

El Pacto Federal de 1831 o la norma fundamental argentina

Reflexiones desde el ordenamiento positivo

Raúl Luis Montero (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Consideraciones semánticas y metodológicas.— III. Análisis de los textos del Pacto Federal y del Tratado de San Nicolás.— IV. Nuestra visión o nuestras conclusiones.— V. Palabras finales.— VI. Referencias.

I. Introducción

La doctrina y la jurisprudencia argentina, en general, analizan los denominados “pactos preexistentes” como antecedentes de la Constitución Federal de 1853, tan solo como elementos que informan al federalismo instituido en Santa Fe; es decir, que los abordan desde una perspectiva esencialmente histórica, sin profundizar en su carácter de normas jurídicas que integraron, o bien que siguen integrando, el orden jurídico argentino.

Entendemos, apriorísticamente, que dicha mirada o consideración se emparenta, junto a otras cuestiones, con las tradicionales concepciones del derecho constitucional referidas al poder constituyente originario; las que sostenían desde antaño que este era ilimitado y, sostienen hoy que estaría limitado por parámetros que le dan “...un contexto en la realidad como puede ser: la historia de un pueblo, su idiosincrasia, incluso sus costumbres. Más aún los valores considerados superiores por dicha sociedad” (LUNA, 2021, p. 66). Algo más profunda

y moderna son las consideraciones de quienes sostienen que en la actualidad “...la existencia de un Derecho Internacional en materia de derechos humanos constituye una limitación moral y, en su caso, jurídica para la pretensión de un ejercicio ilimitado del poder constituyente, tanto en su dimensión *originaria* cuanto *derivada*” (ROSATTI, 2010, pp. 74/75).

Como puede observarse, Rosatti introduce el carácter jurídico de limitaciones al ejercicio del poder constituyente originario (que es el que nos interesa aquí), a partir del actual derecho internacional; sin embargo, lamentablemente no profundiza en esa línea argumentativa en el sentido de explicar cómo es que opera esa restricción jurídica; decimos lamentablemente, porque es precisamente la línea de análisis y argumentación que vamos a seguir en este trabajo en referencia al Pacto Federal de 1831.

Nos interesa señalar y sostener, en general, que los pactos preexistentes constituyeron una limitación de nuestro poder constituyente originario; pero, en forma particular nos interesa señalar y poner de resalto que el Pacto Federal de 1831 constituyó un límite normativo del derecho positivo vigente para el ejercicio de ese poder. Es decir que: el poder constituyente originario argentino en 1853 se encontraba limitado normativamente.

Resulta claro que las ideas que sostendremos en este pequeño trabajo y los hechos en los que se fundan, contradicen las tradicionales posiciones de la doctrina referentes al poder constituyente originario y, sirven a su vez para demostrar fácticamente su error —por lo me-

(*) Abogado (UNLP), especialista en Derecho Administrativo (UCLP). Docente de Grado en la UNLP (titular interino de la asignatura Derecho Público Provincial y Municipal), y en la UCLP (titular de la asignatura Derecho Público Provincial y Municipal). Docente de Posgrado en la UCLP (en la especialización en Derecho Administrativo: titular de Derecho Constitucional Profundizado y, adjunto de Administración Financiera. En la especialización en Gestión Local y Desarrollo Territorial: adjunto de la asignatura Derecho Político y Administrativo Local). En la UNP (en la Maestría en Derecho Administrativo: adjunto de la asignatura Bienes del Dominio Estatal y Limitaciones Administrativas a la Propiedad).

nos respecto el caso argentino de 1853—. Esta afirmación, que ya hemos realizado anteriormente (MONTERO, 2021, p. 268) es irrefutable dado que el propio preámbulo de la Constitución Federal sostiene que el Congreso Constituyente dicta la constitución “...en cumplimiento de pactos preexistentes...” (Constitución Argentina); los que imponían la forma federativa de estado.

Asimismo, como veremos a partir del estudio de sus cláusulas, en el Tratado de San Nicolás de los Arroyos (también invocado por esa fórmula), se ratificaba la vigencia de aquel de 1831, al tiempo que sirve para proyectarlo como un paraguas protector de la organización del estado que contendría al pueblo argentino (en términos de nacionalidad) y, que uniera en uno a los estados provinciales [verdaderas repúblicas en ese momento (1)], que al mismo tiempo eran sus sujetos constituyentes.

Indagaremos entonces y, sostendremos, a manera de esbozo dada la dimensión de este opus, que el Pacto Federal de 1831 constituye una norma de derecho positivo vigente y, que se trata de la norma fundamental del orden jurídico argentino; para ello nos valdremos de diversos trabajos de la doctrina dedicados al estudio de la lógica, las normas y los sistemas jurídicos. Estamos convencidos que el estudio del derecho público en general, así como sus diversas ramas, entre ellas el constitucional, ameritan y requieren de una aproximación y del estudio desde las perspectivas señaladas precedentemente.

II. Consideraciones semánticas y metodológicas

A manera de aclaración efectuaremos algunas consideraciones semánticas y metodológicas, entendiendo que la transmisión del mensaje depende de la claridad de los conceptos; pero, que ello no se logra si no es claro y preciso el lenguaje que se utiliza por parte del emisor.

