

Sumarios

I. Liminar. - II. El fenómeno de Cádiz: influencias e integración. - III. La independencia del Poder Judicial y las prescripciones constitucionales que la garantizan. A. *La prohibición de ejercer funciones judiciales por parte del Rey y las Cortes*. B. *La inamovilidad de los jueces*. C. *La creación del Tribunal Supremo*. - IV. Otras reformas innovadoras. - V. Consideraciones finales.

La Constitución de Cádiz y el sistema judicialista argentino y latinoamericano(*)

I

Liminar

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

Una visión sobre el conjunto de los sistemas procesales latinoamericanos en lo contencioso-administrativo revela que, salvo el caso de Colombia(1) (en el que se adoptó la institución del Consejo de Estado similar al modelo francés), casi la totalidad de los Estados han permanecido fieles al sistema judicialista que encuentra su raíz en la Constitución liberal de Cádiz del año 1812, la cual, como es sabido, llegó a ser jurada en varios países hispanoamericanos. En efecto, como se verá seguidamente, el punto que marca la impronta del sistema judicialista, en la versión más depurada de la doctrina de la separación de poderes, queda configurado, en dichos modelos, por la interdicción establecida para el ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo.

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

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

En cambio, la Constitución de Cádiz(2) -que en este aspecto constituyó la fuente de varias constituciones hispanoamericanas como la de Chile de 1833(3) y posteriores(4), la del Perú(5) y la Constitución argentina(6)- prohíbe al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales, avocarse al conocimiento de causas pendientes, así como restablecer las fenecidas.

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

En los sistemas comparados existen dos formas básicas de organización del control judicial de la actividad de la Administración y de las leyes. Una es la vertical, con una Corte o un Tribunal Supremo como cabeza del Poder Judicial, a quien puede atribuírsele o no el control de constitucionalidad (v.gr. Estados Unidos y España difieren en este punto) y otro de tipo horizontal en el que no hay un solo Tribunal Superior, sino

varios con diferentes competencias en razón del territorio y de la materia. Este último sistema, adoptado originariamente por Francia en la Constitución de 1791 y en las posteriores, instituye un Tribunal de Casación para evitar las contradicciones jurisprudenciales, ya que, se creía, ello afectaba el principio general de igualdad.

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

II

El fenómeno de Cádiz: influencias e integración

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

Al respecto, se ha debatido acerca de la gravitación que tuvo la Constitución francesa de 1791 en la de Cádiz(7). Hay quienes la niegan con apoyo en las tendencias historicistas que fueron principalmente sostenidas por Argüelles en el Discurso Preliminar.

En cualquier caso, ambas líneas interpretativas convergen en un punto al sostener que el proceso que culminó en Cádiz implicó la destrucción de las bases en que se apoyaba el modelo absolutista(8), proceso que en la inteligencia de la corriente histórica liberal se consideró contrario a los principios del antiguo derecho español.

La expresión “antiguo derecho español” -o, incluso, “antiguo régimen”- ha de emplearse con sumo cuidado ya que, hasta el advenimiento del absolutismo que importaron los borbones, la tradición política y sus variados regímenes eran favorables a las libertades y a una relativa limitación del poder real. Esta línea era 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 neoescolástica 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).

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

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

III

La independencia del Poder Judicial y las prescripciones constitucionales que la garantizan

El modelo constitucional de Cádiz creó un Tribunal Supremo de Justicia, como verdadero poder de la Nación o Estado(9), 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 España(10).

La necesidad de tener en cuenta los elementos reales de las instituciones del derecho público exige el auxilio de la historia y de las concepciones filosóficas y políticas prevalecientes en los diferentes momentos históricos. Si bien “el futuro no puede ser definido por el pasado”(11), lo cierto es que el

estudio de las fuentes no sólo arroja luz sobre el sentido y el comportamiento de los sistemas, sino que revela las contradicciones interpretativas, que son, muchas veces, causa del derrumbe o de la mutación de los modelos que oscilan al compás de la realidad sobre la que operan. Es un hecho comprobado que, salvando las distancias y con las adaptaciones que impone la evolución política, social y económica, la historia casi siempre vuelve a repetirse.

