

contextos

Una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Arturo Enrique
Sampay

La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución nacional | Pág. 6

Peter
Häberle

Derechos humanos y globalización | Pág. 31

Eugenio Raúl
Zaffaroni

Descolonización y poder punitivo | Pág. 41

Raúl Gustavo
Ferreya

1852: Sobre las Bases de Juan Bautista Alberdi
y la Constitución federal, en el tiempo | Pág. 59



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Dra. Alicia B. Pierini

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Venezuela 842 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tel.: 4338-4900 / 0810-333-3676

Correo electrónico: consultas@defensoria.org.ar

Página web: www.defensoria.org.ar

Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Editada por el Área de Comunicación y Publicaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Coordinador Editorial: Lic. Pablo G. Fernández

Edición: Prof. Karina Casanova Pettigrew

Diseño: Lic. Luciana Garrido - Silvana Ferrary

Es una publicación propiedad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Contextos 3 : publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires / Arturo Enrique Sampay ... [et.al.]. - 1a ed. - Buenos Aires : Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012.
136 p. ; 22x15 cm.

ISBN 978-987-26683-8-9

1. Derecho Público. 2. Gobiernos Locales. I. Sampay, Arturo Enrique
CDD 340.9

Fecha de catalogación: 02/05/2012

contextos

Una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Directora honoraria: Alicia Beatriz Pierini

Director académico: Raúl Gustavo Ferreyra

Secretario académico: Camila Carril

Miembros estables: Fabián Pugliese, Graciela Benín Chirico, Horacio Spandonari, Juan Pablo Pisano Torres, Nerina Da Rin, Nora Cattáneo, Silvina Pennella, Susana Ayala Ferraro, Gustavo Murano y Flavia Massenzio

Por Resolución 510/10, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la UBA validó la realización del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como posgrado de esa casa de estudios.

LA CONSOLIDACIÓN

Por el doctor Raúl Gustavo Ferreyra (*)

Estamos nuevamente con ustedes, nuestros lectores, dentro de los plazos estipulados y con apego a todos los cánones editoriales preestablecidos. ¡Qué satisfacción!

En marzo de 2012 comenzó, en el ámbito del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el dictado de *Derechos Fundamentales II. La libertad*, con validez de curso de postgrado en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Un interesantísimo camino que se recorre junto a los profesionales del órgano constitucional. Y que significa la continuidad y profundidad de la senda de la actualización.

Contextos es una de las expresiones escritas del seminario y continúa, ahora, en tiempo y forma con sus aportes. En este número se presentan tres contribuciones completamente inéditas y la publicación de un trabajo que constituye un clásico dentro del pensamiento jurídico, y que por primera vez también se encuentra disponible en formato digital.

La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución nacional constituye una investigación de envergadura de Arturo Enrique Sampay, que rastreó la genealogía en el Derecho comparado y describió su encuadre filosófico. Fiel a sus convicciones y con gran identidad, elaboró su propia interpretación que, con los años, se ha constituido en una obra clásica por su erudición. Quienes integramos el seminario homenajeamos con la publicación de este trabajo al maestro Sampay, y agradecemos además a su hijo Arturo por otorgarnos su respaldo y autorización para reproducirlo.

Peter Häberle ya es un amigo del seminario y de *Contextos*. Contribuye, nuevamente, con una obra original e inédita en nuestra lengua: *Derechos humanos y globalización*, magistralmente traducida del alemán y en exclusiva para esta publicación. Allí revisa, insinúa e insiste con su concepto de “política de derechos fundamentales” y no duda un instante en definir, con fundamento y tesón, a los derechos humanos como “el bien cultural por excelencia a nivel mundial, nacional como regional: los puentes secretos de la globalización”.

Eugenio Raúl Zaffaroni, por su parte, pone de manifiesto por enésima vez su generosidad y compromiso con la institución, el seminario y esta publicación, que recoge también en exclusiva su obra *Descolonización y poder punitivo*, que significó su *Lectio Doctoralis* al recibir el grado de Doctor honoris causa por la Universidad Real, Mayor y Pontificia de San

Javier de Chuquisaca, en Sucre (Bolivia), el pasado 26 de marzo. En esa oportunidad el autor se preguntaba acerca de cuál era el común denominador de nuestra ciudadanía. Y se respondía que “(a los latinoamericanos) nos unifica la forma en que el propio colonialismo nos ha hecho, en ejercicio de su impiedoso poder planetario devastador. Nuestras culturas se sincretizaron”. Por ello, “esto es Latinoamérica; tiene la palabra de los oprimidos de todo el planeta, pero enriquecida, como en una larga asamblea de coexistencia, interactiva, viviente, dinámica”. Zaffaroni concluye su exposición afirmando, sin eufemismos, que el reclamo de mayor poder punitivo es un recurso del *tardo colonialismo*, para destruir nuestros lazos comunitarios y desestabilizar a los gobiernos.

Finalmente, presentamos una contribución especialmente preparada por el autor de estas letras: *1852: Sobre las Bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución federal*. No resulta muy insensato considerar el trabajo como si fuese una “obertura” (al estilo de la *Obertura 1812, Op. 49* compuesta por Piotr Ilich Tchaikovski), a condición de que no se interprete que constituye el preludio de una gran obra. Precisamente, en mayo de 2012 se cumplieron 160 años de la publicación de la citada obra de Alberdi, que logró algo inusual: la fijación de un título de un trabajo mediante el empleo de un año. En este caso, 1852, el año anterior a la fundación constitucional de la Argentina. En el texto que completa el volumen 3 de *Contextos* describo las razones por las cuales la libertad de los ciudadanos y las justificaciones comunitarias que la limitan o cercenan; la incorregible desigualdad originaria; el poder y la debilidad desgarradamente inherentes de los controles y, finalmente, la ausencia de soporte racional (que ocasionó la persistente degradación) en el modelo federal, fueron decisiones mucho más que incipientemente adoptadas y realizadas en 1852. Antes del amanecer...¡inspiradas y determinadas por Alberdi!

Nuevamente, nuestro agradecimiento a todos y cada uno de los autores. El mismo reconocimiento se extiende a toda el área de Comunicación y Publicaciones de la Defensoría en la persona de su responsable, el licenciado Pablo G. Fernández. Son constantes nuestras inquietudes e igualmente las respuestas que las satisfacen. Y un último gracias para nuestra directora, Alicia Pierini: sin su apoyo magnífico y constante esta gesta sería imposible.

¡Hasta pronto!

(*) Director académico del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

LA FILOSOFÍA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL (*)

I. Génesis histórica del artículo 19 de la Constitución nacional

1. Cicerón ya lo vio bien: una filosofía esencial, que determina en qué consiste el bien humano, anima necesariamente a todo ordenamiento jurídico positivo¹, pues éstos tienen por finalidad promover la buena vida social entre los miembros de la comunidad. En su original artículo 19, la Constitución nacional enuncia la filosofía que siempre ha sido la fuente del derecho positivo argentino, ya que esta disposición, casi con su actual texto, surge poco menos que a la par de nuestro ser nacional y ha perdurado a través de todas las reformas constitucionales experimentadas por el país.

Antes de analizar el significado de dicho precepto y precisamente para facilitar esta tarea, estudiaremos su génesis histórica y la filosofía del legislador respecto al tema, puesto que, como ya lo expresaba Platón, lo ordenado por una ley es un juicio de la razón, un *logismós*, que se torna decreto del Estado, *dogma poleos*², y entonces aquel *logos*, aquella concepción esencial, de donde deriva la regla para la acción o *praxis* de los miembros de la sociedad, es algo que debe preconocerse para comprender la norma de que se trata. O sea, el estudio de la dogmática constitucional, vale decir, de la ley positiva constitucional, requiere fundamentalmente la aprehensión de la idea interna con la cual el legislador articuló ese dogma del Estado.

2. La segunda parte del artículo 19 –la parte rigurosamente preceptiva porque la primera es de mera enunciación de principios– surge en el derecho público argentino con el artículo 194 del Proyecto de Constitución de 1813 elaborado por la Sociedad Patriótica y Literaria, el cual rezaba:

(*) Publicado por Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975. La presente reproducción fue autorizada por el Dr. Arturo Enrique T. Sampay, hijo del autor, especialmente para *Contextos*.

¹ *De Legibus*, lib. I, 17.

² *Las Leyes*, 644 d.

“No se puede impedir lo que no está prohibido por la ley y ninguno podrá ser obligado a hacer lo que ella no prescribe”. Este precepto fue tomado del artículo 157 de la Constitución de Venezuela sancionada el 21 de diciembre de 1811, que establecía: “No se puede impedir lo que no está prohibido por la ley y ninguno podrá ser obligado a hacer lo que ella no prescribe”. Monteagudo fue el inspirador del proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica y Literaria y el presbítero doctor Antonio Sáenz, su redactor³. Por su parte, los constituyentes venezolanos receptaron esa disposición del artículo 5º de la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y cuyo texto es del tenor siguiente: “La ley no tiene derecho a prohibir más acciones que las nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena”⁴.

3. En el capítulo primero de la sección séptima del Estatuto provisional sancionado el 5 de mayo de 1815 se consagró nuestro actual artículo 19 con los siguientes términos: “Art. I. Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofenden al orden público, ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. “Art. II. Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley clara, y expresamente, ni privado de lo que ella

³ Cfr. C. L. Fregeiro, “Primera Constitución Argentina”, en: La Biblioteca, Año I, t. I, Buenos Aires, 1896, p. 382.

Monteagudo consideró a la Constitución venezolana de 1811 “un eterno monumento a la filosofía y a la equidad..., constitución capaz por sí sola de justificar nuestro orgullo y de honrar al genio americano en su mismo rival hemisférico”. (*El Grito del Sud* / Buenos-Ayres / Del Martes 19 de Enero de 1813). Entre los libros de Monteagudo embargados en 1815 figura *Documentos relativos a Caracas en Inglés y Español*. (Museo Mitre, Inventario de los libros de Bernardo de Monteagudo, A. 1, c. 18, c. 18, 1, fol. 4 vta.); se trata de *Documentos interesantes relativos a / Interesting Documents relating to Caracas*, London, 1812, y donde se halla publicada entre las páginas 150 y 302 el texto en castellano e inglés de la Constitución venezolana de 1811.

⁴ Lo preceptuado en el artículo 5º de la Declaración de 1789 no se encuentra repetido en las otras declaraciones de derechos sancionadas por las convenciones de la revolución francesa, y de aquella declaración existía solamente la versión castellana del prócer colombiano Antonio Nariño, publicada en Bogotá en 1793. Esta edición de cien ejemplares fue totalmente destruida por Nariño en vísperas de ser encarcelado por esa publicación, pues, desde diciembre de 1789, la Inquisición en América tenía prohibido la declaración de los derechos del hombre de la revolución francesa (Cfr. J. T. Medina, Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Cartagena de Indias, Santiago de Chile, 1899. p. 387-391). El propio Nariño reimprimió su traducción en Caracas en 1811, y sin duda esta reedición fue utilizada por los constituyentes venezolanos de 1811. (Cfr. Pedro Grazes, *La conspiración de Gual y España y el ideario de la independencia*, Caracas, 1949, p. 56-57).

Las fuentes principales de la Constitución venezolana de 1811 son las declaraciones de derechos de la revolución francesa y las constituciones norteamericanas traducidas al español por Manuel García del Sena y publicadas en su libro *La Independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta y ocho años ha*, Philadelphia, 1811.

Ariosto D. Fernández pone como fuente del proyecto argentino de 1813, elaborado por la Sociedad Patriótica y Literaria, a los modelos utilizados por los redactores de la Constitución venezolana, siendo que Monteagudo y Sáenz han tenido como casi exclusiva fuente de su proyecto a la antedicha Constitución venezolana. (Cfr. Ariosto D. Fernández, *Fuentes y concordancias del Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica y Literaria de Buenos Aires*, Montevideo, 1940).

del mismo modo no prohíbe”. El principal redactor de este Estatuto fue Antonio Sáenz⁵.

En el Reglamento Provisorio de 1817 quedaron con la misma redacción y numeración los artículos del Estatuto que acabamos de transcribir, pues así lo había aconsejado la comisión especial encargada de proponer las reformas⁶. Cabe recordar que el doctor Antonio Sáenz también integraba el Congreso que aprobó dichas reformas.

4. La Constitución de 1819 recogió los dos artículos que nos vienen ocupando, pero se los hizo objeto de algunos ajustes conceptuales. Veámoslos. “Art. 112. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden el orden público ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. “Art. 113. Ningún habitante del Estado, será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Se habrá notado que la Constitución de 1819 quita una expresión superflua al segundo de los artículos en estudio, cual es la que decía que lo mandado o prohibido por el Estado debía serlo “clara y expresamente”, porque una ley no puede tener otro estilo que no sea el propio de la orden que encierra, esto es, neto e imperativo.

También corresponde destacar, por ser significativo el hecho, que el artículo 122, sancionado el 3 de marzo de 1819, tenía la siguiente redacción: “Ningún habitante del Estado ESTARÁ obligado a hacer lo que no manda la ley, ni será privado de lo que ella no prohíbe”⁷. La comisión redactora y ordenadora de los artículos sancionados por el Congreso modificó dicho artículo 122, que pasó a ser el 113 de la Constitución de 1819, con la siguiente variación: “Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Evidentemente, el giro “no estará obligado” parece expresar que cualquier acción permitida por el Estado es legítima y, en cambio, cuando expresa “no será obligado” significa que la autoridad no impondrá ninguna conducta al margen de lo dispuesto por la ley, pero el legislador no descarta que otras normas obliguen en esos casos a cumplir determinadas acciones, porque las leyes ni preceptúan todos los actos virtuosos ni prohíben todos los actos viciosos.

Cabe por último agregar que el doctor Antonio Sáenz fue el principal autor de la Constitución de 1819.

⁵ Emilio Ravignani, *Antonio Sáenz / Fundador y organizador de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1925, p. 5.

⁶ *Reforma del Estatuto Provisional del Estado*, Buenos-Ayres, Imprenta de Niños Expósitos, 1816, p. 12

⁷ Emilio Ravignani, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, T. I, Buenos Aires, 1937, p. 411.

Bien; según se ha visto, a esta altura del desarrollo constitucional argentino ya se encuentra cabalmente conformado el texto del artículo 19 que nos rige, salvo un concepto que intercalaran los constituyentes de 1853 y la sustitución de un término que se consumará en la convención nacional de 1860 y que luego trataremos.