Entonces, comenzaremos por señalar que este trabajo, a pesar de que sostendrá una idea o tesis, no es más que una conjetura o esbozo; ello es así, dado que como señalamos la dimensión que posee no nos permite efectuar un desarrollo propio de la comprobación de la tesis sostenida. Pedimos en consecuencia las dispensas del

caso al lector y, requerimos de su indulgencia y comprensión de las limitaciones que poseemos para efectuar este abordaje.

Así las cosas, en general este trabajo se encuentra dentro del plano de la filosofía del derecho, ello en atención a que su objeto se ubica y opera en el rango de los sistemas de normas, y no solamente en el plano de las normas.

Consecuentemente, es necesario determinar de qué hablamos cuando hablamos de orden jurídico o, sistema jurídico. Ahora bien, para ello también es necesario previamente señalar que un análisis como el que encaramos requiere precisar o indicar desde que universo filosófico lo hacemos; nos referimos a indicar si nuestra mirada se efectuara desde el iuspositivismo o el iusnaturalismo, desde las reglas o los principios, desde la comprensión o la interpretación o, desde la subsunción o la ponderación (asimilaremos, para simplificar, este último término con argumentación).

En primer lugar, entendemos que los componentes de estos cuatro binomios se vinculan entre sí; a saber: iusnaturalismo, principios, interpretación y ponderación, por un lado y, iuspositivismo, reglas, comprensión y subsunción por el otro.

En segundo lugar creemos que los componentes así agrupados comparten una cantidad de lógicas e ideas que los hacen pasibles de ser considerados una misma cosa en el fondo; es común que los doctrinarios intenten permanentemente diferenciaciones a partir de sutilezas, las que en muchas ocasiones no justifican una diferenciación y, si bien probablemente este no sería el caso en todos los supuestos o binomios enunciados, para mayor claridad reduciremos (en forma cuasi jibara) a los primeros como variantes o perspectivas iusnaturalistas y a los segundos como variantes o perspectivas iuspositivistas.

Así las cosas, habiendo optado nuestro modelo organizacional por el de las constituciones escritas y por un sistema escrito de normas jurídicas conforme el art. 14 de la Constitución federal, que en la parte pertinente reza: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber:”, el que se ve complementado por varios de los incisos del art.

(1) Cabe recordar que la carta magna Tucumana se denominaba “Constitución de la República del Tucumán”.

75, fundamentalmente por el inc. 12 y, por los arts. 77 a 84 que establecen el procedimiento “[d]e la formación y sanción de las leyes” es que el iuspositivismo será el eje central sobre el cual formularemos nuestros análisis.

Ahora bien, como es la propia carta magna la que introduce los principios en sus dispositivos 28 y 33, entre otros, no excluimos la posibilidad que el iusnaturalismo talle también en el presente trabajo, entre otras cuestiones porque tampoco estamos tan seguros de la recíproca exclusión de ambos universos iusfilosóficos (lo que implica que entendemos al positivismo también como una filosofía jurídica).

En definitiva, en este trabajo cuando hablemos de orden jurídico o, de sistema jurídico, adoptamos el concepto dado por Eugenio Bulygin (1991) quien en su trabajo “Algunas Consideraciones sobre los Sistemas Jurídicos”, decía:

“Si el sistema jurídico se concibe como un conjunto de objetos de cierto tipo (por ejemplo, un conjunto de normas o de enunciados jurídicos) y el conjunto es definido extensionalmente, entonces el sistema tiene que estar referido a un punto temporal determinado, pues con todo cambio provocado por los actos de creación o de derogación de normas, el conjunto deja de ser el mismo y se convierte en otro distinto, con lo cual volvemos a tener un concepto estático de sistema. Por lo tanto, un sistema dinámico no puede ser un conjunto de normas, sino una familia (es decir, un conjunto) de conjuntos de normas, o más precisamente una secuencia temporal de conjuntos de normas. Esto nos ha llevado a proponer una distinción terminológica entre sistema jurídico como conjunto de normas y orden jurídico como secuencia de sistemas jurídicos” (p. 259).

Así las cosas, nos interesa sostener y determinar que el art. 16 cláusula 5 del Pacto Federal que prevé como unas de las atribuciones de la Comisión Representativa de los Gobiernos de las Provincias Litorales de la República Argentina la de “...invitar a todas las demás provincias de la República, cuando estén en plena libertad y tranquilidad, a reunirse en federación con las litorales y a que por medio de un Congreso General Federativo se arregle la administración general del país bajo el sistema federal, su comercio interior y exterior, su navegación, el cobro y distribución de las rentas generales, y el

pago de la deuda de la República, consultando del mejor modo posible la seguridad, y engrandecimiento general de la República, su crédito interior y exterior, y la soberanía, libertad e independencia de cada una de las provincias”, es parte del sistema jurídico vigente de la República Argentina y, que esa pertenencia se presenta o posee el carácter de norma fundamental o norma independiente originaria que constituye la base del orden jurídico argentino, lo que dicho con palabras de Bulygin (1991) sería:

“Lo dicho implica que todo orden jurídico tiene que originarse en un sistema de normas independientes; esas normas, salvo que sean derogadas o modificadas en el futuro por autoridades competentes, pertenecen a todos los sistemas subsiguientes de ese orden. Todos los sistemas pertenecientes a ese orden, salvo el primero, se originan a partir del sistema inmediatamente anterior mediante adición de normas nuevas (como consecuencia de actos de promulgación o creación normativa) o por medio de la sustracción de normas (como consecuencia de actos de derogación) y, en última instancia, a partir del sistema originario de normas independientes.

