Curtis parten solamente de la declaración de independencia. Y precisamente sobre los años difíciles de la Confederación, A. afirma: «En una palabra: las circunstancias eran tales, que si el Gobierno de la Unión no acababa con su propia debilidad, el menor accidente o convulsión podría hacerlo desaparecer» (48). De aquí la necesidad de elaborar una nueva Constitución dentro de la diversidad de las ideas existentes. En efecto, «algunos Estados estaban por mantener el antiguo carácter de la Confederación, como una mera liga de Estados independientes con un Congreso compuesto de una Cámara ... para otras, el principio de aislamiento de la ciudad en que se basaba la Constitución de las antiguas repúblicas de la Grecia era la forma política que se amoldaba a su estado social...» (49).

Esta pluralidad de opiniones no impide la formación de una cierta mayoría favorable a la creación de un «Gobierno Nacional» destinado a preservar aquel espíritu de fraternidad que ha caracterizado la guerra de independencia frente a Inglaterra.

Por otra parte, sobre este punto es interesante recordar cómo, según Vélez, «mejor era seguir el ejemplo de Roma, que no se encerró en sí misma, sino que se extendió al exterior de ella, admitió en su seno otras ciudades, otros pueblos, otras razas de hombres. Su principio de asociación había hecho que bajo el monte Palation vivieran confundidos, sin distinción de sangre, hombres de todos los rincones de Italia, latinos, sabinos, grandes y pequeños, libres y esclavos» (50). La experiencia histórica de Roma, sin embargo, no se sitúa en el centro de atención de los constituyentes estadounidenses ni, en este punto, resulta una reflexión específica de Vélez.

En cualquier caso, como subraya en el párrafo inmediatamente posterior

presión, Nueva York, 1974), permanece científicamente válido y se cita, por ejemplo, en Italia por N. OLIVETTI RASON: *La dinamica costituzionale*, cit., pág. 40, nota 38, y pág. 238, notas 52 y 53.

(48) D. VÉLEZ SÁRSFIELD: «Prólogo» (cit. *supra* en nota 18), pág. 358.

(49) *Ibidem*, pág. 361.

(50) *Ibidem*, pág. 361.

el mismo Vélez, las tesis de los Padres Fundadores discrepaban también acerca de la tutela de los derechos del hombre, dado que la minoría prefería insertarlos en la Constitución, mientras que la mayoría sostenía que tales derechos están inscritos en la propia naturaleza humana y, en consecuencia, sería tarea exclusiva del legislador regular y limitar tales libertades.

Finalmente, sobre los perfiles esenciales del federalismo, entre los constituyentes se ponía la cuestión de la soberanía, dado que «dos soberanías no podían existir, la soberanía nacional y la soberanía de los Estados» (51).

Frente a estos problemas, las soluciones adoptadas por los Padres Fundadores que aparecen más importantes para Vélez son la constitución de un poder judicial muy diferente de aquel existente en los países europeos, junto con la composición del Senado y de la Cámara de Representantes.

No se trata, como subraya Vélez, de soluciones conseguidas con facilidad, en cuanto, por ejemplo, Franklin habría preferido un legislativo formado por una sola Cámara y un ejecutivo de tres personas; Hamilton adoptaba la idea de que el Presidente y los Senadores deberían ocupar cargos vitalicios; Madison sostenía que el Congreso hubiera debido de asumir todos los poderes en materia legislativa.

Frente a un debate semejante, Vélez se pregunta quién ha formado efectivamente esta nueva constitución para conseguir evidenciar —de forma interesante— el papel tenido por el pueblo, o bien «el pueblo de aquella Nación, el buen espíritu; el patriotismo de los miembros de la Convención, el sentido común que halló medio para conciliar todos los intereses al parecer esencialmente opuestos» (52). Es de acuerdo con esta perspectiva como Vélez aconseja la lectura de la historia constitucional de Curtis, porque permite entender cómo se han resuelto las dificultades que parecían insuperables «... dando solución a las edades venideras la gran lección, que los intereses de todos los pueblos están en la más absoluta armonía, y que existe entre ellos una solidaridad fatal en la fortuna y en la desgracia» (53).