Un cotejo lexicográfico e ideológico entre los preceptos constitucionales de referencia y los escritos del doctor Antonio Sáenz autoriza a afirmar que este ilustre jurista ha sido el autor de ellos. Lo cual se explica si se considera que el fundador de la Universidad de Buenos Aires y primer profesor de Derecho natural en su departamento de jurisprudencia, era el miembro de la Generación de Mayo de superior cultura jurídica⁸. Resumamos, pues, para completar la historia del precepto constitucional que venimos estudiando, los temas de la filosofía jurídica clásica expuestos por Sáenz y que afloran, como sentencias proemiales, en esa norma.

La afirmación fundamental de Sáenz es que las leyes del Estado regulan los “actos exteriores y públicos” de los individuos, calificando de “públicos” los actos humanos relacionados con el orden de la sociedad.

El legislador del Estado, enseña Sáenz, debe elaborar sus órdenes, en

⁸ Antonio Sáenz se formó en la Universidad de Charcas, en cuyas aulas se difundía la filosofía de Santo Tomás y a través de ésta, los principios de la cultura jurídica greco-romana. (Cfr. Guillermo Francovich, *El pensamiento universitario de Charcas*, Sucre, 1948, p. 9-13).

Desempeñó en 1805 la cátedra de Teología del Colegio San Carlos de Buenos Aires. (Cfr. Nicolás Fasolino, *Vida y obra del primer Rector y Cancelario de la Universidad, presbítero doctor Antonio Sáenz*, Buenos Aires, 1921, p. 27). La enseñanza que se impartía en este colegio era conforme a la doctrina de Santo Tomás. (Cfr. Monseñor Antonio Caggiano, *La enseñanza de la Filosofía Moral (Ética) en el Real Colegio de San Carlos en el último decenio del siglo XVIII*, Rosario, 1942).

En 1809 Sáenz fue llamado a ocupar la cátedra de Filosofía en el mismo Colegio, pero no pudo hacerlo a causa de un enconado pleito que mantenía con el Obispo Lue. (Cfr. Antonino Salvadores, “El último catedrático de Filosofía, nombrado por ‘oposición’ en el Real Colegio de San Carlos de Buenos Aires”, en: *Labor de los Centros de Estudios*, Universidad Nacional de La Plata, 1938, p. 268).

En el Cabildo abierto del 22 de Mayo de 1810 sentó la siguiente proposición que resume la enseñanza de la filosofía escolástica respecto al derecho del pueblo para darse su organización política: “Que ha llegado el caso de reasumir el pueblo su originaria autoridad y derechos; y mientras que los afianza en una junta sabia y estable, deben subrogarse en el Exmo. Cabildo, con voto en su lugar al Caballero Síndico Procurador General”. (Cfr. Roberto H. Marfany, *El Cabildo de Mayo*, Buenos Aires, 1961, p. 77-81).

Fue redactor del *Manifiesto que hace a las Naciones el Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata, sobre el tratamiento y crueldades que han sufrido de los Españoles, y motivado la declaración de Su Independencia*, Buenos-Ayres, Imprenta de la Independencia, 1817), lo cual se sabe por una carta de fecha 10 de Diciembre de 1817 de Fray Cayetano Rodríguez al Obispo de Córdoba Dr. Agustín Molina. (Cfr. Fray Pacífico Otero, *Estudio biográfico sobre Fray Cayetano José Rodríguez y recopilación de sus producciones literarias*, Córdoba, 1889, p. 234).

Fue el primer profesor de derecho natural y de gentes de la Universidad de Buenos. (Cfr. Agustín Pestalardo, *Historia de la Enseñanza de las Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1941, p. 39-44).

La enseñanza filosófica jurídica que impartía se inspiraba, no obstante el conocimiento de los autores modernos, como Grocio, Vattel, etc., en la doctrina escolástica, según se lo achacaron los empiristas entonces en boga en los círculos de intelectuales capitalinos. (Cfr. *El Centinela*, n° 30, de 23 de Febrero de 1823, t. II, p. 104-106; Actas originales de la “Sociedad Literaria de Buenos Aires”, reunión n° 67 del 27 de Febrero de 1823, en: Gregorio F. Rodríguez, *Contribución Histórica y Documental*, Buenos Aires, 1921, T. I, p. 385-386).

cuanto a su forma, con “claridad y exactitud” y, en lo que atañe a su contenido, alojando dentro de ellas los tres principios en que se funda la justicia de todos los derechos, a saber, “vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo”. Pero vivir honestamente en la sociedad, no dañando a otro y dando a cada uno lo suyo significa respetar los derechos del prójimo, y estos derechos son las franquicias necesarias al libre desarrollo del ser humano y en cuyo logro reside su felicidad.

El rústico y el filósofo, afirma Sáenz, descubren por igual estos primeros principios del obrar humano: “lo que me perjudica me constituye infeliz; lo que yo quiero para mí, debo quererlo para los demás”.

El derecho natural, por tanto, es promulgado por Dios al crear la naturaleza del hombre y “es intimado a todo el género humano por la recta razón”. Dios, como legislador del orden natural, juzga las violaciones de ese orden y los magistrados del Estado juzgan, en su órbita, las violaciones del orden impuesto por el legislador del Estado. Y como el orden impuesto por el Estado sólo comprende el acto humano que “ofende, frustra y quebranta el orden de toda sociedad racional”, a Dios le queda reservado de manera exclusiva el juzgamiento de los demás actos humanos, llamados “privados” por su contraposición a los “actos públicos”⁹.

Decíamos que en los dos citados artículos de la Constitución de 1819 ya se encontraba redondeado el texto del actual artículo 19 de la Constitución Nacional. Bien; tales normas fueron trasegadas a los artículos 162 y 163 de la Constitución de 1826.

5. Apenas sancionada la disposición de la Constitución de 1826 que después sería la parte proemial del artículo 18, mereció un brevísimo pero esclarecedor comentario del doctor Pedro Ignacio de Castro Barros, miembro de los cuerpos constituyentes que sancionaron el Reglamento de 1817 y la Constitución de 1819, como antes había sido, junto con el doctor Antonio Sáenz, de la Asamblea del año XIII y del Congreso de Tucumán. Además, Castro Barros poseía una sólida cultura filosófica política¹⁰.

⁹ Los escritos de Sáenz que hemos resumido en el texto son los siguientes: “Un estudio sobre las leyes”, en *Mártir o Libre*, nº 7, Lunes de Mayo de 1812, p. 52-56; “Correspondencia sobre el derecho natural”, en *El Centinela*, nº 32, Buenos Aires, Domingo 9 de Marzo de 1823, p. 139-140; “De los Duelos”, en *La Abeja Argentina*, nº 15, 15 de Julio de 1823, T. II, p. 216; *Informe de la Comisión nombrada para censurar el curso de Derecho natural dictado por el Doctor Don Antonio Sáenz y Acuerdo de la Muy ilustre Sala de doctores de esta Universidad*, Buenos Aires, Imprenta de la Independencia 1823; *Instituciones elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes (Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en los años 1822-23)*, Buenos Aires, 1939..

¹⁰ Castro Barros formuló una ajustada filosofía de los fines del poder político en su estudio titulado *Sobre la Autoridad Espiritual Soberana de la Iglesia y su Independencia absoluta de la Autoridad Civil, Soberana de la Patria*, publicado como apéndice del *Panegirico del Glorioso Principe de los Apóstoles predicado... por el Doctor D. Miguel Calisto del Corro y Cabanillas*, Buenos Aires, Imprenta Argentina, 1838.

En la época que se dictó la Constitución de 1826, Castro Barros, a la sazón Rector de la Universidad de Córdoba, reeditaba en esta ciudad *El Pensador político-religioso de Chile*¹¹. En un estudio aparecido en este periódico, cuyo autor era el célebre canonista Fray Justo Pastor Donoso, donde aseverábase que las leyes del Estado comprenden una mínima parte de las acciones humanas, en tanto que las leyes morales las abrazan a todas, por lo cual estas últimas tienen fuerza para refrenar las acciones internas antes que exterioricen un daño social, Castro Barros ponía la siguiente apostilla: “Por esto se pone en los códigos constitucionales que las acciones privadas, que en modo alguno trasciendan al orden público, están reservadas sólo a Dios”¹². Interpretando las mentadas cláusulas constitucionales en el sentido de que ellas reconocen que todos los actos humanos forman la materia de la moral y, consecuentemente, caen bajo el juzgamiento de Dios, mientras que los actos externos concernientes al orden público son los únicos reservados a la potestad del Estado, esto es, los que constituyen la materia del derecho.

6. Antes de abocarnos al conocimiento del tramo final de la génesis del artículo 19 de la Constitución de 1853, mostraremos que los preceptos pertinentes del Estatuto Provisorio de 1817 y de las Constituciones de 1819 y 1826 fueron modelos de las cartas dictadas en la época por algunas provincias argentinas y por un país limítrofe desprendido del nuestro.

En efecto, el Reglamento Provisorio de Córdoba de 1821, redactado por el ex-diputado a la Asamblea del año XIII y profesor de la Universidad, Canónigo José Gregorio Baigorri¹³, reproduce en los artículos 2 y 3 del capítulo XXIII las normas correspondientes del Reglamento Provisorio de 1817, cuerpo de leyes, dicho sea al pasar, que sirvió de pauta a toda la labor del legislador cordobés de 1821.

El Estatuto Provisorio Constitucional sancionado por el Congreso de Entre Ríos el 4 de marzo de 1822 adopta, literalmente, en sus artículos 98 y 99 los preceptos de la Constitución de 1819 que conocemos.

La primera Constitución que en 1830 se dio la República Oriental del Uruguay trasladó a su artículo 134 los dos preceptos de la Constitución Argentina de 1826. Hacemos notar que el procedimiento de unificar en un solo artículo los dos preceptos en estudio, que realizó el constituyente

¹¹ El periódico era escrito y publicado en Santiago de Chile por Juan Fariñas y Fray Justo Pastor Donoso. Cfr. Antonio Zinny, *Efemiridografía argireparquiótica o sea de las Provincias Argentinas*, Buenos Aires, 1868, p. 142-5.

¹² Núm. 13 de *El Pensador Político-religioso de Chile*, del 14 de enero de 1827, Córdoba, Imprenta de la Universidad, p. 280.

¹³ J. Francisco V. Silva, “Federalismo del Norte y Centro en 1820”, en: *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1931, nº 5 y 6, p. 139.

oriental de 1830, fue recogido, como luego veremos mejor, por la Constitución de 1853, lo cual permite inferir que nuestro artículo 19 fue tomado del artículo 134 de la carta oriental de 1830, pues esta Constitución, recomendada como modelo por Alberdi en las *Bases*, ha sido tenida a la vista por los constituyentes de Santa Fe en la recopilación de Tratados y Constituciones editada en 1848 por Florencio Varela en Montevideo.

El proyecto de Constitución para la provincia de Buenos Aires, elaborado en 1833, presumimos que por Diego Alcorta atendiendo a la precisión filosófica de sus cláusulas¹⁴, copió de la Constitución de 1826 los que fueron sus artículos 161 y 162, y de aquí pasaron a ser los artículos 162 y 163 de la Constitución del Estado de Buenos Aires de 1854, Constitución, esta última, que era un calco del referido proyecto de 1833.

El Estatuto provincial de Jujuy del 6 de febrero de 1839 adopta en su artículo 53 el artículo 134 de la Constitución uruguaya, junto con todo el capítulo de disposiciones generales que proclamaba los derechos de las personas y en el cual aquel precepto se hallaba inserto.

Por último, la Constitución de Santa Fe de 1841 transcribe en sus artículos 69 y 70 los artículos 162 y 163 de la Constitución nacional de 1826.

7. El proyecto de Constitución presentado por la Comisión redactora del Congreso de Santa Fe juntaba en su artículo 19, según dijimos antes, los dos artículos de las constituciones argentinas precedentes, reemplazando únicamente la locución “habitantes del Estado” por “habitantes de la Confederación”. Puesto a discusión el artículo 19 en la sesión del 25 de abril de 1853, el constituyente General Pedro Ferré expresó “que votaría conforme con el artículo, con una ligera modificación y era: que, en vez de decir al *orden público*, se pusiera a la *moral y al orden público*”. Agregando el acta de la referida sesión: “El señor Zenteno y varios señores diputados apoyaron la modificación propuesta y el artículo fue aprobado con ella por unanimidad”. Por tanto, según el acta de la sesión del 25 de abril de 1853, la primera parte del artículo 19 tendría la siguiente redacción: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan a la *moral y al orden público*, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. Sin embargo, en el texto definitivo de la Constitución sancionado en la sesión del 1 de mayo de 1853, esa parte del artículo 19 aparece redactado en los siguientes términos: “Las acciones privadas de los hombres, que de

¹⁴ El referido proyecto estaba firmado por Mateo Vidal, Diego Alcorta y Justo García Valdez, miembros de la comisión de negocios constitucionales de la Legislatura de Buenos Aires. Los fundamentos del despacho y el propio articulado del proyecto de constitución denotan el estilo y saber de Diego Alcorta. Las ideas filosóficas y políticas de Alcorta se hallan expuestas en su “Curso de Filosofía” publicado por Paul Groussac en *Anales de la Biblioteca*, T. II, Buenos Aires, 1902, p. 1-180..

ningún modo ofendan *al orden y a la moral pública*, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. O sea, se sustituyó la frase “a la moral y al orden público” por la locución “al orden y a la moral pública”, con lo cual se corrigió una impropiedad filosófica, porque es imposible someter al juzgamiento de los magistrados la infracción de todas las leyes morales, pues éstas rigen, según ya advertimos, los actos humanos tanto internos como externos, mientras que sólo es posible poner bajo la jurisdicción de los magistrados la violación de la moral referida a las acciones públicas de los hombres, es decir, a aquellas que pueden desordenar la pacífica convivencia de la población. La redacción final del artículo 19 tuvo que haber expresado fielmente la idea del General Ferré, no sólo porque en la sesión del 1 de mayo aceptó la redacción propuesta, sino también porque Ferré poseía ideas constitucionales sólidas abrevadas en la ciencia política clásica¹⁵.

8. La Convención revisora de la Provincia de Buenos Aires de 1860 dejó

¹⁵ El General Pedro Ferré ha sido, en el Congreso Constituyente de Santa Fe, el miembro más idóneo en la excelsa ciencia de constituir la comunidad o renovarla o reformarla, que por cierto no es un saber exclusivamente *a priori*, sino en gran parte experimental, y la más fructífera experiencia es la propia, que Ferré poseía en grado sumo.