“Desde luego, tanto los actos de promulgación como los de derogación tienen que ser llevados a cabo por autoridades competentes, es decir, tienen que cumplir con el criterio de legalidad C2. En este sentido las normas independientes originarias constituyen la base del orden jurídico. El conjunto de las normas independientes que constituyen la base de un orden jurídico será denominado —siguiendo la terminología de Kelsen— la primera constitución de ese orden jurídico.

“Para poder hablar de un orden jurídico hay que partir de una primera constitución, esto es, de un conjunto de normas que se decide adoptar como base del orden...” (pp. 262-263).

Luego, habiendo citado Bulygin a Kelsen, nos sentimos obligados a citarlo también a fin de recordar que:

“La teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que esta les confiere a los actos del primer constituyente y a to-

dos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico... Es pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Solo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir sentido jurídico a los materiales jurídicos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas". (KELSEN, 1994, ps. 138/139).

En el párrafo siguiente nos decía el austríaco que:

"La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas... Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas". (KELSEN, 1994, p. 139).

El lector ya habrá avizorado que estamos utilizando a Kelsen para decir y afirmar algo que pareciera contener o, ser una directa contradicción de lo sostenido por aquel; pero, entendemos que ello no es así. Las ideas de la teoría pura del derecho y, particularmente la de la norma fundamental, constituyen un titánico esfuerzo para dar fundamento al sistema de derecho y, a su autoridad; pero, siendo una tesis, una idea, no implica que en la práctica, recordando que el derecho es definido como una práctica social, no puedan corroborarse o verificarse supuestos concretos donde en un tiempo dado, determinados sucesos concatenados adquieran forma jurídica y sean la fuente eficiente de la primera constitución; tornándose de tal forma la hipótesis en una realidad u hecho.

A continuación, efectuaremos un análisis del Pacto Federal y del Tratado de San Nicolás con miras a dar claridad a las ideas que venimos sosteniendo y a las que sostendremos; ello, desde el entendimiento que para quienes no estamos acostumbrados a la lógica, presente y estructural en las concepciones de Bullygin y de Kelsen,

los ejemplos nos permiten visualizar cuestiones que en abstracto no siempre percibimos.

III. Análisis de los textos del Pacto Federal y del Tratado de San Nicolás

Antes de analizar ambos documentos y, como forma de contextualizar el momento histórico, desde una perspectiva fáctica, dedicaremos unos breves párrafos a identificar el origen de nuestras provincias o estados miembros, que engendraron la federación y, a su propio proceso constituyente.

Las provincias se formarían, en buena medida, en rededor del Cabildo de la Capital de las denominadas gobernaciones intendencias (figura que fuera establecida durante la época monárquica —de los Borbones—) y de las Juntas Provinciales creadas por la Junta Grande el 10 de febrero de 1811; la doctrina suele negar a esta creación el carácter de antecedente federal dado que solo ejercían las competencias de los anteriores gobernadores intendentes (los que más bien eran funcionarios desconcentrados del poder central —la vida política autónoma de estas sociedades se limitada a las competencias del Cabildo—), pero lo que es innegable es su carácter de antecedente en la formación de las provincias y sobre todo de los límites geográficos que presentaran en el origen de la vida autogobernada (2).

Así las provincias comenzaron a constituirse como tales y a organizarse desde 1815 e iniciaron el proceso de sanción de sus normas constitutivas, verbigracia con el Estatuto Provisorio de Santa Fe de 1819, la Constitución de la Republica del Tucumán de 1820, el Reglamento Provisorio de Córdoba de 1821, el Reglamento Provisorio de Corrientes de 1821, la Constitución de Salta de 1821, el Estatuto Provisorio de Entre Ríos de 1822, el Reglamento Constitucional para la Nueva Provincia de Catamarca de 1823 y, la Carta de Mayo de San Juan de 1825. Con posterioridad a la firma del Pacto Federal encontramos al Proyecto de Constitución de Buenos Aires de 1833

(2) En nuestro caso creemos que el federalismo se originó como consecuencia de diversos factores; pero en particular como consecuencia de la instalación de los cabildos y de la forma en que los Austrias o Habsburgos ejercían el poder; muy por el contrario, las políticas de los Borbones, como buenos franceses, resultaron en antecedentes de nuestro unitarismo, jurídico y práctico.

(promovido por los federales Balcarce y Viamonte, pero sepultado por el Tirano Juan Manuel de Rosas) y la Constitución de Jujuy de 1835.

