

Antecedentes históricos y jurídicos del artículo 29 de la Constitucional Nacional.

Fabián Nieves.

Introducción.

Nos proponemos en el siguiente artículo dilucidar los antecedentes históricos y jurídicos del artículo 29 de la Constitución Nacional, siendo fundamental abordarlo desde la perspectiva de la historia del derecho para comprender su importancia y alcance.

El mismo indica que *“El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.”*

Para comprender correctamente su sustancia, no deberemos limitarnos al método dogmático, consistente en el estudio del derecho positivo vigente, a través de la interpretación y sistematización de las normas, para ubicarlas en el sitio que les corresponde dentro del sistema jurídico.

Como bien señala Ricardo Zorraquín Becú, en la investigación de la historia del derecho, es fundamental comprender que si bien se trata de derecho por su objeto, en cuanto discurre sobre un sistema con carácter normativo, es sin embargo historia por su método de investigación¹.

Enseñaba en ese sentido Manuel Montes de Oca, recordando a Aristóbulo del Valle, en sus Lecciones de Derecho Constitucional, tomadas de sus clases y conferencias, que cada garantía constitucional, tiene su historia y sus antecedentes en la República o en el extranjero.

Sostenía allí que *“No se consigna la libertad de cultos, si no es porque alguna vez se ha hecho sentir la necesidad de protegerla; no se consigna la inviolabilidad de la*

¹ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. Apuntes para una Teoría de la Historia del Derecho. Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, n. 24. 323-342. Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1978.

defensa, sino es por que alguna vez, en algunos países, la defensa ha sido limitada o ha sido en absoluto, proscripta; no se consigna la disposición según la cual los reos deben ser juzgados por sus jueces naturales, repudiándose las comisiones especiales si no es porque múltiples ejemplos han demostrado las monstruosidades de los tribunales extraordinarios.”²

De la misma manera, el artículo 29 se consigna en la Constitución Nacional porque alguna vez los poderes de emergencia, como las facultades extraordinarias y la suma del poder público, fueron el cementerio de las instituciones y libertades: *“El artículo 29 responde a una necesidad nacional”*.³

Desarrollo.

Desde el mismo momento en que la idea del imperio de la ley comenzó a formar parte del patrimonio jurídico occidental, lo acompañó consigo la idea de que ésta podía ser suspendida en sus efectos ordinarios cuando circunstancias excepcionales hicieran necesario el uso de poderes extraordinarios para salvaguardar a la comunidad de un peligro inminente que amenace poner en riesgo su supervivencia.

Estas facultades e instituciones, a lo largo de la historia del derecho, fueron consideradas en general con carácter temporal y con fines y límites determinados. Aunque no sin discusión, también se la ha considerado como una *“tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político”*.⁴

Existe cierto consenso en señalar el origen de las instituciones de emergencia en el período republicano de la antigua Roma, y particularmente en la dictadura y el *senatus consultum ultimum*. Estas instituciones no involucraban una violación ni derogación del orden jurídico vigente, sino en el primer caso una magistratura excepcional que implicaba el nombramiento de un funcionario temporal con plenos poderes para proteger la comunidad en casos de guerra, y en la segunda una suspensión de la legalidad ordinaria donde los cónsules podían adoptar las medidas necesarias para librar a la República de la situación de emergencia en que se hallaba.⁵

² MONTES DE OCA, Manuel A. Lecciones de derecho constitucional. Notas tomadas de las conferencias del doctor Montes de Oca por Alcides V. Calandrelli, TI, Buenos Aires: Tipo-Litografía “La Buenos Aires”, 1917, p. 458.

³ Ibidem.

⁴ AGAMBEN, Giorgio, Estado de excepción, 6a edición, Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2019, p. 28.

⁵ Cf.. FERNANDEZ SEGADO, Francisco, El estado de excepción en el derecho constitucional español, Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1978, pp. 49-50; MOMMSEN, Theodor,

Estas ideas sobre el estado de necesidad o de emergencia son desarrolladas a lo largo del pensamiento tanto medieval como moderno, llegando incluso a ser constitucionalizadas muchas de ellas en nuestros días.

En la Edad Media, Santo Tomás de Aquino en la Suma de Teología retoma las nociones de necesidad y excepción en el orden jurídico como medida para salvaguardar el bien común.