La fase siguiente, es decir, la de la ratificación por parte de los Estados, es especialmente importante sobre todo por el papel desempeñado por los autores del *Federalist*.

Se llega así a la formación del «primer gobierno de la gran república, y la Constitución que debía cambiar la faz del mundo» (54). En esta ulterior fase de la historia constitucional estadounidense, Vélez subraya las consecuencias

(51) *Ibidem*, pág. 362.

(52) *Ibidem*, pág. 364.

(53) *Ibidem*, pág. 365.

(54) *Ibidem*, pág. 367.

para la «libertad y la felicidad de todos los pueblos», así como por la afirmación del «imperio de la opinión pública, aboliendo el imperio meramente personal» (55). Se afirma, por tanto, un «gobierno del pueblo» con principios interesantes más allá de la experiencia interna de los Estados Unidos.

Así, Vélez, que observa la experiencia estadounidense tras setenta años de la formación del nuevo Estado, concluye el prefacio de Curtis indicando cuán importante ha sido el paso de la forma monárquica a la republicana, imitada por todas las colonias de la América española. Por otra parte, la especificación de poderes limitados por parte de los Estados miembros y de las autoridades locales ha «resuelto el problema de una gran república, que gobierna un vasto territorio y una numerosa población» (56). Igualmente son importantes las sólidas tutelas acordadas para las libertades fundamentales en cuanto «la libertad individual, la libertad de la palabra y de prensa, la libertad de los cultos, la libertad de la enseñanza, la libertad de los bancos, y de todo trabajo y de toda industria, no son teorías que la práctica desmiente» (57). Se consigue con ello el auspicio de un nuevo Derecho constitucional centrado en la democracia y sin individuos o clases privilegiados.

5. EL «GOBIERNO DEL PUEBLO» Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES COMO PERFILES DEL CONSTITUCIONALISMO LATINO EN VELEZ

Estas breves reflexiones sobre los perfiles publicistas del pensamiento de Vélez son un testimonio ulterior de una sólida cultura jurídica madurada de acuerdo con aproximaciones metodológicas radicadas en la reflexión sobre institutos humanistas.

De tales planteamientos, un ejemplo indicativo lo ofrece la cita de Floro que precede al prefacio a la traducción argentina de la obra de Curtis, donde se lee: «Ita, ex varis quasi elementis, congregavit corpus unum, populunque romanum fecit» (58). Cita destinada a subrayar cómo el papel del pueblo romano ha sido esencial para reencontrar la unidad en un único gobierno republicano atento a la tutela de las libertades fundamentales. Tutela que se entiende así tan importante para cualificar el sistema constitucional completo que Vélez omite toda distinción explícita entre el texto de la Carta constitucional centrada en la forma de gobierno y el federalismo y las primeras diez

(55) *Ibidem*, pág. 368.

(56) *Ibidem*, pág. 369.

(57) *Ibidem*, pág. 369.

(58) *Ibidem*, pág. 357, donde el texto está traducido por A.: «Y de elementos tan diversos aglomerados en un solo cuerpo salió el pueblo romano» (Florio, lib. 1).

enmiendas, aprobadas posteriormente por el Congreso de cara a garantizar los derechos fundamentales.

La peculiaridad del planteamiento de Vélez surge también de la escasa atención dedicada en el prefacio a Curtis al tema del ejecutivo, así como a los problemas que se centran en las relaciones entre la soberanía del Estado federal y las de los Estados miembros de acuerdo con la teoría del denominado «federalismo dual». En otros términos: las cuestiones sobre la forma de gobierno o las relaciones entre órganos constitucionales resultan menos importantes con respecto a la búsqueda de los factores que han llevado al pueblo estadounidense a un gobierno unitario y republicano, atento a las garantías individuales (59).