En el proyecto de tratado presentado por Ferré en la reunión de las provincias del litoral, en 1830, están dados los principios de derecho económico federal que consagró la Constitución de 1853 y cuya imposición por el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos fue realmente la base de la organización nacional. Como gobernante, como legislador constituyente de Corrientes y sobre todo en su polémica con el gobierno y la prensa de Buenos Aires sobre las aplicaciones del pacto federal de 1831, expuso ideas que aparecen hasta expresadas con idénticas palabras en el informe de la Comisión de negocios constitucionales, presentando el proyecto de Constitución al Congreso de Santa Fe. Siendo Ferré miembro de esta Comisión, resulta legítimo abonar la afirmación de Nicolás Calvo, colega de Ferré en el Senado de la Confederación, cuando polemizando con Vélez Sársfield en 1860 afirmó que Ferré era uno de los autores de la Constitución de 1853. (Cfr. N. A. Calvo, *Proyecto del círculo exclusivo para disolver la Confederación Argentina*, Buenos Aires, 1860, p. 16). Concordantemente, otro contemporáneo, el Ministro Derqui del Presidente Urquiza, le decía en 1855 que nadie como él estaba “tan embebido” del “espíritu” de los preceptos políticos económicos de la Constitución. (Cf. Carlos María Saravia, *Brigadier Pedro Ferré*, Buenos Aires, 1935, p. 45).

El admirable libro de Justo Díaz de Vivar (*Las luchas por el federalismo*, Buenos Aires, 1936) presenta con fidelidad la extraordinaria acción política de Ferré enderezada a organizar el país bajo la forma de Estado federal y no de Confederación, que era un tapujo de los intereses porteños para conservar el manejo exclusivo de las rentas de la aduana de Buenos Aires.

No correspondiendo exponer las ideas filosóficas políticas de Ferré, ya que rebasa el tema de este estudio, nos limitaremos a indicar en dónde se encuentran formuladas: Carta de Pedro Ferré a Fray Manuel Marinas, Corrientes, en Junio 15 de 1826, publicada por Manuel V. Figuerero, *Bibliografía de la Imprenta del Estado de Corrientes*, Buenos Aires, 1919, p. 20; “Informe que el Diputado por la Provincia de Corrientes pasa a su Gobierno”, del 13 de Agosto de 1830, en: *Memoria del Brigadier General Pedro Ferré*, Buenos Aires, 1921, p. 364-380; “Circular del Sr. Ferré a los Gobiernos del Interior”, Corrientes, Abril 13 de 1832, en: *Colección de Documentos relativos a las especies vertidas contra la benemérita provincia de Buenos Aires y su gobierno por los SS Ferré, Marín y Leiva*, Buenos Aires, Imprenta de la Independencia, 1832, p. 49-56; “Cuestiones Nacionales” / “Contestación al Lucero, a los falsos y peligrosos principios en descubierto” / “Con la refutación a los autores escondidos bajo el título de Cosmopolita y Porteño” / “Por el Gobierno de Corrientes” / “Imprenta del Estado 1832 y 1833; Congreso Constituyente de 1838” / “Actas de sus Sesiones”, en: Hernán F. Gómez, *Bases del Derecho Público Correntino*, Corrientes, 1926, T. I, p. 101-170; “Mensaje al Honorable Congreso General Constituyente de la Provincia de Corrientes”, Diciembre 22 de 1840, en: *Contestación del H. C. G. C. al Mensaje del P. E. o bien los considerandos de las leyes que lo acompañan y demás piezas oficiales que han tenido lugar a mérito de ella*, Diciembre de 1840, Imprenta del Estado, P. 11-28.

intacto el artículo 19 de la Constitución de 1853. Empero, como la Convención Nacional de 1860, en el acto de intercalar y ordenar en el texto de la Constitución de 1853 las reformas por ella aprobadas, sustituyó en todo su articulado la palabra “Confederación” por “Nación”¹⁶, el artículo 19 quedó redactado finalmente de la siguiente guisa: “Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los Magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Hemos concluido, pues, con el proceso formativo de la norma constitucional que ahora someteremos a su análisis científico.

II Análisis científico del artículo 19 de la Constitución nacional

9. Según acabamos de ver, el artículo 19 de la Constitución nacional legisla explícitamente sobre “las acciones privadas de los hombres”, que las declara exentas de la autoridad del Estado, y sobre las “acciones

¹⁶ Vélez Sársfield realizó esa sustitución, pues fue el redactor del texto constitucional coordinado con las reformas de 1860, según lo revela Sarmiento en carta escrita desde Santa Fe el 23 de septiembre, o sea, el mismo día en que la Convención Nacional *ad hoc* aprobó dichas reformas. (Cfr. Universidad Nacional de La Plata, *La Reforma Constitucional de 1860 / Textos y documentos fundamentales*, La Plata, 1961, p. 562). De este modo, Vélez Sársfield logró imponer, al fin, su correcta apreciación jurídica acerca del uso impropio del vocablo “confederación” para llamar a la República Argentina después de organizada por la Constitución Federal de 1853. Esta estimación jurídica la expuso en la Convención revisora de Buenos Aires con las siguientes palabras: “Equivocaríamos, Sres., las ideas del mundo sobre nuestra situación política, llamándonos Confederación Argentina. Los pueblos unidos bajo este nombre que conoce el mundo, no forman una sola Nación, sino que sólo se ligan entre sí para objetos especiales. Confederación Germánica, Confederación Helvética; y cuando los Estados reunidos se llamaban Confederación, no formaban o no tenían poderes nacionales que hiciesen de esos pueblos una nación”. (*Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal*, Buenos Aires, Imp. del “Comercio del Plata”, 1860, p. 322). El nuevo texto constitucional preparado por Vélez Sársfield, con las modificaciones, sustituciones y agregados intercalados, fue aprobado en la última sesión de la Convención Nacional *ad hoc* de Santa Fe, el 25 de septiembre de 1860. En esa misma sesión, la Convención ordenó el envío, a los gobiernos nacional y de la provincia de Buenos Aires, del nuevo texto “a los efectos del artículo 9º del Convenio del 6 de junio del presente año”, es decir, para su promulgación y juramento. El Presidente Derqui, por decreto del 1º de octubre, mandó publicar el documento recibido de la Convención, formado por el texto de la Constitución de 1853, por el código de las reformas aprobadas en dicho Congreso y por el nuevo texto constitucional ordenado. (*Constitución de la Nación Argentina*, Paraná, Imprenta Nacional, Calle de Monte Caseros núm. 35, 1860). El texto ordenado de la Constitución, aprobado por la Convención Nacional *ad hoc* de 1860, no fue transcripto en el acta de la sesión final del 25 de septiembre, porque el convencional Rufino de Elizalde propuso que dicho texto no se “leyese...”, puesto que, además de la copia prolija y exacta hecha por los Secretarios, tres miembros de la Comisión la habían revisado y hallándola sin error; y que lo único que debía leerse era la parte final de ella, disponiendo que se obedezca y cumpla en todo el territorio de la Nación”. Esta omisión deliberada ha hecho pensar, sin embargo, equivocadamente, que la sustitución de “confederación” por “nación” en el texto constitucional fue ejecutada subrepticamente en el acto de su publicación. (Cfr. Discursos de los senadores Eduardo Madariaga y Diego Luis Molinari. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación*, año 1949, T. I, p. 22; 341-355).

públicas”¹⁷, que las pone, en cambio, bajo esa potestad. A estas últimas acciones las define como aquellas cuyos efectos de algún modo atañen al orden, a la moral pública y a terceros.

Ahora bien, como dichas dos especies de acciones pertenecen al género de las acciones libres de los hombres, no se las puede comprender sino se parte conceptuando a estas últimas. Pero también es necesario distinguir las acciones libres interiores o inmanentes y las acciones libres exteriores o transitivas, porque, según veremos más adelante, las “acciones privadas” que contempla la Constitución abarcan, en primer término, todas las acciones interiores y, además, las acciones exteriores que no sean públicas, vale decir, que no caigan bajo el imperio de la virtud de justicia y, por ende, de la potestad legislativa del Estado.

También el artículo 19 viene a reconocer implícitamente la vigencia de las leyes naturales de la moral que reglan los actos libres de los hombres, porque cuando reserva a Dios el juicio sobre la bondad o malicia de actos humanos, acepta, evidentemente, que tal juzgamiento se hace en base a normas instituidas por Dios, porque la entidad que dicta un orden es también quien pena y premia la conducta de los sujetos a ese orden.

Por otra parte, cuando el artículo 19 demarca las acciones humanas que son la materia de la potestad legislativa del Estado, distingue y caracteriza, implícitamente, dentro del orden moral, el orden jurídico puesto por el Estado.

Por último, debemos fijar el alcance con que el artículo 19 utiliza el vocablo “ley” cuando establece que sólo mediante este tipo de precepto estatal se pueden reglar las acciones públicas de los hombres.

Pues bien, guardando el orden arriba enunciado, ahora ahondaremos cuanto podamos los temas contenidos en el artículo 19 de la Constitución nacional.

10. Según expresamos antes, cuando el artículo de referencia trata de las “acciones de los hombres” está aludiendo a las acciones libres que son las específicamente humanas, pues, para producirlas, se precisa de la voluntad y de la inteligencia, que sólo las posee el hombre entre todos los animales. Por tanto, las acciones de que trata nuestro precepto constitucional son los actos que proceden de una decisión de la voluntad esclarecida por la inteligencia, es decir, por el conocimiento intelectual del fin que el operante se propone alcanzar con ese acto¹⁸.

¹⁷ “La potestad legislativa (es) la facultad de hacer Leyes que sirvan de norma y regla a los Individuos del Estado para sus actos exteriores y públicos”. Antonio Sáenz, *Instituciones elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes*, p. 80.

¹⁸ Cfr. Andrea Oddone S. J., *Teoria degli atti umani / Pro Manuscripto per la Facoltà di Giurisprudenza*, Milano, 1931, p. 11-97; H. D. Noble, “L’Action volontaire”, en: *Mélanges Thomistes*, publicado en oca-

Pero esta posibilidad irrenunciable de elegir una determinada conducta ante la necesidad de obrar, que es el vivir del hombre, le acarrea la responsabilidad de cómo se conduce, porque ese componente suyo le ha sido dado para que él contribuya a la creación de su propio ser. En otras palabras: la libertad es un constitutivo del hombre en cuanto ser abierto a la necesidad de realizar su vida, de lograr el perfeccionamiento de su propia naturaleza específica, que es donde reside la felicidad, buscada irresistiblemente por él a través de todas sus acciones individuales y sociales¹⁹.

De lo expuesto se sigue, entonces, que son buenas las acciones libres ordenadas a este fin y malas las desordenadas.

Por consiguiente, desde que hay una diferencia intrínseca entre el bien y el mal de las acciones humanas, existe una moralidad objetiva. Esta moralidad reconoce como regla suprema y remota a las leyes eternas de Dios, porque, en cuanto Creador de todos los seres, también lo es de las leyes que impulsan a esos seres a sus respectivos fines. La regla próxima de esta moralidad es el recto juicio de la razón, mediante el cual el hombre no sólo descubre en su alma los principios universales que dirigen la conducta y la obligación de cumplirlos, sino también aplica estos principios generales a los casos particulares²⁰.

Ahora bien, como en la naturaleza no hay acción sin reacción, el que se insurrecciona contra un orden constituido padece por ello, y quien se ajusta a ese orden atrae sus beneficios. Esta ley de reacción es una ley protectora del orden de los seres individuales y también del orden de los conjuntos. Por eso, si se acciona ordenada o desordenadamente en un cuerpo social, la autoridad, que representa la unidad del grupo, reacciona, respectivamente, bajo las formas de penalidades o premios. Si se acciona en la universalidad de los seres, donde la moral regla los actos humanos, hay reacciones parciales, porque el orden universal comprende los órdenes parciales sin suprimirlos, pero la reacción suprema está reservada al jefe del orden universal y supremo, que es Dios²¹. Verbigracia, si alguien intencionalmente mata a otro durante la práctica de un deporte en un club, la autoridad del club lo sanciona por violar el reglamento de

sión del IVº centenario de la canonización de Santo Tomás de Aquino, París, 1934, p. 275-288.

¹⁹ Cfr. J. A. Ramírez, *De Hominis Beatitudine*, T. I, Salamanca, 1942 ; T. II, Madrid, 1943 ; T. III, Madrid, 1947 ; N. Kaufmann, "La finalité dans l'ordre moral / Étude sur la téléologie dans l'Éthique et la Politique d'Aristote et de Saint Thomas", en : *Revue néo-scholastique de Philosophie*, T. VI (1899), p. 220-299.

²⁰ Cfr. Octavio Nicolás Derisi, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, 2º ed., Madrid, 1955, p. 391-428; Lorenzo Paolo Ferrari, *I fondamenti della morale e del diritto*, Genova, 1899, p. 38-70.

²¹ Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Sum. Theol.*, I-II q. 21 a. 3; *Sum. c. Gent lib. III*, cap. CXL; Luigi Taparelli, *Saggio teoretico di Diritto Naturale appoggiato sul fatto*, par. 134-135; A. D. Sertillanges, *La philosophie morale de Saint Thomas d'Aquin*, París, 1922, ch. XVII, par. 9.

juego, los magistrados lo penan por infringir el código penal, la conciencia que preside el orden interior del nombre reacciona por el remordimiento y, finalmente, Dios lo juzgará por quebrantar el orden moral.