El aquinate retoma la máxima romana de que la necesidad no tiene ley, y admite la dispensa cuando el peligro es apremiante y es necesario preservar el bien común, señalando que *“Cuando se le dispensa a uno de cumplir la ley común no se ha de hacer con detrimento del bien común, sino precisamente para que el bien común salga favorecido”*.⁶

También John Locke trata la cuestión en el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, al describir la atribución que denomina “prerrogativa”. agregando que existen situaciones en que *“es conveniente que el gobernante goce de poder de mitigar, en muchos casos, la severidad de la ley”*. Afirmaba, en este sentido, que *“ese poder de obrar según discreción para el bien público, sin prescripción de la ley y aun a las veces contra ella, es lo que se llama prerrogativa”*.⁷

Asimismo, Juan Jacobo Rousseau se refirió a la cuestión en el capítulo VI del Contrato Social, titulado “De la dictadura”. Allí afirma el principio de que *“no se debe nunca detener la sagrada fuerza de las leyes, sino cuando se trata de la salud de la patria”*.⁸

Para el ginebrino existían dos maneras de enfrentar situaciones excepcionales. Por una parte, hay casos en que basta con concentrar la actividad gubernativa en unas pocas personas, alterando solamente la forma de administración de las leyes, pero no las leyes en sí mismas.

La otra forma es mediante la designación de un jefe supremo *“que haga enmudecer todas las leyes y suspenda por un momento la autoridad soberana”*. Establece, asimismo, una serie de restricciones, con las que busca limitar este poder

Historia de Roma, Libros I y II, Desde la fundación de Roma hasta la reunión de los estados itálicos, Madrid: Turner, 2013, pp. 358-359.

⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, Suma de teología, T II, Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 1989, p. 759.

⁷ LOCKE, John, Ensayo sobre el gobierno civil, México: Porrúa, 2005, pp. 99-100.

⁸ ROUSSEAU, Jean J, El contrato social, Madrid: Mestas, 1999, p. 139.

excepcional. Sostiene que en estos casos *“no es dudosa la voluntad general, y es evidente que la primera intención del pueblo es que no perezca el Estado.”*⁹

Entre los juristas del derecho natural, conviene destacar aquí a Heineccio, un autor de extendido uso en la España borbónica y que diferenciaba el uso ordinario y extraordinario de las atribuciones soberanas. Sostenía éste destacado autor que *“en un estado extraordinario y en el caso de urgente necesidad (...) se sigue (...) que en tiempo de guerra puede ocupar el que manda los campos de los particulares con los ejércitos (...) mandarles hacer fortificaciones y obras públicas,(...) segar y aprovecharse de sus mieses;(...) hacer nuevos caminos públicos por medio de las heredades de los ciudadanos, cuando se hacen inservibles los antiguos (...) destruir los arrabales y casas de campo, cuando está a las puertas el enemigo, y todas las demas cosas de este género.”*¹⁰

No obstante esta facultad extraordinaria no es considerada absoluta para el tratadista alemán, y aclara y complementa seguidamente que *“Pero como solo se puede hacer esto cuando hay NECESIDAD (...), y la hay cuando por padecer el bien de la república, que debe ser la suprema ley, no puede conservarse la libertad y seguridad (...) con razón inferimos de aquí (...) que esta potestad debe ejercerse cuando la exige; no solo la necesidad extrema de la república, sino tambien (...) su utilidad; especialmente convirtiéndose ésta casi siempre en necesidad (...) Sin embargo (...) no tiene lugar este derecho, cuando se priva del suyo a los ciudadanos, solamente por la utilidad del principe; y mucho menos (...) cuando éste se apodera de alguna cosa, no por necesidad ni utilidad, sino por gusto”*¹¹

Con Heineccio ya podemos observar el uso del mismo vocabulario jurídico que se utilizará en Hispanoamérica, dividiendo las facultades en momentos ordinarios¹² y extraordinarios, y su uso solo en casos de “necesidad” y sujeto a ciertos límites y fines, aunque más no sean teóricamente.

⁹ Ibidem.

¹⁰ HEINECCIO, Gottlieb, Elementos del derecho natural y de gentes, Madrid: Carbó, 1887, p. 298.

¹¹ Ibidem.

¹² El uso ordinario para Heineccio implicaba la custodia de los bienes de los particulares, dar leyes sobre el buen uso, traslado y enajenación de los bienes; firmar tratados de comercio y limitarlo según convenga a la república, declarar que géneros se pueden importar y exportar, dar leyes suntuarias, promover las manufacturas y todo lo que convenga para que aumente la riqueza de los ciudadanos y cubrir las necesidades de la comunidad. Cf. Ibidem.

En Hispanoamérica a principios del S.XIX, en momentos donde la necesidad de garantizar un orden estable era prioridad, la cuestión de la emergencia formaba parte de la preocupación permanente por regular los momentos extraordinarios de preservación del orden jurídico.