Como puede desprenderse de lo dicho en el párrafo precedente, desde el inicio de nuestra vida independiente no siempre convivieron los tres niveles de estatalidad, a saber: Municipal, Estadual o Provincial y, Nacional o General **(3)** (utilizamos la formula Gobierno General por ser la forma más utilizada por Alberdi en sus “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina” y en su “Derecho Público Provincial Argentino”); por tal motivo utilizamos el siguiente cuadro con el que intentamos clarificar la secuencia temporal de la convivencia de los referidos niveles.

Periodo	Nivel municipal	Nivel provincial	Nivel nacional
1810/1814	SI	NO	SI
1815/1820	SI	SI	SI
1821/1825	NO (4)	SI	NO
1826	NO	SI	SI
1827/1852	NO	SI	NO
1853/...	SI	SI	SI

Dicho ello corresponde ahora sí, adentrarnos en el estudio de las normas de ambos acuerdos o pactos preexistentes.

III.1. Pacto Federal

El Pacto Federal fue suscripto el 4 de enero de 1831 por los gobiernos de Santa Fe, Buenos Aires y Entre Ríos con la finalidad de estrechar cada vez más los vínculos que los unían, en el entendimiento y creencia que así lo reclaman sus intereses particulares y los de la República (encabezado).

En ese mismo encabezado se da cuenta de otros instrumentos previos, los que se tienen presente al suscribir el que nos encontramos analizando, a saber:

- El tratado preliminar celebrado en la ciudad de Santa Fe el veintitrés de febrero último entre los gobiernos de dicha provincia y la de Corrientes.
- La invitación, que con fecha veinticuatro del expresado mes de febrero, hizo el gobierno de Santa Fe al de Buenos Aires.
- La convención preliminar ajustada en Buenos Aires el veintitrés de marzo del año anterior entre los gobiernos de esta provincia y la de Corrientes.

(3) Prescindimos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —CABA— por no resultar necesario a los fines de la idea que tratamos de transmitir.

(4) En forma arbitraria, y solo con fines didácticos tomamos el año 1821 como fecha de desaparición de los Cabildos, en ese año se suprimieron los Cabildos de Lujan y Buenos Aires en la recién creada provincia homónima, hecho que fue seguido en forma paulatina por la totalidad de las demás provincias, proceso que concluyo en la década de los años del 1830.

- Así como la del tratado celebrado el tres de mayo último en la capital de Entre Ríos entre su gobierno y el de Corrientes.

Y, no menos importante, una manifestación referente a la voluntad popular: "...que la mayor parte de los pueblos de la República ha proclamado del modo más libre y espontáneo la forma de gobierno federal..." (Pacto Federal).

El art. 1° contiene una ratificación y declaración de vigor y fuerza de los tratados anteriores celebrados entre los mismos gobiernos en la parte que estipulan paz firme, amistad y unión estrecha y permanente; reconociendo recíprocamente su libertad, independencia, representación y derechos. Sin duda varias cosas resultan importantes esta disposición normativa, pero el uso del término "independencia" nos parece relevante a los fines de la correcta comprensión (positivismos mediante) o, interpretación (iusnaturalismo mediante).

Por el segundo, las provincias suscriptoras se obligaban a resistir cualquier invasión extranjera que se haga, bien sea en el territorio de cada una de las provincias contratantes o de cualquiera de las otras que componen el Estado argentino; en este caso resulta necesario señalar que el uso del término estado no es feliz, dado que como ya observamos (ver cuadro precedente) no existía Estado argentino. Asimismo, por el art. 3° se ligaban y constituían en alianza ofensiva y defensiva contra toda agresión o preparación de parte de cualquiera de las demás "...provincias de la República (lo que Dios no permita) ..." (Pacto Federal) que amenace la integridad e independencia de sus respectivos territorios. En este caso, resulta aplicable lo señalado respecto del art. 2°, dado que no existía república por no encontrar organizadas sus instituciones y, también, cabe resaltar la coloquial invocación a Dios.

En el art. 4°, se comprometen a no oír, ni hacer proposiciones, ni celebrar tratado alguno particular una provincia por sí sola con otra de las litorales, ni con ningún otro gobierno, sin previo avenimiento expreso de las demás provincias que forman la federación: en este caso la autolimitación de cada estado parte resulta relevante, así como la autodenominación como federación, lo que en términos jurídicos no es correcto, dado que se trataba, en todo caso, de una Confederación. Ahora bien, como contrapartida

de esa autolimitación, por el art. 5° generaban otra autolimitación, esta vez, tendiente a no impedir toda otra clase de vinculación; para ello se obligan a no rehusar su consentimiento expreso para cualquier tratado que alguna de las tres provincias litorales quiera celebrar con otra de ellas o de las demás que pertenecen a la República, siempre y cuando tal tratado no perjudique a otra de las mismas tres provincias o a los intereses generales de ellas o de toda la República. Como puede verse, continua el mal uso del término república.