Obsérvese que cuando el artículo 19 de nuestra Constitución afirma la existencia de una moralidad intrínseca de las acciones libres de los hombres –moralidad, con la cual, lógicamente, debe coincidir la legalidad dictada por el poder político respecto a esos mismos actos–, descarta de plano la concepción totalitaria del Estado, definida mejor que nadie, por Hobbes en el siguiente párrafo: “la regla del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, de lo honesto y deshonesto, son las leyes civiles y, por tanto, debe estimarse como bueno aquello que el legislador ha ordenado²². O sea, el Estado totalitario, que radicalmente disiente con nuestro precepto constitucional, es la organización política que somete a todo el ser humano al arbitrio absoluto del Estado, ya que niega una moral natural reglante de los actos humanos²³. Antes de proseguir cabe formular aquí una doble digresión aclaratoria. Primero, no debe confundirse el Estado totalitario con el tirano, que es el gobernante que, no obstante estar sometido a un orden jurídico racional, ejerce el poder haciendo caso omiso tanto de ese orden jurídico como del orden moral²⁴. Segundo, tampoco debe confundirse al tirano con el gobernante que accidentalmente deja de lado una norma del derecho positivo para aplicar, en su reemplazo, la suprema

²² Thom. Hobbes, *Elementa philosophica de Cive*, cap. XII, I (Amsterdam apud Ludovicum Elzevirium, Anno 1647, p. 190). Sobre la concepción totalitaria del Estado en Hobbes, cfr. H. Schelsky, *Die Totalität des States bei Hobbes*, en: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, t. XXXI (1938), p. 176-201; J. Vialatoux, *La Cité de Hobbes théorie de l'Etat totalitaire*, Paris, 1935; Carl Schmitt, *El Leviathan (En la teoría del Estado de Tomás Hobbes)*, trad. de Francisco Javier Conde, Madrid, 1941.

²³ Mussolini, con su célebre fórmula “tutto nello Stato, niente contro lo Stato, nulla al di fuori dello Stato” (*Scritti e Discorsi*, Hoepli editore, vol. VI, p. 76) originó el nombre de totalitarismo para denominar a ese tipo de Estado. Pero, en realidad de verdad, la concepción totalitaria del Estado fue enunciada tempranamente por los Sofistas, quienes, polemizando con Sócrates, afirmaban, por boca de Trasímaco, que “justo es aquel que obra de conformidad a la ley y la ley es sancionada a la guisa del interés de los poderosos”, agregando, por medio de Cábeles, que la concepción de una moralidad objetiva, dictada por la divinidad, es una astuta invención de los poderosos para reforzar coherentemente la obediencia de sus leyes. Cfr. Adof Menzel, *Kallikles / Eine Studie zur Geschichte der Lehre vom Rechte des Stärkeren*, Wien und Leipzig, 1923; Mario Untersteiner, *I Sofisti*, Torino, 1949. p. 385-420

²⁴ En Grecia, originariamente, la palabra “tyrannos” era sinónima de “basileus” (rey), pero con Platón adquiere el significado de gobernante injusto. (Cfr. Benedikt Giger, *Der Tyrann / Werden und Wesen des tyrannischen Menschen und des Staats tyrannen / Eine Darstellung aus Werken Platons*, Calendria, 1940; Hugo Perls, “Le tyran d’après Platon”, en: *Les œuvres nouvelles*, Éditions de la Maison Française, New York, 1946, p. 11-147). Entre los romanos, la palabra significaba una injuria lanzada contra los que abusaban del poder; en efecto, los filósofos moralistas distinguían entre “rex” y “tyrannus”; el primero representaba al gobernante justo, dominador de sus pasiones, el segundo, al gobernante injusto, esclavo de ellas. (Cfr. J. Beranger, “Tyrannus / Notes sur la notion de tyran chez les Romains”, *Extrait de la Revue des études latines* T. XIII, Paris, 1935).

A partir de la alta edad media y hasta después del Renacimiento, la doctrina jurídica distinguía entre “tirano por ejercicio ilegítimo del poder” (*tirannis ex parte exercitii*) y “tirano por el origen ilegítimo del título con que ejerce el poder” (*tirannis ex defectu tituli*), siendo el primero el gobernante injusto y el otro lo que a partir de Grocio se llama gobernante *de facto*. (Cfr. Francesco Ercole, *Sulle fonti e sul contenuto della distinzione fra tyrannia “ex defectu tituli” e tyrannia “exercitio”*, Firenze, 1912).

ley de la justicia general, que es salvar al país; este gobernante, por ende, a diferencia del tirano, no viola sino afirma el orden de lo justo natural²⁵.

11. Al retomar nuestro tema principal, partimos recordando algo que ya adelantamos, a saber: que entre los actos libres hay que distinguir los actos exteriores y los actos interiores. Pues bien, las acciones exteriores se caracterizan porque rematan con un acto de la potencia motriz del operante, y estas acciones exteriores son “sociales” cuando relacionan al sujeto operante con otro sujeto, pudiendo ser este otro sujeto un individuo, varios o la sociedad entera. Por tanto, el acto exterior está compuesto, por una parte, de una manifestación del cuerpo y, por otra, de una decisión de la inteligencia y la voluntad; de esta interioridad directriz –repetimos– le viene al acto externo su calidad de humano y moral.

En vez, los actos que por su naturaleza no trascienden a una relación y, por consiguiente, cuyos efectos quedan en la inmanencia del operante, son los actos completamente internos, que tienen por principio una facultad del alma, cognoscitiva o afectiva. Lógicamente, los actos internos no caen bajo la regulación del Estado, pues el hombre, que como titular del poder político es el autor de las leyes positivas, está impedido, primero, naturalmente de mandar sobre esos actos y, segundo, moralmente. Primero, está impedido naturalmente porque el hombre sólo percibe las cosas que aparecen al exterior, y únicamente los actos externos se manifiestan por signos sensibles, por lo cual, si el legislador mandara sobre aquellos actos, no sabría si es obedecido y, en consecuencia, no podría juzgar el comportamiento de los destinatarios de sus órdenes. Segundo, el Estado no debe reglar esos actos porque su potestad legislativa tiene exclusivamente a la paz y honestidad exterior de los miembros de la comunidad, con las cuales no se vinculan los que se consuman en el interior del ser humano. Lo que no significa que la ley del Estado no ordene indirectamente a actos interiores del entendimiento y de la voluntad en cuanto están unidos a actos exteriores mandados o prohibidos, y tampoco que no juzgue, a través de manifestaciones sensibles, el grado de malicia o bondad internas del acto humano exterior, verbigracia, cuando considera la premeditación como agravante de un homicidio o la buena fe para conceder efectos especiales a determinados actos sociales.

Si el artículo 19 de la Constitución Nacional caracteriza, entonces, como “acciones privadas de los hombres” a las “exentas de la autoridad de los magistrados y sólo reservadas a Dios”, los actos humanos interiores constituyen, en primer término, ese género de acciones. Consecuentemente,

²⁵ Cfr. Cicerón, *De Legibus*, lib. III, 8; Santo Tomás de Aquino, *Sum. Theol.* I-II, q. 96 a. 6; Tomás Campanella, *Política in Aphorismos Digesta*, cap. V, nº 6-7.

el precitado artículo prohíbe la ingerencia del Estado en el fuero interno de los gobernados. Esto que acabamos de expresar lo tiene resuelto la Corte Suprema de la Nación en los siguientes términos: “Es cierto que las acciones privadas –dice nuestro alto Tribunal– están reservadas a Dios”, pero “el precepto del artículo 19 es todavía más exacto cuando trata de las ideas que no se exteriorizan en acciones”. De tal suerte, que si se tratase de caracterizar delitos subversivos del orden social, resulta evidente –agrega la Corte– que aquellos sólo podrían “tomar sus formas en la hipótesis de que las ideologías que los sustentan se tradujeran en hechos o en actividades”²⁶.

12. Antes mostramos que la moral está formada por las leyes emergentes de la intrínseca propensión a su perfeccionamiento que posee la naturaleza específica del hombre. Bien, obrar de modo estable conforme a esas leyes constituye la virtud: *virtus* es la calidad perfectiva de *vir*, que significa “hombre”. Por tanto, podemos decir que prístinamente el vocablo “virtud” equivale a “hombredad”. En efecto, quien habitualmente se comporta con virtud u hombredad se ha completado como ser humano. La constante adecuación del obrar interpersonal con las normas morales constituyen las *virtudes sociales*. Siempre las relaciones de los hombres tienen por objeto dar a otro o recibir de otro un bien, entendiendo por “bien” lo que es capaz de satisfacer una necesidad o un deseo humanos. De donde se concluye, entonces, que toda virtud social implica un débito, esto es, la obligación de dar algo a otro.

Ahora bien, hay virtudes que establecen débitos obligatorios pero sin exigir igualdad, ya que la magnitud y calidad de lo dado por un acreedor de superior naturaleza o condición impiden al deudor compensar con equivalencia lo recibido, cual es el caso del hijo que no puede dar el ser a los padres como en cambio él lo recibió de ellos. Cabe añadir: cuando el débito es obligatorio, su cumplimiento es necesario a la virtud del agente.

Al contrario, hay débitos morales cuyo cumplimiento no es indispensable a la conservación de la virtud del agente, sino necesario a su mayor perfección, verbigracia, cuando alguien se da al prójimo en razón de la virtud de afabilidad o le da un bien exterior suyo movido por la virtud de liberalidad.

Por último, hay débitos morales obligatorios y que deben ser cumplidos imperativamente con igualdad, pues la relación interpersonal se trabó como contracambio de bienes equivalentes; esta virtud social se denomina “justicia”. En la práctica de la justicia, entonces, a diferencia de lo

²⁶ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 171:103.

que acontece con las demás virtudes relativas al prójimo, hay necesidad de cumplir con el débito y también hay necesidad de medir con la especie pertinente de igualdad el objeto de ese débito. Repárese en que el acto de justicia comprende una doble rectitud: una rectitud subjetiva o racional, que es lo que lo define como virtud moral, consistente en la voluntad de dar efectivamente a otro lo que le pertenece, y una rectitud objetiva o real determinante de la igualdad entre las cosas o las personas del intercambio; en tanto que en todas las demás virtudes no se califica algo de recto sino en atención exclusiva a cómo el agente lo hace, o sea, en relación al propio sujeto virtuoso²⁷.

En sustancia, conforme a la definición de Ulpiano, traída de la filosofía griega²⁸ y hecha suya por Santo Tomás de Aquino²⁹, la justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo³⁰. Significando *lo suyo* no sólo los bienes externos del sujeto y el producto o valor de su actividad laboratriz, sino también lo inherente a su integridad física y al libre desarrollo de su personalidad³¹; de donde resulta que lo objetivamente “suyo” del sujeto constituye lo que ahora llamamos “derechos naturales subjetivos” o simplemente “derechos humanos”³².

El mismo sentido de la idea de justicia que acabamos de ver tiene la otra célebre definición de Ulpiano; nos referimos a su afirmación de que “los principios del derecho son vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo”, porque la honestidad de la vida social consiste en no dañar a otro, concediéndosele a este otro lo que le pertenece³³.

Bien; después de lo expuesto, queda claro que la virtud de justicia es imprescindible para que haya orden entre los hombres y también virtudes rigurosamente altruistas, ya que, por ejemplo, el acto de liberalidad debe fundarse sobre un acto de justicia, pues no sería liberal la acción de dar si no diese de lo suyo, ni sería magnánimo el acto de grandeza de ánimo que no se sobreañadiera a un acto de justicia. Por otra parte, la justicia es una virtud practicable por la generalidad de la gente, puesto que no impone desprenderse de algo propio en beneficio del prójimo, sino que

²⁷ Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Sum. Theol.* I-II q. 64 a. 2; II-II q. 58 a. 10 ad. 1; Joannis a Sancto Thoma O. P., *Cursus Theologicus, Isagoge ad D. Thomae Theologiam, De Justitia ipsa*, ed. Desclée et socii, Parisiis, 1931, T. I, p. 187.

²⁸ Cfr. P. W. Kamphuisen, “L’influence de la philosophie sur la conception du droit naturel chez les jurisconsultes romains”, en: *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1932, p. 389-412.

²⁹ Cfr. Jean-Marie Aubert, *Le droit romain dans l’œuvre de Saint Thomas*, Paris, 1955, p. 89.

³⁰ Félix Senn, *De la justice et du droit / Explication de la définition traditionnelle de la justice*, Paris, 1927, p. 1-17.

³¹ Cfr. Juan Zaragüeta y Bengochea, “El concepto de ‘lo suyo’ en la definición de la justicia”, en: *Miscellanea Vermeersch*, Roma, 1935, vol. II, p. 203-228.

³² Cfr. Lotus Lachance O. P., *Le droit et les droits de l’homme*, Paris, 1959, p. 104-170.

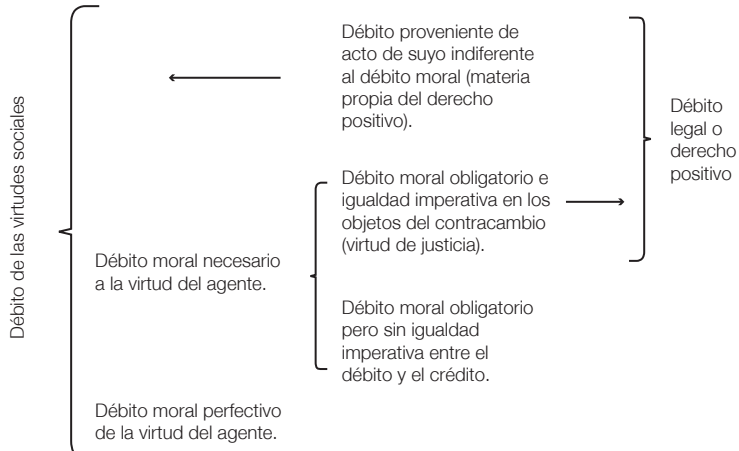
³³ Cfr. Giuseppe Capograssi, “Honestere vivere”, en: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Anno IV, Oct.-Dic., 1926, fasc. IV, p. 558-565.

se reduce a exigir cierta equivalencia cuando alguien da algo suyo a cambio de un bien recibido de otro. Debido a estas cosas es que el legislador ordena el cumplimiento de determinadas obligaciones provenientes de la virtud de justicia y, en su defecto, las manda imponer coercitivamente. Por consiguiente, el derecho positivo es la parte de la moral que regla con igualdad imperativa los cambios de bienes entre los particulares o entre la sociedad y los particulares, y que el legislador hace obligatoria y potencialmente coercitiva cuando lo estima necesario al bien de la comunidad³⁴. Pero esta conversión de lo justo natural en justo legal no comprende la totalidad de la materia de la ley positiva, porque a veces el Estado también prescribe actos que de suyo son indiferentes ante lo justo natural, pero que una vez ordenados constituyen lo justo, y no cumplirlos, lo injusto, como es el caso de una ley disponiendo que los vehículos transiten por la banda derecha y no por la izquierda de los caminos, porque marchar por una sola mano es indispensable al orden del tránsito, pero hacerlo por la izquierda o la derecha es de suyo indiferente ante lo justo natural³⁵. Obsérvese que en estas situaciones excepcionales, el débito moral dimana del débito legal, mientras que en la materia común y universal del derecho positivo, el débito moral antecede al débito legal³⁶. En este lugar intercalaremos otra advertencia. La virtud de justicia es necesaria pero no suficiente para la buena vida en común de los hombres: sin afabilidad o amistad, sin amor o caridad social la convivencia resulta

³⁴ Cfr. François Charrière, "Le droit naturel est-ce un droit?", en : *Nova et Vetera / Revue Catholique pour la Suisse Romande*, Fribourg, 1945, p. 307-308.

