

**EL ESTUDIO DE LA
HISTORIA CONSTITUCIONAL
Y DE LA
HISTORIA DEL DERECHO
EN LA CURRICULA DE LAS
CARRERAS DE ABOGACIA**

Por ARMANDO MARIO MARQUEZ

Exposición brindada en las
III Jornadas de Historia del Derecho,
organizadas por la
Facultad de Derecho y de Ciencias Sociales y Políticas de la
Universidad Nacional de Nordeste -UNNE-
Corrientes, 6 y 7 de septiembre de 2023

A MODO DE PRESENTACION

Ante la invitación contenida en el titulado de este panel estimo prudente adelantar que el estudio de la Historia Constitucional Argentina y de la Historia del Derecho en el ámbito de las Ciencias Jurídicas devienen cuestiones no solo importantes sino, por sobre todo ello: Necesarias e Imprescindibles, tan necesarias e imprescindibles cuanto lo es el conocimiento del pasado humano. En los renglones que vienen trataremos de dar sustento a tal postura.

La respuesta y su desarrollo

El estudio de cualquier realidad humana -la nuestra, la Ciencia Jurídica, no escapa de ello- implica un triple ejercicio de abordaje de conocimiento:

- una mirada introspectiva, es decir: hacia nuestro interior, para advertir cuál es su comportamiento y desenvolvimiento actual, o sea conocer acabadamente nuestra propia realidad, luego,
- una mirada lateral, es decir: hacia los costados, para puntualizar cómo se comporta esa actualidad en el medio propio de nuestros vecinos y cotejarlo con aquélla, con nuestra realidad, que es lo que habitualmente denominamos derecho comparado, y, por fin,
- una mirada retrospectiva, es decir: hacia atrás, hacia el pasado, con el objeto de establecer cuál ha sido su devenir y su desarrollo previo.

A esta última mirada se refiere la cuestión ínsita en este ensayo, y, con su sola mención empezamos a despuntar su importancia.

Sin embargo, y a mi entender, dos cuestiones no menores ameritan ser tratadas en forma previa al abordaje de esa temática, a saber:

- En lo que hace a la llamada Historia Constitucional Argentina, estimo que esa denominación aparece exigua, inclinándome a que pase a ser referida como "Conformación Institucional de la Nación Argentina" nombre que abarca de mejor manera el objeto de su estudio, toda vez que no solamente conlleva el análisis de los ensayos y modelos constitucionales patrios previos, sino que también lo hace, además, de las instituciones que hacen al sistema que, en definitiva, lo contiene, de ahí que en algunas pocas casas de estudio de nuestro medio también reciben el título de "Historia de las Instituciones Argentinas".
- Distinto ha de ser el trato a dar para con la restante materia que preocupa a este espacio, cual la llamada Historia del Derecho, puesto que en ella, a modo de visión general, se estudiará la evolución de las diversas disciplinas que parcialmente la conforman; es así que de la simple enumeración de ramas tales como Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho

del Trabajo, Derecho Procesal, Derecho Tributario, entre muchas otros más, contando también aquella mencionada "ut supra", con la innegable riqueza del pasado, evolución y desarrollo que han tenido todas ellas, no solo en nuestro medio, me eximen de hacer mayores comentarios al respecto.

Los aspectos hasta acá expuestos empiezan a asomar una respuesta favorable al motivo de este panel y, en especial a las adjetivaciones de necesaria e imprescindible aludidas al comienzo de la presente exposición.

Pero no son solamente esos argumentos los que abonan tal postura. Allá vamos.

Ya en oportunidad de pronunciarme oportunamente al respecto¹ consideraba que el conocimiento del pasado de las instituciones jurídicas, les sumaba importancia porque:

- Satisface la esencial necesidad del hombre de conocer su pasado.
- Brinda un importante apoyo a las Ciencias Sociales en el estudio de los fenómenos propios de su especialidad.
- Constituye un instrumento de comparación cultural,

a lo que, ahora, le agregó un nuevo aspecto:

- Permite ahondar el devenir, evolución y desarrollo del instituto de que se trate.

Para llevar al ejemplo lo precedentemente aseverado habré de ahondar en dos muestras que grafican dos situaciones distintas, demostrativas ambas de la importancia del conocimiento previo, a saber:

Primer ejemplo: Acción de Hábeas Corpus

El primer ejemplo engloba tanto la conformación institucional argentina cuanto la Historia del Derecho: me refiero a la Acción de Habeas Corpus.

Veamos.

Me apresuro a aclarar que me referiré exclusivamente a su evolución nuestro medio, prescindiendo del importante bagaje que ese instituto arrastra puntualmente de la Historia Universal y que hace a su cabal conocimiento y comprensión actual.