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

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

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

Al frente de ese catálogo de garantías y de derechos se encuentra la institución de la Justicia de Aragón, que consistía en un 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 antiguo 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). Este, 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, además de una concepción embrionaria de la división de poderes(13), se encuentran, desde las variadas hipótesis, el derecho de resistencia a la opresión (Victoria)(14), la declaración de nulidad *ipso foro*(15), el principio de legalidad e igualdad en materia tributaria(16), hasta nada menos que el juicio o recurso de manifestación que, según los antecedentes y estudios realizados(17), equivale al hábeas corpus del derecho anglosajón(18), 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, Señor, ha de ser efectiva y para ello su curso ha de estar expedito”(19), habiendo dicho antes que “uno de los principales objetos de la constitución es fijar las bases de la potestad judicial, para que la administración de justicia sea en todos los casos efectiva, pronta e imparcial”(20). Y, por si fuera poco, el principio de la imparcialidad se recoge en la fórmula del juramento de los jueces(21).

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

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

Al consagrar la Constitución de Cádiz la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Rey y de las Cortes, sentó un principio capital que trasunta la aplicación de la separación de los poderes mediante una versión original, que continúa y perfecciona la tendencia reflejada en las instituciones del antiguo derecho español, que se singulariza en la figura de la Justicia de Aragón(22).

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 Judicial(23), ya que su contenido trasunta una interdicción orgánica y no material, como consecuencia del principio de la soberanía de la ley, cuya determinación competía a la Asamblea Legislativa. Así se desprende, además, del propio texto del articulado constitucional francés en cuanto prescribe, entre las facultades del Cuerpo Legislativo, la de “*décréter la création ou la suppression des offices publics*”(24).

En cambio, la interdicción de Cádiz se refiere a las funciones judiciales y es propio de su naturaleza concebirlas en sentido material(25), 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 iberoamericanas(26), implica instaurar el sistema judicialista puro. Por esa razón, resultan incompatibles las concepciones elaboradas por el derecho norteamericano en materia de jurisdicción administrativa primaria(27). Esto último 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 idiosincrasia. Si aun 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 es otra cosa la jurisdicción administrativa primaria) dependieran de la Administración o del Congreso.

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

B. La inamovilidad de los jueces

Suele creerse que la inamovilidad de los jueces proviene del derecho anglosajón, de donde la habría tomado la Constitución de los Estados Unidos de América que, a su vez, ha sido la fuente directa de un precepto similar existente en la Constitución argentina(28). 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”(29). Al respecto, anota Kent que se trata de “el más antiguo precedente a favor del establecimiento judicial independiente...” y que en Inglaterra recién se acogió un precepto semejante hacia 1641, bajo el reinado de Carlos I, consolidándose el principio tras la restauración de la dinastía real gobernante con Carlos II, pasando de allí a varias constituciones europeas(30).

En consecuencia, la Constitución de Cádiz(31) en este punto, al igual que la norteamericana y la francesa(32), abrevia, en definitiva, en el antiguo derecho aragonés. El desconocimiento del citado antecedente por parte de la historiografía ha sido bastante grande en el mundo hispánico pese a que la primera traducción al castellano que se publicó en España de la obra de Prescott se efectuó en Madrid en 1845 y que la de Kent, publicada en Buenos Aires, data del año 1865.

C. La creación del Tribunal Supremo

Uno de los cambios más profundos que introdujo la Constitución de Cádiz, con el objetivo de asegurar la separación de poderes y la independencia de los jueces, consistió en la creación de un Tribunal Supremo como cabeza imparcial e independiente del Poder Judicial(33).

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

de juzgar a la Administración se consideró fuero administrativo, exento del juzgamiento por el Poder Judicial.

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

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

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

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 Constitución(35).

IV

Otras reformas innovadoras

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

No vamos a ocuparnos aquí de explicar el contenido ni el alcance que cabe asignar a los respectivos preceptos, no sólo por ser una tarea ya efectuada por la doctrina de manera impecable(36), aparte de que ello excedería el propósito perseguido en este trabajo que, en definitiva, no es otro que demostrar que las reformas se inscriben en el llamado liberalismo político continuador de la tradición española. No dejamos de advertir, empero, que la concepción liberal se nutre también de los enfoques del racionalismo iusnaturalista de la ilustración en ciertos aspectos (aunque no en su vertiente antropomórfica), que también influyeron en la Constitución de Cádiz.