³⁵ Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Sum. Theol.* II-II q. 60 a. 5 ad. 1; In V Ethic., lect. XII, n. 1020; Santiago Ramírez, *El Derecho de Gentes*, Madrid-Buenos Aires, 1955, p. 75, 96, 122.

³⁶ Dejamos resumido lo expresado hasta esta altura del párrafo 12 del texto en el siguiente cuadro sinóptico:



una relación tensa, inanimada y lábil. No hacer legalmente obligatorias las virtudes sociales rigurosamente altruistas, porque el nivel de virtud de la gente y la insuficiente producción de los bienes de consumo humano todavía no lo toleran, no importa que el Estado deje de utilizar todos los medios de persuasión a su alcance, principalmente la educación, para infundir el hábito de esas otras virtudes relacionadas con el prójimo³⁷.

Pues bien, cuando el artículo 19 establece, de rechazo, que las acciones de los hombres que de algún modo ofendan al orden o a la moral pública o perjudiquen a un tercero están sometidas a “la autoridad de los magistrados”, resuelve, conforme a los principios de la filosofía clásica antes enunciados, que sólo los actos externos materia de la virtud de justicia caen bajo la potestad legislativa del Estado. Abonaremos este aserto desentrañando el sentido del tríptico de preceptos que encierra el precitado artículo cuando determina, según acabamos de ver, el objeto de las leyes humanas.

Orden es la disposición de las partes en el interior de un todo; consecuentemente, para que el orden social no sea ofendido, el legislador debe reglar la actividad externa de los sujetos enderezada a cambiar bienes de uso humano, de modo que cada uno actúe respetando los derechos de los otros³⁸.

Si se considera que el adjetivo *publicus*, esto es, *populicus*, denota la cualidad de pertenecer a un *populus*, es decir, a una muchedumbre de hombres organizada en un orden, resulta lógico inferir que la expresión constitucional “moral pública” significa la parte de la moral que regla las acciones referentes al orden de la comunidad, y sabemos que la justicia es la virtud que causa y conserva ese orden, por lo que Aristóteles afirma que “la justicia es cosa de la *polis*, porque la justicia es el orden político”³⁹.

“No perjudicar a un tercero” es la definición de acción justa dada por Aristóteles⁴⁰ y que Ulpiano, según ya quedó advertido, recogió en su definición del derecho con la tajante locución: *alterum non laedere*.

Por tanto, el primer precepto de la parte proemial del artículo 19, a saber,

³⁷ Cfr. Giorgio del Vecchio, *L'“homo juridicus” e l'insufficienza del diritto come regola della vita*, Roma, 1936; “Integrazione morale del diritto”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Anno XXV, Serie III, Genn.-Giug., 1948, Fase. MI, p. 187-188; Teófilo Urdanoz O. P., “Caridad social, alma y complemento del orden social”, en: *Sapientia*, nº 63, Buenos Aires, 1962, 7-36.

³⁸ Cfr. J. A. Ramírez O. P., *Di Ordine placita quaedam thomistica*, Salamanca, 1963, p. 218-219; Aimé Forest, “Ordre et Valeur”, en: *Actes du III^e Congrès des Sociétés de Philosophie de langue française*, Bruxelles-Louvain, 1947, p. 87-92; Alessandro Levi, “L'ordre public comme but essentiel de tout ordre juridique”, en: *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, T. III Paris, 1938, p. 66-74.

³⁹ *Política* 1253 a. 37.

⁴⁰ *Ética nicomaquea* 136 a. 30.

“no ofender el orden” cuando los hombres entre sí o los hombres y la sociedad contracambian bienes, lleva incoado los otros dos preceptos, porque no quebrantar la moral de los actos humanos públicos y no perjudicar a un tercero es proceder conforme a la justicia, virtud mediante la cual se causa y mantiene aquel orden.

En conclusión, averiguado que el artículo 19 de la Constitución nacional fija como materia de la potestad legislativa del Estado a los actos humanos objeto de la virtud de justicia, se deduce que dicha disposición considera “acciones privadas de los hombres” no sólo a las acciones interiores, sino también a las exteriores que no sean actos de justicia, pues en los casos que la ley manda alguna cosa de las otras virtudes lo hace siempre considerándola bajo la razón de justicia⁴¹. Verbigracia, cuando el código penal prohíbe la exhibición pública de figuras obscenas, no busca con ello moderación en la temperancia individual, sino impedir que se dañe a otro por medio del adulterio y los demás delitos sexuales, lo mismo que cuando el código de justicia militar ordena la fortaleza no es para repeler privadamente las injurias sino para cumplir con el precepto de la justicia general de defender a la patria que impone el artículo 22 de la Constitución nacional.

13. Indicábamos al principio que el artículo 19 distingue un orden moral natural y un orden jurídico positivo reglantes de las acciones humanas, pues, como a algunas de estas acciones que denomina “privadas” las reserva al solo juzgamiento de Dios, y a otras llamadas “públicas” las somete al juicio de los magistrados del Estado, y como a la entidad que establece un orden le corresponde juzgar las violaciones a ese orden, forzoso era concluir que la Constitución reconoce un orden de conducta instituido por Dios y otro instituido por el Estado. Ahora conceptuaremos las notas distintivas de estos dos órdenes, implícitamente señaladas en el artículo constitucional de referencia, y también extraeremos conclusiones prácticas de la jerarquía existente entre ambos órdenes. Pero para cumplir estos propósitos debemos antes recapitular lo ya dicho acerca de la justicia, de su diferencia con las demás virtudes y, en especial, con las virtudes relativas al prójimo; lo mismo debemos hacer con lo expresado respecto al derecho positivo.

Bien; la virtud de justicia es el hábito de dar a otro lo debido conforme a un criterio de igualdad, y toda virtud tiene por finalidad la perfección moral del agente. En consecuencia, lo que distingue la virtud de justicia de las demás virtudes es la doble rectitud que encierra, puesto que, como

⁴¹ Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Sum. Theol.* I-II, q. 99 a. 5 ad. 1; q. 100 a. 2; Suárez, *De Legibus*, lib. III, cap. XII, 3; Santiago Ramírez O. P., *Doctrina Política de Santo Tomás*, Madrid, 1951, p. 72.

virtud genérica que es, exige la rectitud racional del agente, pero específicamente requiere también una rectitud externa, pues la igualdad entre lo recibido y lo debido se establece en relación a otro y recae sobre los objetos del contracambio, que tanto pueden ser cosas como actividad de personas.

Con las demás virtudes sociales, la justicia tiene de común referirse al prójimo, pero, como es de su esencia dar a otro lo que le es debido conforme a una cierta especie de igualdad, se diferencia de ellas por uno de estos dos conceptos: primero, por no exigir las demás virtudes sociales igualdad entre lo debido y lo recibido, y segundo, por no constituir lo debido en estas otras virtudes una deuda rigurosa.

Ahora bien, lo justo legal o derecho positivo surge cuando a ciertos débitos morales de la virtud de justicia y a determinadas acciones nativamente indiferentes con respecto a la moral, pero ordenables al bien común, el Estado les sobreañade el débito legal, es decir, los hace obligatorios, y coercitivos para la hipótesis de no ser cumplidos.

Recién estamos en situación de precisar la diferencia entre la moral angostada a lo justo natural y el derecho positivo. Pues las notas específicas del derecho positivo hay que encontrarlas en las diferencias con su género próximo, que es lo justo natural, y no con su género remoto, que es la moral simplemente.

La primera diferencia reside en el débito legal que el Estado adiciona a ciertos débitos morales provenientes de la virtud de justicia y a determinados actos de suyo indiferentes frente a lo justo natural, pero que se convierten en justos desde que son exigidos en razón del bien común. Y débito legal significa, como ya lo dijimos, que el legislador hace externamente obligatorios y potencialmente coercitivos a esos actos, lo cual significa que en la eventualidad de ser ellos incumplidos, el Estado utiliza la coacción física para hacer efectiva la obligación⁴².

⁴² La coacción jurídica es el procedimiento irresistible de los órganos del Estado destinado a llevar a un sujeto al cumplimiento de un acto de justicia legal. La ciencia jurídica moderna, influenciada por Kant, considera la coerción como elemento esencial del derecho positivo (Cfr. *Kant, Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre*, par. D; ed. Königsberg ben Friedrich Nicolavivus, 1797, p. XXXV).

La doctrina antes referida se fundamenta en una concepción a ultranza pesimista de la naturaleza humana, enunciada en la época moderna por Maquiavelo y Hobbes y aceptada por el propio Kant, que tiene al hombre por radicalmente malo. Si por su naturaleza esencial el hombre estuviera dispuesto para lo malo, lógicamente, la coerción iría entrañada en toda regla de conducta que preceptúe dar a otro lo que le corresponde. Pues, de ser así la cosa, para que el hombre acate voluntariamente esa norma de relación social justa, necesita que ella conlleve un castigo virtual para quien la viole, castigo lo suficientemente severo para que el deudor considere menos malo cumplir el derecho que transgredirlo, porque obedecerlo también es malo para él.

Empero, lo cierto es que el hombre, según su más profunda y esencial naturaleza, quiere el bien, la felicidad, y como el obrar sigue a la naturaleza del ser operante, "hacer el bien y evitar el mal" constituye la ley esencial de las acciones humanas, no obstante los requerimientos desordenados de las pasiones. Esto

Si el derecho positivo está configurado por la adición de un débito legal a tipos de débitos morales de la virtud de justicia, forzosamente lo legal debe ser moral, aunque no sucede lo mismo con lo inverso, pues gran parte de la moralidad no está comprendida en la legalidad. De suerte que, si un débito legal contrasta con un débito moral, aquella imposición del legislador no sería derecho, sino un acto de violencia cometido por personas que habrían desnaturalizado el poder que el Estado tiene de reforzar con un débito eventualmente coercible obligaciones emergentes de la virtud de justicia⁴³. Este principio básico de la filosofía jurídica clásica ha sido aceptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, ha dicho: si el Tribunal aceptara que “la *conducta debida* es la opuesta a la *conducta sancionada* por el derecho”, “vendría a incurrir en la aberración esencial de sostener que el derecho obliga a una conducta deshonesta o inmoral”⁴⁴.

La segunda diferencia entre lo justo natural y el derecho positivo es que este último sólo atiende a la rectitud exterior del acto jurídico, mientras que el acto de justicia apunta, además, según lo dijimos antes, a la rectitud interior del agente.

14. Para agotar el tratamiento de los temas contenidos en el artículo 19 de la Constitución nacional nos resta precisar el alcance con que en él se utiliza el vocablo “ley” cuando concede exclusivamente al poder político la atribución de preceptuar o prohibir, con irresistible obligatoriedad y mediante normas estatales así denominadas, las acciones públicas de los miembros de la colectividad.

resulta decisivo para considerar que el derecho positivo es, por esencia, una orden *directiva* y recién, para la hipótesis de ser desobedecido, deviene una orden *coactiva*. En suma, para la realización del derecho, la coerción es necesaria por accidente, debido a lo cual, entonces, ella no entra en la esencia del derecho positivo. En otras palabras: la coerción no es de necesidad absoluta sino de necesidad hipotética. Cfr. Gallus M. Manser O. P., *Das Naturrecht in thomistischer Beleuchtung*, Freiburg in der Schweiz, 1944, p. 102-116; Otto Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 4º ed., Breslau, 1929, p. 305-320.

Adviértase, además, que si la naturaleza humana fuera mala en sí y, por consiguiente, tendiera al mal, tampoco habría moral natural y justicia natural, pues ¿cómo puede ella resultar la escala de lo bueno y de lo justo? Un derecho justo sería contra natura, no habría más derecho que el derecho positivo y éste sería, esencialmente, una orden coercitiva.

Francisco de Vitoria, contemporáneo de Maquiavelo, refutó esa doctrina en su Relección *De Homicidio* pronunciada el 11 de junio de 1530, y allí mostró la bondad esencial de la creatura humana y cómo sobre ella se asienta el derecho natural. Este mérito de Vitoria pasa generalmente inadvertido, como eclipsado por la glorificación de que se le hace objeto en su calidad de fundador del derecho internacional y de filósofo político.

⁴³ Cfr. Sófocles, *Antígona*, 450-460; Santo Tomás de Aquino, *Sum. Theol.* I-II q. 95 a 2; Francesco Olgiati, *Il concetto di giuricittà in San Tommaso d'Aquino*, 2º ed., Milano, 1944, p. 210-218; Peter Teschlender, *Ursprung und Träger der Staatsgewalt nach des hl. Thomas und seiner Schule*, M. Gladbach, 1923, p. 104-112; Albert Mignault O. P., *La résistance aux lois injustes*, Montreal, 1922; Jean Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, 1929, p. 668-769; Gustav Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en el volumen del autor *Der Mensch im Recht*, 2º ed., Göttingen, 1961, p. 111-124.

⁴⁴ Fallos de la Corte Suprema de Justicia, 248:291

La doctrina constitucional moderna formula la distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material. Ley en sentido formal es toda orden dictada por el órgano legislativo de un ente político, y en sentido material es cualquier precepto emanado de una autoridad pública que regle, de modo abstracto y general, una relación jurídica entre particulares o entre particulares y el poder político o entre dependencias del poder político⁴⁵. A este respecto, corresponde aclarar que la Corte Suprema de la Nación ha consagrado esta distinción dentro del texto de nuestro estatuto fundamental⁴⁶.

Efectivamente, en primer término, nuestra Constitución usa la palabra “ley” para referirse a un grupo de decisiones que sólo el Congreso de la Nación o las Legislaturas provinciales pueden dictar, por lo que entonces tenemos leyes nacionales y provinciales en sentido formal. En segundo lugar, con el mismo vocablo llama a cualquier norma jurídica emanada de autoridad competente nacional o provincial, con lo cual también tenemos leyes nacionales y provinciales en sentido material. Además, como instituye el gobierno municipal y es propio de toda autoridad pública dictar, en la órbita de su competencia, reglas de comportamiento social, tenemos normas jurídicas municipales que encajan en la conceptualización genérica de leyes municipales en sentido formal y en sentido material⁴⁷.