Estas consideraciones metodológicas evidencian cómo está radicada en una cierta cultura jurídica una aproximación muy determinada definida como «constitucionalismo latino», que se identifica, según V. E. Orlando, no tanto por la originalidad de los temas como por la atención al «punto de vista del cual se examina el derecho constitucional», y en particular por la atención dedicada a los derechos públicos subjetivos y a las libertades como para reflexionar sobre el «espacio» y sobre el «papel» de los ciudadanos particulares con respecto a las autoridades públicas (60). En efecto, la cuestión del federalismo argentino se incluye siempre no en la perspectiva de regular las relaciones de fuerza entre las provincias y Buenos Aires, sino en la búsqueda —como sucede con ocasión del Pacto de San Nicolás— de la legitimación popular de cuantos participan en la fase constituyente.

Y es siempre conforme a esta perspectiva que la Constitución de 1860 se ocupa de las libertades y, sobre todo, de la de imprenta. Igualmente, en el prefacio a la traducción de Curtis, Vélez evidencia la importancia de la tutela de las garantías fundamentales del hombre.

Por otra parte, los dictámenes vertidos en materia administrativa, siem-

(59) En efecto, los dos volúmenes de Curtis afrontan una pluralidad de cuestiones que van de la admisión de nuevos Estados a los conflictos entre Estados miembros y gobierno federal hasta llegar a la guerra civil. Sin embargo, de forma significativa, Vélez omite una efectiva referencia a estas temáticas.

(60) Junto a estos temores en los límites de un modo errado de entender el papel de las provincias y de los municipios existe en Vélez una gran atención por estas instituciones. En efecto, de acuerdo con el artículo 33 del Código Civil, las personas jurídicas incluyen al Estado, las provincias federales, los municipios y la Iglesia. Tal modo de entender la persona jurídica, sobre todo por los municipios, es plenamente conforme con la tradición romanista, como subraya el propio A. en las anotaciones al mencionado artículo 33; así en el Código Civil de la República Argentina con las notas de Vélez Sársfield y leyes y decretos complementarios, edición al cuidado de Luis Alberto Estivill, Buenos Aires, 1976, págs. 18-20.

pre atentos a la tutela de las garantías fundamentales de los individuos, subrayan que no debe haber límites más o menos directos a tales garantías, aun en presencia del extrapoder del municipio y de las provincia (61).

El objetivo consiste en lograr la unidad del país, aun acentuando la estructura federal, siempre que la solidez de las instituciones públicas esté destinada a la tutela de los derechos fundamentales. Es de acuerdo con esta perspectiva como Vélez no se detiene de manera específica en el tipo de federalismo que se ha de adoptar en Argentina ni efectúa comparaciones minuciosas con el estadounidense; al contrario, exalta la incidencia sobre la sociedad del difícil paso de un ordenamiento de régimen monárquico a uno republicano en el cual el elemento esencial consiste en un «gobierno del pueblo» capaz de garantizar, según expresión de Vélez, «la libertad y felicidad de todos los pueblos».

(Traducción de A. ELVIRA.)

(61) D. VÉLEZ SÁRSFIELD: «Prólogo», cit., pág. 365: la cita completa del párrafo, ya parcialmente recordado, es la siguiente: «La historia del Sr. Curtis nos hace conocer la manera en que fueron resueltas dificultades tan insuperables, dando en su solución a las edades venideras la gran lección, que los intereses de todos los pueblos están en la más absoluta armonía, y que existe entre ellos una solidaridad fatal en la fortuna y en la desgracia.» La referencia a la «solidaridad» es un elemento ulterior, muy presente en el artículo 2 de la Constitución italiana, que indica una base común de reflexión que es propia del «constitucionalismo latino».