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

- a. el principio del juez natural (art. 272 de la Constitución);
- b. la libertad de prensa y la supresión de la censura previa (art. 371 de la Constitución)(37);
- c. la supresión de los señoríos, particularmente de los jurisdiccionales (Decreto de las Cortes del 6 de agosto de 1811 y art. 172, Cláusula Novena de la Constitución)(38);
- d. abolición de la tortura y los apremios (art. 303 de la Constitución)(39);
- e. prohibición de expropiar sin indemnización (art. 172, Cláusula Décima de la Constitución);
- f. acción popular para perseguir los delitos de cohecho, soborno y prevaricato cometidos por los jueces (art. 255 de la Constitución)(40);
- g. abolición de la Inquisición (Decreto de las Cortes del 22 de febrero de 1813)(41).

Consideraciones finales

La proyección que ha tenido la Constitución de Cádiz en Latinoamérica ha sido trascendente⁽⁴²⁾ ya que, a través de las distintas constituciones hispanoamericanas, los preceptos gaditanos cobraron vida y vigencia para el derecho comparado.

En el plano de las instituciones se operó una acertada conjunción entre las corrientes liberales y los principios del antiguo derecho español que, por distintos senderos, sobre todo por el trazado por la escuela de Salamanca, fueron la base de muchas ideas sustentadas por el liberalismo de Locke y las concepciones de Montesquieu que terminaron finalmente anclándose en Cádiz. El resultado de ese proceso consistió en lograr una síntesis histórica original que marcó un hito en el constitucionalismo moderno⁽⁴³⁾. Este, 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”⁽⁴⁴⁾.

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

En suma, en nuestras desgastadas repúblicas -como decía Borges- las libertades solo pueden asegurarse de manera justa y eficaz si se cuenta con un Poder Judicial independiente que garantice el goce y ejercicio de los derechos y sobre todo la dignidad de las personas, frente a los abusos y arbitrariedades de la Administración y de las leyes.

VOCES: PODER EJECUTIVO - DERECHO COMPARADO - DERECHO ADMINISTRATIVO - PROCESO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL - DERECHO POLÍTICO - DIVISIÓN DE PODERES - DERECHO CONSTITUCIONAL

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: La jurisdicción constitucional en Colombia, por Hernán Olano García, EDCO, 2000/2001-506; En torno a la evolución de las instituciones del Derecho Administrativo argentino y sus principales tendencias, por Juan Carlos Cassagne, EDA, 2005-462; Consideraciones en torno al sistema judicialista argentino y la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por el Poder Ejecutivo, por Juan Carlos Cassagne, ED, 215-784; El sistema judicialista americano: sus raíces hispánicas, por Juan Carlos Cassagne, EDA, 2006-522; Los principios generales en el Derecho Administrativo, por Juan Carlos Cassagne, ED, 230-963. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

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

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

(3) Art. 108 de la Constitución chilena de 1833.

(4) Art. 73 de la Constitución chilena actual.

(5) Art. 139, inc. 2º, de la Constitución peruana.

(6) Art. 109 de la Constitución argentina.

(7) Vid: Perona Tomás, Dionisio A., La influencia de la Constitución francesa de 1791 en la española de 1812, en la obra colectiva Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años, José Antonio Escudero (dir.), Madrid, Espasa, 2011, pág. 367 y sigs.

(8) Escudero, José A., Las Cortes de Cádiz: génesis y reformas, Discurso de Apertura leído el día 18 de octubre de 2010, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Separata, 2010, pág. 33 y sigs. 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" (Las Cortes de Cádiz..., cit., pág. 34).

(9) La doctrina constitucionalista argentina considera que la Corte Suprema constituye un poder del Estado y que, más que un tribunal, es en realidad un tercio del gobierno. Ver al respecto: Vanossi, Jorge R., Teoría constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1975, vol. II, págs. 117 y 121.