⁴⁵ El vocablo *lex* tenía ya entre los romanos un sentido formal y otro material. En efecto, en algunos períodos significó la norma jurídica sancionada por el órgano que cumplía la función legislativa, sea la asamblea comicial, el Emperador o el Senado; en otros, significó un precepto general dictado por cualquier órgano del poder político (Cfr. M. E. Peterlongo, “‘Lex’ nel diritto romano-clásico e nella legislazione giustiniana”, en: *Studi in memoria di Roberto Michels*, Pádova, 1937, p. 277-313).

En la edad media y en la época moderna hasta fines del siglo XVIII, ley significó toda norma jurídica dictada por una autoridad competente, o sea, se utilizaba el término en sentido material (Cfr. Giorgio La Pira, “Il concetto di legge secondo San Tommaso”, en: *Rivista di Filosofia neo-scolástica*, Anno XXII, 1930, fasc. III-IV, p. 208-217; Carlo Curcio, “Il concetto di legge nel pensiero italiano del secolo XVI”, en: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Anno VI, 1926, fasc. III, p. 387-398).

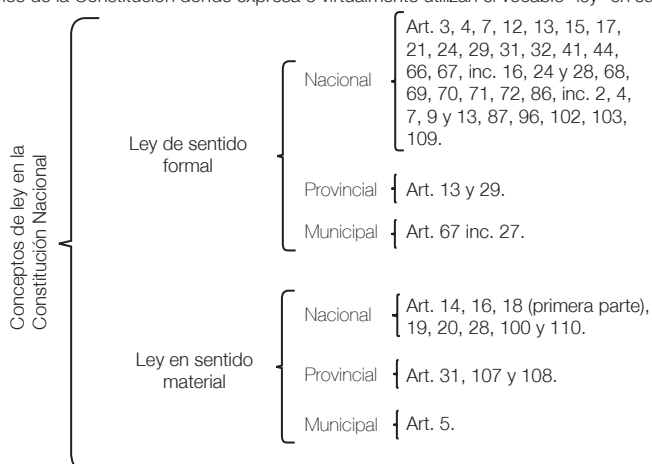
A partir de la Revolución francesa y del constitucionalismo que ella animó, volvióse a la acepción dual del término *ley*, aunque los sostenedores de “la ley expresión de la voluntad general” pretendían entregar el monopolio de la creación de normas jurídicas a los “representantes del pueblo”, esto es, al órgano legislativo del Estado. Empero, en todas las Constituciones modernas aparece el vocablo con los dos sentidos, aunque predominando el formal, porque en esos textos subsiste el propósito político de concentrar en las leyes a todas las normas jurídicas y la función creadora del derecho positivo en el Parlamento. No obstante, el creciente intervencionismo estatal del siglo XX viene pluralizando la función legislativa entre organismos estatales y paraestatales. El tema de la distinción de ambos conceptos de ley y el sentido de púa política que esa distinción encierra fue motivo de una exhaustiva discusión entre los profesores alemanes de derecho público, reunidos en Munich en 1927 y en donde fueron relatores Hermann Heller y Max Wenzel (Cfr. “Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung”, en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 4, 1928. Para el aspecto dogmático jurídico de la distinción, cfr. Donato Donati, “7 caratteri della leggi in senso materiale”, en: *Rivista di Diritto Pubblico*, 1910, T. I, p. 289-327; Gustavo Ingrassio, “Sulla distinzione fra leggi in senso materiale e legge in senso formale”, en: *Studi in onore di Federico Cammeo*, Pádova, 1933, vol. I, p. 699-720).

⁴⁶ “Ley formal (es el) acto emanado de la rama de gobierno que está investido del Poder Legislativo”. Dictamen del Procurador General doctor Sebastián Soler hecho suyo por la Corte Suprema, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia*; 237:636. “Esta expresión (ley) no ha de caracterizársela como un concepto exclusivamente formal”. *Fallos*, 234:82.

⁴⁷ En un esquema dejaremos clasificados, conforme a las tipificaciones realizadas en el texto, los articu-

Bien; apenas se examina el papel asignado a la ley en la segunda parte del artículo 19 de la Constitución, se echa de ver que ahí el vocablo abarca a las leyes nacionales, provinciales y municipales en sentido material, ya que, como dijimos, cualquier autoridad pública, dentro de su jurisdicción, posee la propiedad de prescribir o prohibir acciones humanas, y los habitantes de la Nación están obligados a cumplir esas órdenes. Y esto no varía en el caso de que el juez, ante la inexistencia de un mandato expreso de la ley civil, recurra a los principios de lo justo natural y entonces, haciendo como si fuera legislador, imponga coercibilidad a una norma general de esa índole y, consecuentemente, la aplique en el juicio concreto que debe actuar, puesto que para hacerlo está autorizado por el artículo 16 del Código civil^{48 49}. Por ende, en esta situación, a quien la sentencia judicial le impone obrar en determinado sentido, no queda obligado a hacer lo que la ley no manda, sino a la inversa. En tanto que nuestra Corte Suprema ha sostenido que, careciendo de fuerza legal los

los de la Constitución donde expresa o virtualmente utilizan el vocablo "ley" en sus distintos conceptos.



⁴⁸ Fallos, 234:82.

⁴⁹ Por ser los actos humanos, sobre los cuales recaen las leyes, singulares y contingentes, además que infinitamente variables, resulta imposible que el legislador provea todas las relaciones sociales judiciales. Ante una de estas lagunas legislativas, el juez, obligado por la propia ley civil a juzgar los litigios que le presenten, extrae una norma general justa de las leyes positivas que tratan una materia análoga, de una costumbre reglante de esa materia, de la común opinión de la doctrina o simplemente de los principios de la virtud de justicia y le imprime, para el caso, coercibilidad, por lo que Aristóteles dice que obra como "si el legislador mismo estuviera ahí presente, pues así lo habría declarado o de haberlo sabido así lo habría legislado" (Aristóteles, *Ética nicomaquea* 1137 b, 19-24; Francesco Marioni, "La equità e la sua funzione nei giudizi", en: *Il Filangieri*, Anno XXXIX, 1914, p. 481-526; Giorgio del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, nuova edizione, Milano, 1958; François Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2º ed., París, 1932, T. II, *Epilogue ajouté a la seconde édition*, chap. III: Les pouvoirs du juge d'après le Code civil suisse du 10 décembre 1907, p. 308-329; Josef Esser, "Wandlungen von KIlligkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen privatrecht", en: *Tübingen Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Summum jus suma injuria*, Tübingen, 1963, p. 22-40).

actos ordenados por una autoridad pública en materia que está fuera de su jurisdicción, lo mandado por ella viene a no estar preceptuado o prohibido por la ley, con lo cual se contraría el artículo 19 de la Constitución nacional⁵⁰.

15. Ahora bien, respecto a la aplicación de la segunda parte del artículo 19 de la Constitución nacional, la Corte Suprema ha resuelto que dicho precepto, en definitiva, “remite a la interpretación de la ley, para determinar si crea la obligación o establece la prohibición a que se refiere la Carta”⁵¹. Consecuentemente, al alto Tribunal, en su función de salvaguardar la supremacía constitucional, no le incumbe revisar la interpretación judicial de las normas comunes o locales⁵², ya que todas las sentencias tienen a su favor la presunción de ser arregladas a la ley⁵³, “salvo el supuesto excepcional de la arbitrariedad”⁵⁴. Por tanto, la Corte Suprema revisa normalmente la interpretación de las leyes federales, puesto que sobre ellas actúa como tribunal de casación, pero también revisa, aunque de modo excepcional, los fallos dictados por los tribunales locales de última instancia cuando son “sentencias arbitrarias”⁵⁵. Y con esto nos enfrentamos con una admirable institución creada pretoriamente por nuestro supremo tribunal federal y que, sin duda, se basa en la parte preceptiva del artículo 19 de la Constitución.

La Corte Suprema estima que la sentencia relativa a leyes comunes o locales es inconstitucional por arbitrariedad cuando padece los defectos extremos que enseguida enunciamos.

- 1) Si ha sido dictada francamente contra la ley fundándose tan sólo en el capricho del juzgador, y no cuando se trata de una interpretación errónea del juez⁵⁶.
- 2) Si se sustenta sobre hechos judicialmente inexistentes⁵⁷ o sobre hechos que, de no haberse omitido considerar cuestiones propuestas por las partes, pudieron no haber sido tales⁵⁸, y no cuando sólo hay error en la apreciación de las circunstancias tácticas del caso.
- 3) Si se aplica la ley según una interpretación contraria a la enseñanza

⁵⁰ *Fallos*, 98:370.

⁵¹ *Fallos*, 237:797.

⁵² *Fallos*, 133:177; 153:331; 184:516; 194:220; 237:370, 893; 238:416; 240:91; 242:14; 244:147; 257:273.

⁵³ *Fallos*, 102:414.

⁵⁴ *Fallos*, 244:220.

⁵⁵ Cfr. Juan Francisco Linares, “El recurso extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales”, en: *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, T. XXVII, 1949, n° 3 y 4, p. 217-258; Esteban Ymaz, “Arbitrariedad y recurso extraordinario”, en: *La Ley*, T. 67, p. 741-751.

⁵⁶ *Fallos*, 207:72; Voto del Presidente de la Corte Suprema, doctor Tomás D. Casares, 211:958; 234:82; 235:109; 237:438; 244:448; 251:339.

⁵⁷ *Fallos*, 235:864; 238:550; 255:206; 256:28; 256:370; 257:20; 126

⁵⁸ *Fallos*, 234:307; 235:113, 864; 237:328; 255:132.

unánime y constante de la jurisprudencia y la doctrina, no siendo razonable la nueva interpretación⁵⁹.

Evidentemente, si la sentencia manda obrar contra lo expresamente preceptuado por la ley o de modo irrazonable, contra lo preceptuado por la ley según la constante y unánime interpretación de la doctrina y la jurisprudencia, o si no están absolutamente probados o se impidió probar los hechos que son la condición para que corresponda aplicar lo prescripto por la ley, esa sentencia viene a ordenar hacer lo que la ley no manda o priva de lo que ella no prohíbe. En suma, la sentencia arbitraria infringe *in genere* el artículo 19 de la Constitución nacional, pudiendo quebrantar *in concreto* otro precepto de la Constitución, verbigracia, los artículos 14 y 17, si a alguien se le quita la propiedad sin que se hayan cumplidos los procedimientos estatuidos por la ley⁶⁰, o el 18, si se le coarta el derecho de defensa⁶¹.

16. Al comienzo, al investigar la gestación histórica del artículo 19, sostuvimos que era un precepto original de nuestro derecho público, queriendo significar con ello que literariamente no deriva de ningún precepto de una Constitución extranjera y, en especial, de la de los Estados Unidos como sucede con numerosas disposiciones de nuestro estatuto básico. Pero, en cuanto a su sustancia, al contrario, nada está más lejos que ser nuestro artículo 19 una norma autóctona, puesto que condensa la filosofía jurídica universal formulada por los grandes paradigmas del contexto de ideas de nuestra civilización. Y a este propósito, justamente para mostrar la universalidad de dichos principios filosóficos, recordamos que de la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos –modelo de nuestro artículo 33– la cual reza que “la enumeración de ciertos derechos que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que pertenecen al pueblo”, la doctrina norteamericana extrae el siguiente corolario: el fundamento de la Constitución de los Estados Unidos reside en la misma filosofía jurídica que el artículo 19 de la nuestra proclama abiertamente y cuya esencia consiste, según también lo asevera aquella doctrina, en considerar que el derecho positivo es válido en la medida que contiene al derecho natural y que Dios, al crear la naturaleza humana con la intrínseca propensión a su propio perfeccionamiento, es el supremo legislador de ese orden jurídico

⁵⁹ Fallos, 235:267; 236:27; 244:523. Es de hacer notar que con esta jurisprudencia la Corte Suprema acepta la clásica doctrina sobre la autoridad de la “opinión común de los doctores”, consistente en la obligación del juez de aceptar –so pena de considerar su sentencia como si fuera *contra leges*– la enseñanza unánime y constante de los tratadistas, siempre que el juez no sostenga con razonabilidad su opinión singular. Cfr. Charles Lefevre, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, París, 1938, p. 262-305.

⁶⁰ Fallos, 112:384; 131:387; 133:298; 150:84; 184:137.

⁶¹ Fallos, 236:105.

objetivo, con lo cual los gobernados quedan moralmente inmunes al riesgo de someterse a una legalidad suficiente en sí misma, lo que equivale decir, asentada en la voluntad exclusiva de los hombres que ejercen los supremos poderes del Estado⁶².

⁶² Cfr. Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, 6º ed., New York, 1963.

DERECHOS HUMANOS Y GLOBALIZACIÓN (*)

I. Introducción

Agradezco mucho a los iniciadores de este viaje expositivo, los profesores G. Mendes e I. Sarlet. Hace años que me invitan a Brasil, país cuya desarrollada cultura constitucional siempre me sorprende tanto como el compromiso fogoso de los estudiantes de Derecho locales. También quiero agradecer al profesor A. Maliska, quien tradujo dos de mis libros. Muchas veces se considera a Brasil como uno de los países “emergentes”. Yo considero que esta conceptualización no es adecuada, ni para Brasil, ni para la Argentina, porque se basa exclusivamente en categorías económicas y es expresión de la economización general que domina nuestro mundo en muchos ámbitos. Brasil y Argentina son, al igual que Perú, buenos ejemplos del Estado constitucional como prototipo. Se encuentran igualmente en constante transformación, tal como los Estados constitucionales clásicos, por ejemplo en Europa. El Estado constitucional vive de los grandes textos, por ejemplo, la Declaración de la Independencia Americana de 1776, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 y poco antes los *Federalist Papers* de los nacientes EE.UU. de América. También textos clásicos no jurídicos cimientan el Estado constitucional y su sociedad abierta. Recuerdo aquí a I. Kant, o H. Jonas (principio de la responsabilidad) o E. Bloch (principio de la esperanza). Hasta compositores y poetas como Beethoven y B. Brecht han realizado aportes a la formación del Estado constitucional: Beethoven, quien tachó la dedicatoria de la Sinfonía Heroica a Napoleón I cuando éste se coronó emperador (1804), o B. Brecht con su frase “Todo el poder viene del pueblo, ¿pero, a dónde va?”.