Sucedió que, a diferencia de la experiencia europea, donde primero se formó y consolidó el estado moderno y recién en una segunda etapa emergió la preocupación por ponerle límites, en Hispanoamérica la tarea era doble: al mismo tiempo que había que levantar el edificio del estado, con sus funciones básicas de seguridad y fiscalidad, había también que garantizar la separación de poderes y el reconocimiento de la seguridad individual.

En este contexto, las facultades extraordinarias emergen como la herramienta de emergencia y consolidación de poder estatal de mayor uso en el Río de la Plata en la primera mitad del S.XIX. Y como bien sostiene José Carlos Chiaramonte, *“Los poderes de excepción o facultades extraordinarias fueron una forma que asumió la antigua dictadura romana en Hispanoamérica durante el siglo XIX, luego de las independencias”*¹³

Se trataba de una prerrogativa ampliamente difundida, concedidas por las legislaturas a los gobiernos, para disponer medidas urgentes con mayor eficacia.

Siguiendo a Tau Anzoátegui¹⁴, se entendía en ese entonces por facultades extraordinarias:

- a) La delegación al Poder Ejecutivo por parte de la Sala de Representantes local de ciertas atribuciones de naturaleza legislativa, con el propósito de que aquél pudiera expedirse con mayor rapidez.
- b) La concesión al Poder Ejecutivo de facultades que le permitían suspender la seguridad individual..

Estas fueron frecuentemente usadas en todas las provincias, para resolver cuestiones de:

- a) relaciones interprovinciales, facultando al gobernador en asuntos de paz, guerra y tratados;

¹³ CHIARAMONTE, José, Facultades extraordinarias y antigua constitución en los Estados rioplatenses del siglo XIX. Respuesta a Alejandro Agüero, Nuevo Mundo Mundos Nuevos [En ligne], Débats, mis en ligne le 10 décembre 2018, consulté le 05 octobre 2023. URL : <http://journals.openedition.org/nuevomundo/74801> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.74801>

¹⁴ TAU ANZOATEGUI, Victor, Las facultades extraordinarias y la suma del poder público en el derecho provincial argentino (1820-1853), Revista del Instituto de Historia del Derecho, No 12, Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1961, p. 92.

b) Asuntos militares y de guerra, facultando extraordinariamente a crear y movilizar milicias cívicas;

c) legislación general, establecer penas, conmutar y absolver a reos condenados a muerte, conceder amnistias, extirpar determinados delitos, establecer normas respecto al comercio, crear o suprimir empleos.

En la gran mayoría de los casos, estas facultades eran concedidas con límites en el tiempo y en la materia, estableciendo la obligación de rendir cuentas a la Sala de Representantes.

La suma del poder público, por su parte, implicaba la concentración de todos los poderes en una sola autoridad. Consistía en la absorción legal, temporaria o definitiva, de las atribuciones de los demás poderes al Gobernador, con lo cual quedaba legalmente facultado tanto para legislar como así también para juzgar y administrar justicia. Según Ricardo Levene, *“la diferencia entre las facultades extraordinarias y suma del poder público es la que separa la dictadura del poder absoluto”*¹⁵. También fue una medida adoptada ampliamente en todo el Río de la Plata, otorgada por las legislaturas a los gobernadores, y en principio por tiempo determinado.

En Corrientes, por ejemplo, entre 1821 y 1853, las facultades extraordinarias fueron concedidas en una decena de ocasiones¹⁶, tres veces la suma del poder público, y se hicieron uso de otras instituciones de emergencia como el estado de sitio y el estado de asamblea, pero siempre con límites en el tiempo y la materia.¹⁷

No obstante, es menester aclarar que ni las facultades extraordinarias ni la suma del poder público implicaban la desaparición de los otros poderes, aunque sí la absorción competencial temporal de sus funciones por parte del ejecutivo.

El abuso de estas instituciones, en cambio, sin límites en el tiempo y en la materia, lejos de considerarse una institución legal y legítima, era considerada una forma de tiranía; como por ejemplo el uso que se hizo de ellas en la provincia de Buenos Aires bajo el gobierno del gobernador Juan Manuel de Rosas cuando se declaró que *“todas las personas y bienes quedan a disposición del restaurador de las leyes”*, o a finales del régimen cuando se sancionó que *“todos los fondos de la provincia, las fortunas, vidas, fama y porvenir, quedan sin limitación ni reserva alguna a disposición del poder*

¹⁵ LEVENE, Ricardo, Historia del derecho argentino, T VIII, Buenos Aires: Kraft, 1954, p. 414

¹⁶ RAMIREZ BRASCHI, Dardo, Judicatura, poder y política. La justicia en la provincia de Corrientes durante el S.XIX. Corrientes: Moglia, 2008, p. 96.