Así es que advertimos que una concreta referencia histórica de ello la tenemos -sin nombrarlo expresamente- en la ley nacional número 48 ("de Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales")², cuyo artículo 20 dice que "*cuando un individuo se halle detenido o preso por una autoridad nacional, o a disposición de una autoridad nacional o so color de una orden emitida por*

¹ conf. trabajo de mi autoría "Importancia de la Historia Constitucional en el Estudio del Derecho Constitucional" en el "Coloquio sobre enseñanza del Derecho Constitucional", organizado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y la Universidad de San Andrés, Universidad de San Andrés, 24 de octubre de 2008.

² No soslayo el Decreto de Seguridad Individual, pero me pareció más adecuado iniciar el trato con una normativa más directa y pertinente como la nombrada y las que le continúan.

autoridad nacional o cuando una autoridad provincial haya puesto preso a un miembro del Congreso, o a cualquier otro individuo que obre en Comisión del Gobierno Nacional, la Corte Suprema o los jueces de sección podrán, a instancia del preso, o sus parientes o amigos, investigar sobre el origen de la prisión, y en caso de que esta haya sido ordenada por autoridad o persona que no esté facultada por la ley, mandarón poner al preso inmediatamente en libertad”.

Corroborando ello, la sanción de la ley nacional 2372, de octubre de 1888, que ponía en vigencia el llamado Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal y los Tribunales de la Capital y Territorios Nacionales, cuyo Libro Cuarto, Sección Segunda, Título IV se denominaba “Del modo de proceder en los casos de detención, arresto o privación ilegal de personas”, el que en su artículo 617 iba más allá de lo formal al establecer que *“contra toda orden o procedimiento de un funcionario público, tendiente a restringir sin derecho la libertad de una persona, procede un recurso de amparo de la libertad para ante el Juez competente. Procede también el recurso de hábeas corpus, cuando una autoridad provincial haya puesto preso a un miembro del Congreso o cualquier otro individuo que obre en comisión o como empleado del Gobierno Nacional”*. Vemos acá que el legislador se refiere erróneamente al instituto como “recurso”, categoría procesal distinta a la de “acción”, término más adecuado a la naturaleza de aquél.

Por medio de la reforma constitucional producida en 1949, de vigencia material hasta el quiebre institucional de septiembre de 1955³, se incorpora al texto primordial el instituto de referencia –al que también, erróneamente, se le asigna la calidad de “recurso”- por medio de la letra del artículo 29 que en su último párrafo establecía que *“todo habitante podrá interponer por sí o por intermedio de sus parientes o amigos, recurso de hábeas corpus ante la autoridad judicial competente, para que se investigue la causa y el procedimiento de cualquier restricción o amenaza a la libertad de su persona. El tribunal hará comparecer al recurrente, y, comprobada en forma sumaria la violación, hará cesar inmediatamente la restricción o la amenaza”*, siendo de destacar que vemos como novedad que tiene aparición legislativa la versión conocida como acción de hábeas corpus preventivo, es decir la posibilidad de iniciar la misma ante la inminencia de un hecho de las características exigidas por la norma que ponga en peligro lo tutelado.

Ya en 1984, con la reinstalación de la vida democrática en nuestro país, aparece una normativa específica, la ley 23.098, de actual vigencia, la que establece características parcialmente novedosas para el instituto, por tal:

- Mantiene la acción de hábeas corpus tradicional, o sea la que procede cuando una persona se encuentra ilegítimamente detenida por orden de un funcionario público (artículo 3, inciso 1).

³ Y formal a partir del 26 de abril de 1956.

- Agrega la acción de hábeas corpus correctiva, que es la que procede cuando una persona se encuentra legítimamente detenida y se produce un agravamiento en la forma o condiciones en la que ello se cumple (artículo 3, inciso 2).
- Consagra la acción de hábeas corpus preventivo, ante la inminencia de cualquiera de los dos supuestos anteriores (artículo 3).
- Adopta el principio de popularidad (artículo 5).
- Determina su vigencia durante el estado de sitio, instituto de excepción previsto por el artículo 23 de la Constitución Nacional, estableciendo que en tal supuesto se tenderá a comprobar:
 1. La legitimidad de la declaración del estado de sitio.
 2. La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio.
 3. La forma y condiciones en que la detención se cumple (acción de hábeas corpus correctivo).
 4. El efectivo ejercicio del derecho de opción de salir del país.

Con motivo de la reforma de 1994 a nuestra Ley Fundamental, se le dio tratamiento constitucional al por medio del artículo 43 párrafo cuarto al decir que: *"Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio"*.

El saber histórico nos muestra cómo ha ido evolucionando -y perfeccionando- en nuestro medio el instituto de marras, integrante del llamado "Sistema constitucional de resguardo de Derechos y Garantías".