Completando las disposiciones relativas a su alianza defensiva-ofensiva por el art. 6° se obligan también a no tolerar que persona alguna de su territorio ofenda a cualquiera de las otras provincias o a sus respectivos gobiernos, y a guardar la mejor armonía posible con todos los gobiernos amigos; y por el séptimo, prometían no dar asilo a ningún criminal que se acoja a una de ellas, huyendo de las otras por delito, cualquiera que sea, y ponerlo a disposición del gobierno respectivo que lo reclame. Es digno de resaltar que en su parte final este artículo recepta un principio del derecho penal, cuando disponía que "...[e]ntendiéndose que el presente artículo solo regirá a los que se hagan criminales después de la ratificación y publicación de este tratado" (Pacto federal).

El art. 8° preveía que los habitantes de las provincias gozarían recíprocamente de la franqueza y seguridad de entrar con sus buques y cargas en todos los puertos, ríos y territorios de cada una ejerciendo en ella su industria con la misma libertad, justicia y protección que los naturales de la provincia, en que residan bien sea permanente o accidentalmente. Y, por el décimo, se regulaba tránsito de mercancías en los siguientes términos: "Los frutos y efectos de cualquier especie que se importen o exporten del territorio o puertos de una provincia a otra por agua o por tierra no pagarán más derecho que si fuesen importados por los naturales de la provincia, adonde o de donde se exportan o importan (Pacto Federal). Finalmente, el décimo es el último relativo a derechos, disponiendo que no se concederá a una provincia derecho, gracia, privilegio o exención a las personas y propiedades de los naturales de ella, que no se conceda a los de las otras provincias.

A partir del art. 11 comienza una zaga de normas de carácter institucional, estableciendo ese

que, dado que algunas de las jurisdicciones contratantes habían determinado por ley que nadie pueda ejercer en ella la primera magistratura sino sus hijos respectivamente, se exceptúa dicho caso y otros de igual naturaleza, que fuesen establecidos por leyes especiales. Entendiéndose que en caso de hacerse por una provincia alguna excepción, ha de extenderse a los naturales y propiedades de las otras aliadas. El dispositivo duodécimo, establecía el mecanismo de admisión al pacto de otras provincias, requiriendo el expreso y unánime consentimiento de cada una de las demás provincias federales.

Las cuestiones relativas a cómo funcionaría la alianza en su faz defensiva, previendo que de ser atacadas en su libertad e independencia por alguna de las que no entran al pacto o por otro cualquier poder extraño, se auxiliarían con cuántos recursos y elementos estén en la esfera de su poder, según la clase de la invasión, procurando que las tropas que envíen las provincias, sean bien vestidas, armadas y municionadas y que marchen con sus respectivos jefes y oficiales; previendo que por separado se acordaría la suma de dinero con que para este caso deba contribuir cada una. Asimismo, por el art. 14 se determinaba que las fuerzas terrestres o marítimas que se envíen (de conformidad al art. 13) en auxilio de la provincia invadida, deberían obrar con sujeción al gobierno de esa, mientras pisen su territorio y naveguen sus ríos en clase de auxiliarse.

Sin dudas, desde el punto de vista institucional los dispositivos más importantes son los arts. 15 y 16: el primero de este par preveía que “[i]nterin dure el presente estado de cosas y mientras no se establezca la paz pública de todas las provincias de la República, residirá en la capital de la de Santa Fe una comisión compuesta de un diputado por cada una de las tres provincias litorales, cuya denominación será Comisión Representativa de los Gobiernos de las Provincias Litorales de la República Argentina, cuyos diputados podrán ser removidos al arbitrio de sus respectivos gobiernos cuando lo juzguen conveniente, nombrando a otros inmediatamente en su lugar” (Pacto Federal); como puede observarse, se repite el error de consignar a la Argentina como una república cuando no se encontraba organizado el estado en el que se unieran las provincias.

Mientras que el art. 16, segundo de ese par, contenía las atribuciones de la comisión, las que consistían en:

- Celebrar tratados de paz en nombre de las provincias conforme a las instrucciones que cada uno de los diputados tenga de su respectivo gobierno y con la calidad de someter dichos tratados a la ratificación de cada una de ellas.

- Declarar la guerra contra cualquiera otro poder a nombre de las provincias toda vez que estas estén acordes en que se produzca esta.

- Ordenar se levante el ejército en caso de guerra ofensiva o defensiva y nombrar el general que deba mandarlo.

- Determinar el contingente de tropas con que cada una de las provincias aliadas deba contribuir conforme el artículo trece.

- Invitar a todas las demás provincias de la República, cuando estén en plena libertad y tranquilidad, a reunirse en federación con las litorales y a que por medio de un Congreso General Federativo se arregle la administración general del país bajo el sistema federal, su comercio interior y exterior, su navegación, el cobro y distribución de las rentas generales, y el pago de la deuda de la República, consultando del mejor modo posible la seguridad, y engrandecimiento general de la República, su crédito interior y exterior, y la soberanía, libertad e independencia de cada una de las provincias.

Esta última competencia, establecida como quinta facultad de la Comisión Representativa de los Gobiernos de las Provincias Litorales de la República Argentina es la que interesa a los fines de este trabajo. Podríamos decir, anticipadamente, que constituya la norma de derecho positivo independiente sobre la que se asienta todo el andamiaje del ordenamiento jurídico argentino (Bulygin) o, la norma fundamental (Kelsen).