(10) Ver Muñoz Machado, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, 2ª ed., Madrid, Lustel, 2006, t. I, pág. 186 y sigs.

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

(12) Cfr. Nieto, Alejandro, Los primeros pasos del Estado Constitucional, Barcelona, Ariel Derecho, 1996, pág. 17.

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

(14) Rodríguez Varela, Alberto, La neoescolástica..., cit., pág. 12.

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

(16) Cuyos orígenes se remontan a los ordenamientos de Castilla y Aragón; ver Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, con prólogo de Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, 1999, pág. 12.

(17) Linares Quintana, Segundo V., Raíces..., cit., pág. 23 y sigs.

(18) Cfr. García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, Curso de derecho administrativo, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1999, t. II, págs. 66-67.

(19) Constitución Política..., cit., pág. 65.

(20) Ibídem, pág. 57.

(21) Ibídem, art. 279.

(22) Ibídem, Discurso Preliminar, págs. 12-13.

(23) Cap. V, artículo primero, de la Constitución de 1791.

(24) Título Tercero, Cap. III, art. 1º, inc. 5º. Cabe acotar que, en la lengua francesa, la expresión "oficio público" comprende tanto la función como el cargo.

(25) Bosch, Jorge T., Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes, con prólogo de Rafael Bielsa, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1944, pág. 50.

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

(27) Schwartz, Bernard, Administrative Law, 3ª ed., Boston-Toronto-Londres, Little Brown and Company, 1991, pág. 481 y sigs.

(28) Art. 110, CN. Sobre el principio en el derecho argentino, ver Badeni, Gregorio, Tratado de derecho constitucional, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. III, pág. 796.

(29) Prescott, William H., Historia de los Reyes Católicos, Salamanca, Junta de Castilla y León, reproducción facsímil de la primera edición de la obra en idioma español de 1845, 2004, t. 1, pág. 84.

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

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

(32) Constitución francesa 1791, Título Tercero, Cap. V, art. 1º, inc. 2º.

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

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

(35) Ver Castro, Adolfo, Cortes de Cádiz. Complementos de las sesiones verificadas en la Isla de León y en Cádiz, reimpresión de la obra original de 1913, Pamplona, Analecta, 2004, t. II, pág. 188 y sigs.; 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.

(36) Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, Los derechos humanos en la Constitución de Cádiz, en Cortes y Constitución..., cit., pág. 405 y sigs.

(37) Sáenz Berceo, M. del Carmen, La libertad de imprenta, en Cortes y Constitución..., cit., pág. 220 y

sigs.

(38) Escudero, José A., Las Cortes de Cádiz: génesis, constitución y reformas, en Cortes y Constitución..., cit., pág. XLIV y sigs.; Galván Rodríguez, Eduardo, La disolución del régimen señorial, en Cortes y Constitución..., cit., pág. 204 y sigs.

(39) Sainz Guerra, Juan, La Constitución de 1812: de las reformas penales y procesales a la abolición de la tortura, en Cortes y Constitución..., cit., pág. 247 y sigs.

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

(41) Escudero, José A., Las Cortes de Cádiz y la supresión de la Inquisición: antecedentes y consecuentes, en Cortes y Constitución..., cit., pág. 285 y sigs.

(42) Sobre la influencia en la Constitución argentina, ver Dalla Vía, Alberto R., La Constitución de Cádiz y los antecedentes de la Constitución de la Nación Argentina, EDCO, 2008-429.

(43) Ver Carnota, Walter F., Reflexiones para el 12 de octubre: España y el Constitucionalismo Argentino, el Dial.com, Albremática, publicado el 18-10-10, Buenos Aires, 2010, pág. 2.

(44) Memorial dirigido por Francisco de Miranda a la Audiencia de Caracas en marzo de 1813, publicado en Francisco de Miranda y la modernidad de América, Madrid, Fundación Mapfre Tavera y Ediciones Doce Calles, 2004, pág. 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: "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 P., Historia del Libertador Don José de San Martín, Buenos Aires, Círculo Militar, 1944, t. IV, págs. 317-318).

(45) Otero, José P., Historia del Libertador..., cit., t. V, pág. 182.