Segundo ejemplo: los "adelantos" y las "novedades" de nuestra Historia Patria

El segundo ejemplo comprometido, será plural, ya que nos ilustra acerca de un enfoque distinto y nos advierte respecto de cómo ahondando en nuestro pasado podemos hallar -ya por entonces- dos institutos que hoy se nos presentan como novedosos y pintados como la solución de nuestros problemas actuales en materia de administración de justicia.

Mediación y desactivación del conflicto

Para ello me posicionaré en el Reglamento de Institución y Administración de Justicia del Gobierno Superior Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata, instrumento dictado por el Primer Triunvirato integrado por Feliciano Antonio Chiclana, Manuel de Sarratea y Juan José Paso y fechado el 23 de enero de 1812.

Este instrumento legal, compuesto por 56 artículos, nos dice en su exordio, en el que -siguiendo el modelo de los “corpus” de su época- se contiene su esquema axiológico, que son sus fines “...dejar a los pueblos la decisión de sus diferencias domésticas, restablecer la deprimida autoridad de los jueces ordinarios, prevenir sus contiendas por el arbitramiento de un tribunal de concordia...”, adelantando, así, lo que habrá de ser materia de trato en su normativa y con especial aplicación a lo abordado en este ensayo.

Más allá de lo adelantado en su inicio, lo atinente al asunto que nos ocupa lo hallamos específicamente en la letra de su artículo 41, cuando se dispone que: *“Si los litigios son los que abren acaso el número de las necesidades funestas de la sociedad, los que están encargados de regirla no llenan desde luego la obligación que en esta parte les impone tal confianza con propender solo al más recto y breve despacho de los pleitos, es también un deber suyo el remover todo motivo que pueda fundarlos y el transigirlos o sofocarlos en su origen: lo primero solo puede conseguirse por un sistema perfecto de legislación que dista mucho del alcance del actual gobierno, más para lo segundo, a más de otros recursos parciales, que proyecta emplear oportunamente el gobierno, se ofrece uno general sino único, el más eficaz que puede haberse discutido, tal es el juicio de árbitros constituidos bajo una base que fijando el término medio entre la arbitrariedad y empeño de las partes, no solo las avenga y componga, sino en la imposibilidad de ello determine, si hay mérito o no a una cuestión judicial sobre hecho o derecho”*.

Lo anteriormente transcrito nos habla del deseo del legislador de entonces de desactivar los conflictos generados en el cuerpo social y darles un abordaje y solución desde la labor jurisdiccional, alejado ello de la idea de confrontación.

Tal premisa tiene su correlato y remate final en el artículo siguiente, que hace operativo el anterior precepto, en razón que dispone la creación de los llamados “Tribunales de la Concordia”, en los términos que seguidamente transcribimos: *“A tan justo fin se instituye un Tribunal de Concordia, que en todas las ciudades debe componerlo el procurador síndico con dos regidores del ayuntamiento, que en caso de impedimento o recusación habrá de subrogarle un vecino elegido de acuerdo de ambas partes, consiguientemente este servicio será enteramente gratuito que es lo que más conforma a su elevado y generoso objeto”*.

Es decir este último órgano judicial iba actuar con una función mediadora con el indisimulado objetivo de desactivar el conflicto planteado entre las partes en disputa y, así, evitar la labor jurisdiccional.

Con lo cual, concatenando esto con lo dicho desde el inicio, estamos en presencia de una solución similar a las que en la actualidad se adoptan, aunque, debe resaltarse, aparecida poco más de doscientos años antes.

Principio de Disponibilidad

Otra cuestión de suma importancia y que es motivo de desvelos por parte de los inspiradores y también de los partícipes de las recientes reformas en materia procesal penal lo constituye el principio señalado en el rótulo, ya que permite la selección, en base a premisas de políticas públicas, de los asuntos que se llevarán a la práctica con la faena jurisdiccional.

Esta labor es puesta, unánimemente, en manos de quien tiene a su cargo la representación del Estado en el ejercicio de la acción penal, me refiero al Ministerio Público Fiscal.

Esto también encuentra su antecedente en nuestra primera legislación patria.

Así, los invito a posicionarnos en la última frase del artículo 41 del ya citado “Reglamento de Institución y Administración de Justicia del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata”, que transcribo: “...sino en la imposibilidad de ello determine, si hay mérito o no a una cuestión judicial sobre hecho o derecho” y que pueden repasar "in totum" renglones arriba.

Es decir, todo lo allí normado sería de aplicación siempre y cuando se considerara con entidad de excitar la labor jurisdiccional.

Hallamos, así, en su letra una indudable referencia al instituto del “Principio de Disponibilidad”, el que en la actualidad los regímenes procesales penales modernos depositan en la decisión del Ministerio Público Fiscal, para que sus representantes, como ya lo adelantara: en base a pautas objetivas fijadas por las mismas normas o bien surgidas de las políticas públicas, escojan qué casos habrán de generar el ejercicio de la acción penal en representación del Estado que los sistemas ponen en sus manos⁴.