Por último, el art. 17 preveía la ratificación del pacto, estableciendo plazos diferentes para cada provincia [tres días para el gobierno de Santa Fe, seis días para el de Entre Ríos y treinta por el porteño/bonaerense (5)]; y un artículo

(5) Vale la pena recordar, que los hoy bonaerenses, eran en aquellos tiempos porteños.

adicional preveía que ante la urgencia de concluir el tratado y no habiendo concurrido la provincia de Corrientes a su celebración, dada la renuncia del general Ferré, se preveía que los tres comisionados que lo suscribieron a que adhiriendo a este, se lo acepte y ratifique en todas y cada una de sus partes de este modo que si hubiese sido celebrado con su respectivo comisionado.

III.2. Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos

Derrocado el tirano, el 31 de mayo de 1852, los gobernadores de las provincias argentinas celebraron este nuevo pacto, que luego formaría parte de los denominados “pactos preexistentes”.

Comienza el acuerdo con un exordio que reza que:

“Los inscriptos, Gobernadores y Capitanes Generales de las Provincias de la Confederación Argentina, reunidos en san Nicolás de los Arroyos, por invitación especial del Excmo. señor encargado de las relaciones exteriores de la República Brigadier General don Justo José Urquiza, a saber: (...) teniendo por objeto acercar el día de la reunión al Congreso General, que, con arreglo a los tratados existentes y al voto unánime de todos los pueblos argentinos, como pertenecientes a una misma familia, que establezca y defina los altos poderes nacionales y afiance el orden y la tranquilidad interior y la respetabilidad exterior de la Nación.

“Siendo necesario allanar previamente las dificultades que pueden ofrecerse en la práctica para la reunión del Congreso, proveer a los medios más eficaces de mantener la tranquilidad interior, la seguridad de la República y la representación de la Soberanía durante el período constituyente. - Teniendo presente las necesidades y los votos de los pueblos que nos han confiado su dirección, e invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia. Hemos concordado y adoptado las resoluciones siguientes: ”

Como puede observarse, la obligación de reunión del Congreso surge de los “tratados existentes”, terminología y temporalidad (presente) que nos parece correcta y adecuada; efectivamente, los tratados existían en ese tiempo y, des-

de nuestra perspectiva siguen existiendo, dado que no se agotaron con la reunión del Congreso.

En la cláusula primera se establece que “[s]iendo una ley fundamental de la República, el tratado celebrado el 4 de enero de 1831...” (Acuerdo de San Nicolás), al que ya habían adherido la totalidad de las provincias, conforme lo preveía aquel pacto, que sería “...religiosamente observado en todas sus cláusulas...” (Acuerdo de San Nicolás).

Por la cláusula segunda se reproduce la fórmula del art. 16 y se declara que estando a esa fecha todas las Provincias de la República en toda libertad y tranquilidad:

“...Ha llegado el caso previsto en el art. 16 del precitado tratado, de arreglar por medio de un Congreso General Federativo la Administración General del País bajo el sistema federal; su comercio interior y exterior, su navegación, el cobro y distribución de las rentas generales, el pago de la deuda de la República consultando del mejor modo posible la seguridad y engrandecimiento de la república, su crédito interior y exterior y la soberanía, libertad e independencia de cada una de las provincias (Acuerdo de San Nicolás)”.

Desde nuestro modesto punto de vista, la cláusula en análisis se funda, histórica, fáctica y jurídicamente en el pacto Federal; y esto último, dado que con toda claridad invoca la cláusula citada como derecho positivo vigente en cada provincia soberana. Así, este nuevo pacto es un eslabón que une al Pacto Federal con la Constitución de 1853.

Por la tercera cláusula, invocando el art. 9° del tratado (utiliza este término, no el de pacto al referirse al de 1831) prevé una los artículos y mercancías serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transportan, y que ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio (6).

El dispositivo enumerado como cuarto preveía la fecha de instalación del Congreso y que

(6) Mantenemos la terminología del Tratado para que se observe la similitud con el texto sancionado como Constitución.

cada provincia elegiría sus diputados conforme las leyes de elecciones para los diputados de cada legislatura y, por el quinto, se disponía que al ser todas las provincias iguales en derechos el Congreso Constituyente se formará con dos diputados por cada provincia.

Por la cláusula sexta se preveían aspectos procesales sustanciales al determinarse que el Congreso sancionaría la Constitución Nacional, ha mayoría de sufragios, y que como para lograr ese objeto, sería un embarazo insuperable que los diputados trajeran instrucciones especiales que restrinjan sus poderes, quedaba convenido que la elección se haría sin condición ni restricción alguna, fiándose a la conciencia, al saber y al patriotismo de los diputados, el sancionar con su voto lo que creyesen más justo y conveniente, sujetándose a lo que la mayoría resuelva, sin protestas ni reclamos.

La cláusula séptima contenía una recomendación para que los diputados elegidos se encuentren imbuidos de un sentimiento nacional y de patriotismo, mientras que en la octava se establecían garantías políticas y personales para estos, así como la posibilidad de que fueran remplazados por las provincias de creerlo oportuno.