¹⁷ Cf. NIEVES, Fabián, Las medidas de excepción en el derecho público correntino (1821-1852), 22do Congreso de Historia de la Provincia de Corrientes, Corrientes: Moglia, 2022, p.617.

ejecutivo". Y este poder duraba todo el tiempo que a juicio del gobernador considerase necesario.¹⁸

Los abusos cometidos a través de estas instituciones de emergencia llevaron al constituyente a abolirlas definitivamente del orden constitucional. Y tal fue el consenso, que fue aprobado sin debate por el Congreso. Incliniéndose a reconocer otras instituciones de emergencia, como el estado de sitio y la intervención federal, pero prohibiendo fulminantemente con la nulidad insanable de los actos prohibidos y la pena de infames traidores a la patria a quienes concedan, firmen o consientan facultades extra y suma del poder público.

Es decir que el constituyente asimiló el otorgar y recibir estos poderes extraordinarios antirrepublicanos, al caso de quien toma las armas contra la Nación o se uniere y prestare ayuda a sus enemigos, según se desprende del antiguo art. 100 y actual 119.¹⁹

Las prohibiciones previstas por el constituyente no encuentran antecedente en el derecho comparado de las experiencias constitucionales previas, como la norteamericana, la francesa o las hispanoamericanas. Tampoco encontramos cláusula semejante en el proyecto de constitución de Juan Bautista Alberdi.

En cambio, en el derecho público de las provincias, previo a 1853, podemos identificar cuatro antecedentes jurídicos directos del artículo 29:

- a) En el proyecto de constitución de la provincia de Buenos Aires de 1833 cuyo artículo 170 disponía: "Jamás podrá en la provincia el P. E. ser investido con facultades extraordinarias para disponer de las vidas ni fortunas de los particulares, ni trastornar el orden y formas de la administración establecido por las leyes".
- b) La ley correntina de 1840, haciendo gala de un republicanismo notable para el momento, sancionó que "la inteligencia dada a las palabras facultades extraordinarias y suma del poder público, sobre la vida, libertad, seguridad y

¹⁸ TAU ANZOATEGUI, Víctor, Las facultades extraordinarias y la suma del poder público en el derecho provincial argentino (1820-1853), Revista del Instituto de Historia del Derecho, No 12, Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1961, p. 72.

¹⁹ Artículo 119.- La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado.

propiedad del hombre, son antisociales, degradantes a la especie humana y contrarias a la ventura y felicidad ".²⁰

- c) El artículo 213 del proyecto de constitución de la provincia de Corrientes de 1847 que, siguiendo al proyecto bonaerense de 1833, disponía "Jamás podrá en la Provincia ser investido el Poder Ejecutivo con facultades extraordinarias para disponer de las vidas, ni fortunas de los particulares, ni trastornar el orden y forma de la administración establecida por las Leyes".
- d) De manera más relativa, los artículos 42 y 43 del Estatuto de la Provincial de Tucumán de 1852, que prohibían de manera genérica las facultades extraordinarias, permitiendo su uso en casos de conmoción interior y confundiendo la institución con el estado de sitio.

Conclusión.

El artículo 29 de la Constitución Nacional es una típica norma de carácter historicista, sin antecedentes en el derecho comparado extranjero, anclado en la experiencia vivida, sufrida y padecida por las provincias, y como dirá Agustín de Vedia se trata de "una protesta que se levanta del fondo de la historia"²¹.

Es una declaración de defensa del sistema republicano y un rechazo explícito a la concentración del poder.

Está allí inscrita en nuestra Constitución con letras de sangre, como expresara José Manuel Estrada²², para recordarnos los males padecidos por la dictadura, la tiranía y del poder absoluto; y para no olvidarnos de que la libertad sólo es posible allí donde rige el imperio de la ley en lugar del imperio de los hombres, donde existen equilibrios, frenos y contrapesos, y donde el diseño institucional impide que alguien tome todo el poder.

²⁰ Registro Oficial de la Provincia de Corrientes, T. IV, Corrientes: Imprenta del Estado, 1929, p. 245.

²¹ HERNÁNDEZ, Antonio, Emergencias, orden constitucional y covid-19, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2020, p. 92.

²² ESTRADA, José, Curso de derecho constitucional, TII, Buenos Aires: Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1902, p. 35.