Me permito recalcar que es éste uno de los pilares de los sistemas procesales penales contemporáneos, que no hacen otra cosa que reafirmar la condición de titular de la acción pública penal en representación del Estado a Ministerio Público Fiscal, propio del llamado "principio acusatorio".

También acá encontramos como el legislador de entonces se adelantó en más de doscientos años a una solución, que, no está de más señalarlo, aún genera discusiones y rispideces en los autores y los operadores, pero, como la expusiera en el acápite precedente, es uno de los ejes principales de los modernos sistemas procesales.

Dos siglos atrás nuestros hombres de entonces lo preveían en la normativa.

Muchos ejemplos más abundan en nuestra Historia

No quiero dejar de señalar que habremos de encontrar muchos más casos como los que han sido hasta acá materia de ejemplo, en que las modernas soluciones incorporadas a nuestros sistemas procesales y tildadas de novedosas registran antecedentes en nuestro pasado. En honor a la brevedad me quedo en los ejemplos que detallara

Es así que, en prieta síntesis, he intentado resaltar el valor y la necesidad de la ciencia histórica, no presentándola como una cuestión abstracta sino con un sustento basado en la comparación de dos realidades: la actual y la de otrora, de cuya confrontación ya se advierte la existencia en el pasado argentino patrio de instituciones hoy traídas como de avanzada, cual aquéllas que utilizara de ejemplo.

A MODO DE CONCLUSION Y DESPEDIDA

Creo haber dado respuesta -y fundamentado- a mi inicial postura favorable en cuanto a la importancia del estudio de los momentos jurídico-institucionales de nuestro pasado, caracterizado en las materias curriculares de la carrera de Derecho indicadas en el titulado.

Reitero la invitación a conocer nuestro pasado local con un doble objeto:

- advertir la evolución histórica de las instituciones actuales para su mejor aplicación, y
- hallar -y rescatar- instituciones que nos permitan mejorar la calidad institucional y también de vida de nuestras comunidades.

En definitiva: conocer nuestro pasado para entender nuestro presente y, agregaría yo: para mejorarlo.

Hago votos porque así lo sea.

Neuquén, septiembre de 2023.

⁴ Oportuno es señalar en punto a ello que los sistemas procesales modernos abren las puertas para que los agentes fiscales hagan una selección basada en lineamientos objetivos que las mismas normas les fijan, tales como: pena natural, compensación,

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA Y UTILIZADA

- Anales de Legislación Argentina de Editorial La Ley, Buenos Aires.
- **CASSANI**, Jorge Luis y **PEREZ AMUCHÁSTEGUI**, A. J., “Qué es la Historia”, Editorial Perrot, Tercera edición, Buenos Aires, mayo de 1967.
- **DEMICHELI**, Alberto, “Formación Nacional Argentina”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1971.
- **GALEANO**, Eduardo, “Las venas abiertas de América Latina”, Ediciones del Chanchito, sexta edición, Montevideo, Septiembre de 1999.
- **LAFONT**, Julio, Historia de la Constitución Argentina, Editorial FDV, Buenos Aires 1950.
- **LA LEY** -suplementos universitarios-Constitución Nacional-antecedentes históricos-2004.
- **LOPEZ ROZAS**, José Rafael, "Historia Constitucional Argentina", Astrea, Buenos Aires 1996.
- **MARQUEZ**, Armando Mario:
 - “Importancia del Estudio de la Historia Constitucional”, trabajo presentado en el VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, organizado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional en Arequipa, Perú, septiembre de 2005.
 - “La importancia de la Historia Constitucional en la enseñanza del Derecho Constitucional”, trabajo presentado en el “Coloquio sobre Enseñanza del Derecho Constitucional”. organizado por la Universidad de San Andrés y la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, San Isidro, octubre de 2008.
 - “Una mejora en la calidad del precepto constitucional del debido proceso legal en materia penal: la reforma procesal penal en la provincia del Neuquén”, trabajo publicado en el ejemplar número 13.431 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del 20 de febrero de 2014.
 - “La Historia Constitucional Argentina y las reformas procesales penales”, trabajo publicado en el ejemplar número 13.472 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del 28 de abril de 2014.
 - “Vigencia e Importancia del Estudio de la Historia Constitucional Argentina”, trabajo y exposición brindada en el marco del “VIII Congreso de Historia Regional del Neuquén”, organizado por la Junta de Estudios Históricos del Neuquén y la Municipalidad de Junín de los Andes, en esta última ciudad, septiembre de 2014.

- Registro Oficial de la República Argentina que comprende los documentos expedidos desde 1821 a 1873. Publicación Oficial. Tomo I (1810-1821).”La Imprenta”, Buenos Aires, 1879, material aportado por www.infoleg.gov.ar