La novena habilitaba al encargado de las relaciones exteriores de la Confederación a proveer a los gastos de viático y dieta de los diputados; y la décima a instalar y abrir las sesiones del Congreso (por sí o por delegado), a proveer a la seguridad y libertad de sus discusiones, así como también a librar los fondos que sean necesarios para la organización de la oficinas del despacho, y a tomar todas aquellas medidas que creyere oportunas para asegurar el respeto de la corporación (Congreso) y sus miembros.

La cláusula decimoprimer a fijaba que la convocatoria del Congreso se haría para la ciudad de Santa Fe; y que una vez reunido e instalado, él mismo podía determinar el lugar de su asiento o residencia.

Por la cláusula dúo décima se preveía que sancionada la Constitución (y las leyes orgánicas que necesarias para ponerla en práctica), sería comunicada por el presidente del Congreso al encargado de las relaciones exteriores y que este la promulgaría inmediatamente como ley

fundamental de la Nación, haciéndola cumplir y observar; debiendo:

“Enseguida ser nombrado el primer presidente constitucional de la República y el Congreso Constituyente cerrará sus sesiones dejando a cargo del Ejecutivo poner en ejercicio las leyes orgánicas que hubiera sancionado” (Acuerdo de San Nicolás, levemente modificada la redacción).

Por su parte las cláusulas décimo tercera y décimo cuarta, estaban destinadas a prever obligaciones de los suscriptores y a otorgar facultades al encargado de las relaciones exteriores para el mantenimiento del orden y paz de la República (supuesto este para el cual los demás gobernadores prestarían su cooperación y ayuda en conformidad al tratado del 4 de enero de 1831. Seguidamente, la décimo quinta también preveía facultades al encargado de las relaciones exteriores para representar la soberanía y conservar la indivisibilidad nacional, mantener la paz interior, asegurar las fronteras durante el período constituyente y defender la república de cualquier pretensión extranjera, entre otras conducentes a ese objeto. Por la décimo sexta se lo habilitaba para reglamentar la navegación de los ríos interiores y la administración general de correos, la creación y mejora de los caminos públicos y de postas de buyes para el transporte de mercaderías (obsérvese la correspondencia con la terminología de la Constitución).

Por el décimo séptimo dispositivo se creaba un Consejo de Estado como órgano consultor del encargado, el cual sería constituido por este. Por el décimo octavo se otorgaba el título de director provisorio de La Confederación Argentina, mientras que por la décimo novena se preveía como las provincias concurrirían (proporcionalmente) a sufragar los gastos del acuerdo.

Finalmente, un artículo adicional preveía que los gobiernos y provincias que no hayan concurrido al Acuerdo, o que no hayan sido representadas en él, serían invitadas a adherir por el director provisorio.

IV. Nuestra visión o nuestras conclusiones

Durante el desarrollo de los puntos precedentes hemos manifestado nuestra visión respecto

del tema que elegimos para este trabajo, motivo por el cual ahora, realizaremos una exposición consistente en su forma con la de las conclusiones.

El desenvolvimiento de los hechos que nos depositaron en la ocasión de la suscripción de ambos tratados y las texturas lingüísticas de estos, demuestran que son la fuente eficiente del ejercicio constitutivo original o primigenio de nuestra organización nacional.

Cuando se analiza el texto del art. 16 punto 5 del Pacto Federal, el contexto de su suscripción, su aprobación por parte de cada uno de los Estados provinciales y ratificación por el Acuerdo de San Nicolás; al tiempo que se analiza el contexto de suscripción y aprobación de este último, se observa que se trata de un hecho (pacto), incorporado al mundo jurídico (aprobado por órganos jurídicos competentes —legislaturas—), en forma de norma (regla) positivada.

En consecuencia, desde nuestro punto de vista, ella constituye de tal forma la norma fundamental o independiente del ordenamiento jurídico argentino; y es tal, siguiendo el modelo o pensamiento de Kelsen o, el de Bulygin.

Nos parece relevante para sostener ello, que el texto de la Constitución aprobada en 1853 indique, en forma de justificación o fundamentación que “...los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes...” (Preámbulo).

Es el término “...cumplimiento...”, que utiliza el preámbulo el que se vuelve particularmente relevante dado que implica una clara manifestación de la existencia de una obligación, de una restricción en la libertad de los pueblos de las provincias; por cierto, restricción voluntaria, al mismo tiempo que perteneciente al derecho positivo interno de cada estado provincial.

Ese término nos parece dotado de precisión, claridad y sistematicidad; es el correcto y adecuado para describir lo que ocurría en el Congreso Constituyente y, particularmente su porqué. Creemos que no es posible dejar de percibir el imperativo legal (positivo) que pesaba sobre las sociedades provinciales y sobre sus representantes. Así entonces, por todo ello, ese

imperativo legal positivo se nos aparece como compatible con las ideas de norma fundamental o, de norma independiente de Kelsen y Bulygin, respectivamente.

Vale la pena recordar que, formaban parte del imperativo legal, la propia organización nacional, el sistema republicano y la forma federal de estado; como así también que le estaba absolutamente vedado a los constituyentes originarios establecer una primera constitución que consagrara una monarquía o un estado unitario.