El tema de hoy “Derechos humanos y globalización” es literalmente un “megatema” que sólo puede ser abordado seriamente a partir de palabras

(*) Ponencia presentada por el autor en mayo de 2011 en varios eventos realizados en Brasil, en la Academia Richter de San Pablo, en la jornada realizada con motivo de la inauguración del Instituto Peter Häberle en Brasilia, así como en el Congreso sobre Derechos Humanos en San Salvador de Bahía. La traducción fue realizada especialmente para *Contextos* por Irene Weinmann de Knoop, Traductora Pública de Alemán (UBA) y la Lic. Silvia Lenz, Docente de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA), con conocimiento del autor y a pedido de la dirección de la publicación.

clave o fragmentos. Pero asumiremos el riesgo que conlleva este típico “tema de la madurez”: lo que sigue deberá ser entendido más bien como un catálogo abierto de tópicos.

II. Derechos humanos

1. Desde el derecho positivo

Los derechos humanos se encuentran garantizados jurídicamente en muchos niveles: desde Francia hasta Alemania, desde Sudáfrica a Polonia, hasta existe una Declaración de Derechos Humanos Islámica (1990). En el nivel regional podemos mencionar el temprano Convenio Europeo de Derechos Humanos (EMRK) (1950) para Europa con los ahora 47 Estados miembros. La Rusia de Putin pronto se verá sometida a un enjuiciamiento por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (EGMR) por proceder de manera injusta contra un megaempresario (de Chechenia, ni hablar). Por último, en el nivel internacional, se encuentran las Naciones Unidas con sus dos Pactos de Derechos Humanos de 1966. Ya los documentos fundacionales de las Naciones Unidas de 1945, especialmente la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, son ilustrativos. Por más que sean infringidos frecuentemente, una vez que este tipo de textos “se encuentran en el mundo” podrán ganar a largo plazo “fuerza normativa”; también el Estado constitucional de J. Locke ha sido alguna vez solamente una “utopía concreta” hasta que tomó forma principalmente en el mundo occidental y continuó desarrollándose. Japón es miembro de ambos pactos de las Naciones Unidas y también reconoce los derechos humanos a nivel nacional (cf. Cap. III Constitución de 1946).

2. Derechos humanos en la naturaleza y la cultura

Muchas veces se piensan los derechos humanos desde la naturaleza del hombre, por lo cual le corresponden a todos. Por supuesto. Sin embargo, ¿deben ser concebidos de manera idéntica en todo el mundo, en “el norte y el sur”, en “oriente y occidente”, como para hacer alusión a Goethe ya en este punto? Los derechos humanos se desarrollan no sólo desde la “naturaleza humana”; si se quiere, desde el “derecho natural” también se desarrollan a partir de la cultura, y esto también quiere decir que son diferentes a nivel nacional, regional, universal, según el nivel de desarrollo, costumbres, usos, tradiciones. Los derechos humanos de la Declaración Africana de Derechos Humanos (1981) no pueden ser interpretados como los altamente diferenciales, en algún sentido “perfectos”

derechos humanos en la Ley Fundamental alemana (GG) (cf. Art. 1 Inc. 2) o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (EMRK). Por ello se deben crear categorías y diferenciar dimensiones (sin el tan extendido “pensamiento encasillado”) que puedan representar la idea de derechos humanos en los niveles de desarrollo (cultural): los derechos humanos clásicos del *status negativus*, derechos de participación como los “derechos sociales fundamentales” a la seguridad social, al mínimo existencial (ejemplarmente en Suiza: Art. 12 Constitución de 1999) y los así llamados derechos de “tercera generación”: derecho al desarrollo, derecho a la paz, protección del medio ambiente, etc. En última instancia, todos se originan a partir de una misma idea fundamental: la dignidad humana entendida desde lo social-cultural, definida en el sentido que le otorga I. Kant e interpretada con la ayuda de G. Dürig de manera absoluta, es decir, sin relativizar (¡prohibición de la tortura!). También el derecho al mínimo existencial, el derecho político del sufragio, el derecho de petición, la libertad de opinión y de prensa y, principalmente, el derecho fundamental de poder tener trabajo son comprendidos desde este punto de vista. Quizás sea la dignidad humana de cada uno, lo que le corresponde a cada uno por “naturaleza” y “cultura”, universal. Sólo algunas manifestaciones concretas, como el derecho de familia, incluso el principio de igualdad, el derecho sucesorio, permiten variantes condicionadas en lo cultural y en el desarrollo histórico.

Reflexionar acerca de los “estándares de derechos humanos” es sobre todo tarea del derecho público internacional, que actualmente está atravesando una fase de “constitucionalización”. Con relación a esto existe mucha literatura. Sin embargo, se debe tener la precaución de no argumentar dogmáticamente desde un único foro nacional. Nosotros los alemanes no debemos aspirar a exportar nuestras figuras dogmáticas a “todo el mundo”. A los EE.UU., ocasionalmente se les reprocha un “imperialismo de derechos humanos”, una expresión terrible. Por otro lado, la intervención humanitaria en Kosovo (1999) probablemente era justificada. Lo mismo vale para la resolución del Consejo de Seguridad en torno al tema Libia (primavera de 2011). El *pathos* de la Declaración Francesa de Derechos Humanos de 1789 es amplio, pero el postulado de la “fraternidad” pudo plasmarse recién a través de los “derechos sociales fundamentales” (como el derecho a la educación, a la seguridad social), y aún hoy en día se cumplen de manera bastante imperfecta.

Las Naciones Unidas cumplen con su Declaración de Derechos Humanos de manera insuficiente. Piénsese, por ejemplo, en Sudán (Darfur) hoy o en Ruanda y la ex Yugoslavia hace más de 10 años (¡Sebrenica!). Y hasta

en el nivel nacional interno conocemos déficit. Piénsese en la cuestión de la ingeniería genética, el estudio de las células madre, la protección de los embriones, por ejemplo, en Alemania y el analfabetismo en América Latina.

3. “Política de derechos fundamentales”, “política de derechos humanos”

Qué se puede hacer en materia de política de derechos humanos. El concepto “política de derechos fundamentales” fue propuesto por mí por primera vez en 1971 en la Jornada de los Profesores de Derecho Público de Regensburg. La “política de los derechos humanos” de J. Carter data de años posteriores. Probablemente los derechos humanos deben ser optimizados en los niveles nacional, regional y universal: a partir de niveles textuales ricos, de teorías sensibles y de una práctica abierta. También se deben incluir en las comunidades de responsables a las ONG, “Human Rights Watch” y similares, como Amnesty International. Se debe trabajar con las instituciones jurídicas, entre otras. Por ejemplo, los países africanos poseen textualmente “comisiones de derechos humanos” ejemplares (por ejemplo, Art. 156 – 158 Constitución de Togo de 1992). Los déficit de las comisiones de las Naciones Unidas en Ginebra, mejor dicho, de los comités para la cuestión de la protección apartidaria de los derechos humanos, son conocidos, los tribunales constitucionales nacionales y regionales así como los buenos tribunales en Varsovia y Budapest, pero también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (EGMR) y el Tribunal Panamericano de Derechos Humanos en Costa Rica deben ser estimulados y apoyados a partir de innovadores aportes teóricos surgidos del ámbito científico. El *status activus processualis*, por ejemplo, encarnado en la figura del defensor del pueblo (Austria) o del ombudsman en la Unión Europea, ilustra esta cuestión. No deben desanimarnos tampoco las diferencias culturales. También pueden enriquecer y estimular la reflexión en y hacia una dimensión universal.

Por supuesto se debe advertir ante el peligro de que el argumento de los derechos humanos se convierta en una simple expresión de moda, no debe ser instrumentalizado políticamente, ni encubrir una política de poder nacional (lamentablemente existe Guantánamo). Por otra parte, debe reconocerse que se precisa tanto de las naciones poderosas como de las pequeñas, por ejemplo, tanto de los EE.UU. como de Liechtenstein para que los derechos humanos puedan tornarse reales. Sin Estados constitucionales poderosos los derechos humanos permanecerían “platónicos” en todos los niveles. El idealismo de los derechos humanos y el

realismo de los derechos humanos son una cuestión actual. En especial las comunidades nacionales de científicos (por ejemplo, en el actual seminario plurinacional) tienen una gran responsabilidad conjunta en cuestión de derechos humanos, de los cuales también se deriva la organización política de la democracia. Las comunidades responsables del ámbito nacional, regional y universal deberían trabajar mano a mano. Esto conduce a “ósmosis”, a “procedimientos de intercambio”, un dar y recibir, como bajo los propios Estados constitucionales nacionales. Mucho debe crecer nacionalmente en el nivel micro para después poder ser apropiado en el nivel regional y universal a través de textos, teorías y prácticas. También vale lo inverso: el nivel regional de las garantías de derechos humanos se refleja en el nivel nacional. Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (EMRK) resulta muy imperfecto aún (según el BVerfG, ahora E 111, 307 (317)) a nivel del GG. Ejemplares son, por el contrario, Austria y Suiza, donde el Convenio Europeo de Derechos Humanos (EMRK) tiene jerarquía constitucional. Las teorías de los derechos humanos nacionales y su práctica deberían irradiar, a su vez, en el nivel regional y universal. La “cultura de los derechos humanos” se desarrolla de manera especialmente sutil y diferenciada en los grandes tribunales regionales, como Estrasburgo y Costa Rica. El Pacto Andino podría actuar en el largo plazo en América Latina.

III. Globalización

“Globalización” es una de las palabras de moda de nuestros tiempos. Analizar este concepto desde el enfoque científico constitucional no me resulta posible, ni brevemente, ni de manera más extensa y profunda. Aquí algunas palabras claves a modo de introducción.

Para comenzar, propongo tres interrogantes: primero: ¿qué significa “globalización”, posee la globalización un *ethos*, y de ser así, cuál?, ¿se trata solamente de desarrollos empíricos (mercado mundial, comunicación planetaria, opinión mundial) o juegan un rol los aspectos de bienestar general, progreso social, cuidado del medio ambiente, elementos de justicia, derechos humanos, diversidad cultural? Segundo: ¿qué es lo nuevo de la globalización? La expresión misma no es tan antigua aún, pero ¿quizás sí su manifestación? El lingüista J. Trabant hace poco ha escrito sobre el “globalés” como idioma. Recordemos algunos textos clásicos que hace mucho tiempo han anticipado casi todo. Shakespeare: “El mundo es un escenario”; Goethe: “literatura universal”; Kant: “propósito cosmopolita”; Schiller: “Lo que he pensado como ciudadano de

este mundo”. Ya mucho antes de la “globalización” existían visiones del mundo, religiones universales, concepciones del mundo, la colonización europea de otras partes del mundo. Ya en la Grecia Antigua se encuentran citas ilustrativas, por ejemplo, en el Helenismo. Pero ¿qué es lo especial y lo novedoso –lo “velociférico”, una expresión de Goethe–, qué es lo nuevo en el fenómeno de la globalización, también impulsado por Internet? Tercero: ¿no deberían compararse aún más profundamente en el sentido del análisis de los niveles textuales las diferentes constituciones entre sí? Se pueden hallar ricos ejemplos textuales para lo que se podría llamar “derecho constitucional mundial nacional” en la pequeña escala, así como existe un “derecho constitucional europeo nacional”. Menciono algunos ejemplos: cláusulas sobre la paz (mundial) en muchas de las constituciones más recientes, cláusulas de cooperación y apertura, cláusulas humanitarias hasta en las supuestamente pequeñas y totalmente revisadas constituciones de los cantones suizos, en el nivel nacional se encuentran muchas garantías universales de los derechos humanos. Además, existen dos campos temáticos que podrían estructurar nuestro objeto: el concepto de moda del “constitucionalismo en varios niveles” y la fórmula del *legal pluralism*. Yo considero a estos conceptos, más precisamente al pensar por niveles, así como el apreciado constitucionalismo a varios niveles y al sistema europeo de varios niveles, como una metáfora dudosa o errónea. El atributo de “erróneo” lo utilizo muy raramente. La reflexión en términos de “niveles” del ordenamiento jurídico sugiere una jerarquía que no existe de esta manera, ni en la República Federal, ni en Europa. En la República Federal los Estados no se encuentran “abajo” y la confederación “arriba”. ¡Esto no vale solamente para Baviera y Baden-Württemberg! El ámbito de aplicación del Art. 31 GG (“el derecho federal tiene prioridad sobre el derecho de los estados federales” (Länder)) es muy limitado: solamente el derecho federal constitucional “tiene prioridad” sobre el derecho de los Estados federales. Por lo demás, la confederación y los Estados federales no son parte de un ordenamiento jerárquico, sino que se encuentran al mismo nivel y equiparados. Lo dicho también vale para Europa, si se la entiende como conjunto de ordenamientos parciales complementarios. Los Estados nacionales miembros de la Unión Europea no se encuentran “abajo”, la Unión Europea no se encuentra “arriba”. Debemos modificar esta conceptualización jerárquica. En su lugar existen sutiles conglomerados, complejos engranajes, una red de relaciones. Entonces, unas palabras acerca del frecuentemente citado *legal pluralism*. En un mundo globalizado debemos, mejor dicho, podemos vivir con un pluralismo jurídico específico. Esto vale en Europa, especialmente

delicado con respecto a la relación entre Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) y el Tribunal de Justicia Europeo (EuGH) en cuanto a los derechos fundamentales. Algunas veces se habla de competencia, otras, de cooperación. En el nivel internacional se presenta, por ejemplo, el interrogante de si las actuaciones legales de las Naciones Unidas pueden ser medidas según los parámetros de los derechos humanos internacionales por los tribunales de la Unión Europea. Aquí tienen lugar muchas discusiones a causa de las diferentes culturas jurídicas. Probablemente se puedan resolver los conflictos en el sentido de la “concordancia práctica” de mi maestro académico K. Hesse. En la década de la globalización uno debe ser conciente de que, justamente, el pluralismo jurídico depende del apoyo de los Estados constitucionales, en caso necesario, también de los simples Estados que no merecen el selecto atributo de “Estados constitucionales”. Por supuesto que en el Estado constitucional los fundamentos jurídicos generales del derecho público internacional constituyen un valor jurídico constitucional de central importancia. La imposición de la garantía de los derechos humanos internacionalmente asegurados y la posible racionalización de muchos procesos jurídicos tornan necesario que los Estados constitucionales, y también los que no lo son, permanezcan estables. En lo que sigue, se debe distinguir entre las manifestaciones jurídicas y no jurídicas de la globalización, por más vinculaciones que haya.