Conforme Kelsen:

“La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho...” (KELSEN, 1994, p. 140).

Empero, entendemos acreditado que en el caso argentino esa norma no es hipotética, sino una del derecho positivo.

Podrá sostenerse que en el caso de la Constitución de los EE. UU. la norma fundamental es una norma hipotética, pero no en el nuestro; las diferencias fácticas de los procesos que derivan en el establecimiento de ambas cartas magnas así lo determinan (7).

Kelsen daba los ejemplos del reemplazo de un gobierno monárquico por uno republicano mediante la vía revolucionaria y, el del fracaso de tal intento, para indicar como el orden jurídico se determina por su eficacia. Estos ejemplos son relevantes en nuestro análisis, dado que, en el caso argentino se produjo una revolución republicana, que triunfó, pero que se desvaneció en su intento de establecer un nuevo sistema jurídico; la anarquía desintegro al nuevo régimen tanto como la revolución había desintegrado al viejo.

Es así, como, en el medio de la anarquía el Pacto Federal de 1831 se transforma en punto de inicio de todo aquello que se constituirá en 1853 como sistema jurídico (en términos filosó-

(7) Aunque, si observamos las semejanzas y diferencias que respecto de estos procesos señala Félix V. Lonigro (2023, ps. 138/139) podríamos pensar que los artículos de la Confederación podrían constituir la norma fundamental o independiente del sistema norteamericano.

ficos e ideológicos el origen sigue siendo 1810 —Mayo/Caseros—; y esto en palabras de Kelsen podría expresarse de la siguiente manera:

“Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea el orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica (...) Hay, pues, una relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda (...) Un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental” (KELSEN, 1994, ps. 141/143).

Dicho todo ello, entonces, creemos que los representantes del pueblo de las provincias que componían la Nación Argentina, sociológicamente hablando, pudieron constituir la unión nacional y sostener que “...: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina” (Preámbulo); solo y solo si, lo hacían en virtud de la existencia de una norma fundamental o independiente previa, la que en este caso no es otra que la constituye el objeto de este trabajo, el numeral 5 del art. 16 del Pacto Federal de 1831.

V. Palabras finales

Como palabras finales nos limitaremos a reiterar que estas ideas solo son una serie de conjeturas en torno al tema planteado, que esperamos sean de utilidad o, aunque más no sea, que sirvan para un momento de esparcimiento o recreación jurídica.

Hace tiempo ya, que nuestra atención ha sido advertida por el curioso fenómeno consistente en que, nuestra historia y nuestra existencia tienen comienzo en 1853. Nada parece existir antes, ni en tiempos del gobierno hispánico, ni en tiempos de gobiernos criollos. Nacidos como por arte de magia, irrumpimos en el universo fáctico y jurídico con la Constitución sancionada en Santa Fe.

Y, si bien tenemos en claro que la historia del derecho es eso y solo eso, historia (8); también tenemos en claro que, si no prestamos adecuada atención a la historia y la analizamos en forma concienzuda, puede ocurrir que determinada norma que es parte del orden jurídico pase solo como una cosa histórica, desnaturalizándose así el sistema u orden mismo.

Es por ello que, en definitiva, sin mayores pretensiones esperamos que estas páginas permitan poner un poco más de atención en nuestro sistema jurídico, el que al igual que nuestra historia, entendemos nació antes de 1853.

Y, para lograr esa atención, optamos por este análisis que intenta efectuar un esbozo respecto de cuál sería nuestra norma fundamental o independiente de conformidad con las posturas de Kelsen y Bulygin.

VI. Referencias

BULYGIN, Eugenio. (1991). “Algunas Consideraciones Sobre los Sistemas Jurídicos”, *Revista Doxa*.

KELSEN, Hans. (1994). “Teoría Pura del Derecho”, Eudeba.

LONIGRO, Félix V. (2023). “Derecho Constitucional”, *Cathedra Jurídica*.

LUNA, Hernán Daniel (2021). “Lecciones de Derecho Público Provincial y Municipal”, Haber.

MONTERO, Raúl Luis (2021). “¿Qué federalismo nos depara el futuro?, o ¿el futuro nos depara federalismo?”, RDA 137.

ROSATTI, Horacio (2010). “Tratado de Derecho Constitucional”, Rubinzal - Culzoni.

(8) Ahora bien, más allá de lo que expresamos, no podemos dejar de señalar que ello no es tan así en el caso argentino; efectivamente, parte de la legislación española (o de Indias como era más conocida) y parte de la legislación que surgió luego del 25 de mayo de 1810 (tanto la emitida por las autoridades nacionales entre 1810 y 1820 y durante los años del Congreso que sancionó la Constitución de 1826 y las presidencias de Rivadavia y Vicente López) continuaron vigentes luego de la sanción de la Constitución en 1853 para, años más tarde ir siendo incorporadas al ordenamiento positivo como antecedentes (vale recordar la gran cantidad de citas de normas españolas que efectúa el autor del Cód. Civil como fuentes directas de múltiples artículos de dicho cuerpo).