1. Manifestaciones jurídicas de la globalización

Nuestro “planeta tierra azul” se encuentra estructurado jurídicamente hace ya mucho tiempo: formas tempranas son el *ius gentium* romano, la “escuela de Salamanca”, Grotius como “padre del derecho público internacional”, la fracasada Liga de las Naciones (1919) y las sólo en parte exitosas Naciones Unidas (hace 60 años). Se han desarrollado las normas del derecho público internacional, sus “principios jurídicos generales”, las Convenciones de Ginebra (1907) y de Viena (1969). Aquí sólo puedo ser diletante. Los dos Pactos de Derechos Humanos (1966) aportan sobre todo a la constitucionalización del mundo (debiéndose profundizar todavía el término “constitucionalización”). Los Tribunales de las Naciones Unidas y el Tribunal Penal Internacional, los tribunales *ad hoc*, como en el caso de la ex Yugoslavia y Ruanda, corresponden a este grupo. Hasta los Convenios sobre la realización de Misiones Espaciales, como el Tratado del Espacio Exterior (1967) constituyen un elemento de la tangible “globalización” jurídica. Se torna visible la idea de un mundo único detrás del cual, por supuesto, podrían existir, en el sentido de

Giordano Bruno, otros “mundos”, aunque él haya sido condenado como hereje a la hoguera en la Roma de 1600. Palabra clave es aquí la metáfora del mundo como “aldea”, conocido es el “mercado mundial”. Un aparentemente interminable intercambio de informaciones y noticias, de bienes y mercancías, también de seres humanos es característico para lo “global”. Los sistemas jurídicos nacionales, regionales e internacionales simplifican esto. Por supuesto, también con respecto a la criminalidad y el terrorismo. La seguridad nacional y la internacional se tornan indivisibles. El derecho privado (palabra clave: *lex mercatoria*) aporta mucho a la globalización del mundo, si se me permite este pleonismo. El comercio y el cambio se tornan globales. La técnica, sobre todo también la televisión, hacen el resto. Los mercados de capitales internacionales y algunos representantes individuales como “langostas”, realizan aquí aportes en parte positivos y en parte negativos. Con esto llegamos a las manifestaciones no jurídicas.

2. Las manifestaciones no jurídicas de la globalización

“Técnica” y “comercio y cambio” ya fueron mencionados. Las ONG (junto con los medios) son parte del efectivo “pluralismo de portadores” en el tema de la globalización. Por más difusa que sea su estructura jurídica, resultan efectivas para los derechos humanos en tanto principales formas de manifestación de la globalización jurídicamente tangible. Ésta no debe ser utilizada como “palabra mágica” y clave para todo, ni debe ser condenada y criticada desde una perspectiva unilateral. La “globalización” debe ser reconocida en su ambivalencia: puede poner en peligro la diversidad cultural y uniformarla, de manera que el hombre se sumerge en un abismo, pero también puede enriquecerla, porque se toma conciencia de las diferencias según naciones y regiones, respectivamente de las culturas. Se origina una comunidad mundial global. La dominación del hombre y sus derechos por la “economización” es el problema (a esto me referiré más adelante). El así llamado “mercado mundial”, la competencia internacional, el *global player* (sobre el cual H. Ehmke hasta escribió una novela) demuestran a qué se está haciendo referencia. Lo jurídico y lo no jurídico juegan conjuntamente. La técnica, por ejemplo, brinda a través de Internet las posibilidades externas. El deseado acceso de todos a los resultados de la investigación científica (*global access*) es parte de esto. Pero también se construyen peligrosas estructuras de poder y económicas, que violan al hombre, lo someten, provocan pobreza y exportan enfermedades. Qué debe pensarse y hacerse es el tema del siguiente acápite.

3. Una imagen idealista del “mundo único”

Ante tanta “realidad”, economía, también poder, ante tanta transgresión de la frontera entre el bien y el mal, debe aspirarse a una orientación filosófica constitucional gracias al clasicismo: en mi opinión, el mundo debe concebirse a partir del idealismo alemán y del clasicismo de Weimar. La humanidad, el “propósito cosmopolita” en el sentido de I. Kant, el “cosmopolitismo del arte y la cultura” y, en especial, el poema de Goethe, deben ser considerados como parámetros: “De Dios es el Oriente, de Dios es el Occidente, todas las tierras del norte y del sur, reposan en la paz de sus manos”. Las Naciones Unidas han dedicado muchos de sus textos a la humanidad, pero ya en épocas remotas fueron los poetas y pensadores alemanes desde Herder hasta Goethe, desde Kant hasta Schiller los precursores en este sentido. Por supuesto que la humanidad no puede ser tomada como excusa para la ignorancia de los pequeños problemas locales. Pero es un punto de referencia “ideal”, por ejemplo, para el derecho público internacional, entendido como “derecho de la humanidad”, un concepto mío del año 1997. Los derechos humanos también se refieren al individuo como representante de la humanidad. Pero la orientación es sobre todo la mirada hacia los cuatro puntos cardinales a partir de Weimar. Así se evita la uniformidad de la multiplicidad de las culturas. Este y oeste, norte y sur, conservan su valor propio, “limitan” su sentido. De esta manera se reconoce a la cultura como “humus” para el mundo, ella aporta a la humanidad y a los hombres su identidad. Ella posibilita el “andar erguido”. Los convenios de la UNESCO pueden verse desde esta perspectiva, la “herencia cultural mundial” y su protección ayudan al mundo desde la cultura, desde el derecho cultural. Al mismo tiempo, se precisa de la humilde conservación de la creación como naturaleza. Sólo así la “globalización” puede ser entendida, también delimitada, y la economización y mercantilización pueden ser controladas. Los derechos humanos ocupan en este sistema de coordenadas el lugar central que se merecen. Ellos son el bien cultural por excelencia, tanto a nivel mundial y nacional como regional. De esta manera podríamos encontrar los “puentes secretos” entre derechos humanos y globalización.

IV. Perspectiva

Seré breve. Los derechos humanos y la “constitución en el discurso mundial” también pueden prosperar en la “provincia”, por ejemplo, aquí en San Pablo o en Salvador de Bahía o en el Distrito Federal de Brasilia. Agradezco afectuosamente el honor de haber sido invitado por sus academias y universidades y también me alegra poder reafirmar mis relaciones amistosas con Brasil en el día de hoy.

DESCOLONIZACIÓN Y PODER PUNITIVO (*)

Deseo expresar mi más profundo agradecimiento a las autoridades de esta Universidad por el altísimo honor que me confieren.

Siento el enorme peso de la historia en esta cuna del pensamiento revolucionario emancipador, en el centro difusor de las ideas de nuestras Revoluciones, del 25 de mayo de 1809 y de 1810, siendo esta última la que dio lugar al primer gobierno patrio de la Argentina, por cierto encabezado por un potosino.

Me conmueve pensar en los próceres que pasaron por los claustros de esta Universidad y que recibieron las luces de los destellos ideológicos y jurídicos de la Academia Carolina de Charcas. Mariano Moreno, Bernardo de Monteagudo, Juan José Castelli, José Ignacio Gorriti, José Mariano Serrano, Manuel Rodríguez de Quiroga, Mariano Alejo Álvarez, Jaime de Zudáñez, por nombrar algunos, redactores de Constituciones, revolucionarios, firmantes de actas de independencia, magistrados, ministros, soñadores de nuestra América del Sur.

El tema con que me permito recibir esta altísima distinción no se halla separado de la tradición iniciada en este centro irradiador de luces. Tratar una cuestión de política criminal implica ocuparse de un capítulo de la política, pues el viejo concepto supuestamente aséptico de Franz von Liszt está hoy superado. En tanto que la dogmática jurídico-penal es un proyecto técnico de política judicial, es decir, de la operatividad de un sector del sistema penal, la política criminal abarca el total sentido del ejercicio de poder de ese aparato y, por ende, la implica. A su vez, el ejercicio de poder del sistema penal forma parte de la totalidad de la política o ejercicio del poder del Estado.

Es indiscutible, pues, que el poder punitivo está imbricado en el eje de la política en el sentido amplio de gobierno de la polis, pero en un mundo cada vez más comunicado las sociedades no están aisladas, su poder interno está inserto en una red de poderes planetarios y, en el caso de nuestra región latinoamericana, el poder en nuestras sociedades no puede desvincularse del proceso de descolonización, que no culminó con la

(*) Texto de la *Lectio Doctoralis* en ocasión de recibir el grado de Doctor *honoris causa* por la Universidad Real, Mayor y Pontificia de San Javier de Chuquisaca, en Sucre, Bolivia, el 26 de marzo de 2012.

independencia del siglo XIX, sino que comenzó con ella y perdura hasta el presente.

Su culminación sólo tendrá lugar cuando realicemos el ideal de nuestros libertadores y concretemos la Patria Grande, en la que ninguno de nuestros conciudadanos carezca de lo elemental para una existencia digna. Este objetivo aún no se ha logrado, por lo cual no podemos en modo alguno regodearnos con discursos fúnebres destinados al colonialismo, que goza de buena salud.

Son tres hasta ahora las etapas del colonialismo en nuestra región, insertadas en los momentos de poder mundial e indisolublemente unidas a diferentes modalidades de ejercicio del poder punitivo. La primera fue (a) el colonialismo en sentido estricto practicado por las potencias ibéricas hasta el siglo XIX; (b) la segunda fue lo que Darcy Ribeiro y otros pensadores llaman el “neocolonialismo”, ejercido por la nueva hegemonía mundial a la caída de los decadentes imperios ibéricos, en especial, Gran Bretaña; (c) la tercera etapa es la actual, de tardocolonialismo o etapa superior del colonialismo.

Este proceso –como dijimos– no es independiente del poder punitivo, sino que a éste le incumbe un papel central, pues, por un lado, es el instrumento que verticaliza a las sociedades en forma de ejército para condicionarle su carácter colonizador y, por otro, es el que permite hacer del territorio conquistado un inmenso campo de concentración.

Me explico mejor: en toda sociedad se ejerce poder; hay dos formas de ejercicio del poder social que siempre existieron: el que resuelve los conflictos en forma reparadora (más o menos el esquema del derecho privado) y el que lo hace deteniendo un proceso lesivo en curso o inminente (la coerción directa del derecho administrativo, antes llamada “poder de policía”).

En pequeña medida también siempre existe un poder del soberano o gobernante –individual o asamblea– para eliminar a los que ponen en peligro al conjunto, pero cuando este poder se extiende a otros conflictos y el soberano se declara lesionado único, se produce la confiscación de los conflictos y el poder punitivo se vale de la venganza colectiva para legitimar su creciente poder, aunque, en realidad, lo ejerce para verticalizar jerárquicamente a la sociedad.

De este modo, a medida que avanza el poder punitivo con su confiscación de conflictos, las sociedades van perdiendo los lazos horizontales que hacen a la comunidad, al sentido de pertenencia simpática a algo común, para ser reemplazados por vínculos verticales corporativos de subordinación. La sociedad toda tiende a convertirse en un ejército y

cuando este proceso alcanza su coronación, si la debilidad de las sociedades a su alcance se lo permite, se lanza a su conquista. Eso es lo que hizo Roma con toda Europa y luego Europa con todo el planeta.

Pero la fuerza vertical corporativa acaba petrificando a la sociedad colonizadora, la inmoviliza impidiéndole adaptarse a las cambiantes situaciones de la dinámica del poder, y la propia jerarquización obtenida mediante el poder punitivo como condición colonizadora o imperial es la que determina su ocaso y caída. Esto ha sucedido claramente con Roma y siglos después con el imperio ibérico.

Comunidad y sociedad jerarquizada son dos modelos que en sus extremos son incompatibles. El poder punitivo es destructor de los vínculos comunitarios, porque es poder vertical, en tanto que aquéllos son horizontales. Para desarrollar la comunidad es menester limitar o reducir el poder punitivo. Precisamente por eso, la comunidad del pueblo nazista, la *Volksgemeinschaft*, fue una caricatura de comunidad, porque jamás se puede organizar ésta en base a la exacerbación máxima del poder punitivo, que es precisamente lo que la destruye; la *Volksgemeinschaft* no fue otra cosa que un intento de extrema verticalización social corporativa disfrazado de comunidad.

En nuestro continente el poder punitivo era mínimo a la llegada del colonizador. Si bien en algunos puntos se ejercía limitadamente por el gobernante para mantener el poder, e incluso, para extenderlo a los pueblos vecinos, la confiscación indiscriminada de conflictos era extraña a nuestras culturas originarias y los procedimientos de incorporación no parecían responder a los métodos que trajeron los ibéricos (el respeto a las deidades del pueblo incorporado, por ejemplo). Es posible que sin la colonización se hubiese extendido el poder punitivo en algunos puntos de nuestra región, pero, como es sabido, la historia no se escribe con potenciales y este proceso, si existió, fue violentamente interrumpido.

El poder punitivo que trajeron los colonizadores consistió en una formidable ocupación policial de territorio, que lo convirtió en un inmenso campo de concentración (una colonia no es más que eso), situación que perduró hasta que los imperios ibéricos decayeron por efecto de su propia estructura jerárquica, que le impidió adaptarse a las condiciones que le imponía la Revolución Industrial y, por ende, perdieron la hegemonía central, que pasó a las potencias del centro y norte europeos.

En ese momento de debilidad imperial fue cuando nuestros libertadores, San Martín, Bolívar, Sucre y los juristas formados en esta Casa, concibieron la Patria Grande y la liberación de nuestros pueblos. Soñaron y establecieron el objetivo final de la descolonización. Para ello se les

imponía desbaratar el poder punitivo del gran campo de concentración que liberaban. Por eso tomaron los modelos legislativos y las ideas disponibles en su tiempo: la Constitución norteamericana era el modelo de república único en ese momento; el código español de 1822 era el producto del relámpago liberal de la península, que a la vez sirvió para impedir que un ejército de reconquista colonial se lanzase sobre nosotros para ahogar en sangre nuestra independencia. San Martín y Bolívar llevaban en sus mochilas el pequeño librito liberal de Manuel de Lardizábal y Uribe, llamado el “Beccaria español”.

Nuestros libertadores comandaban ejércitos pluriétnicos y, por tanto, no eran racistas. Castelli, egresado de esta Alta Casa, abolió las instituciones coloniales de servidumbre de los indios en esta región. El pensamiento de los fundadores fue igualitario y liberal, conscientes de la necesidad de limitar y controlar al poder punitivo para estimular el sentimiento comunitario.

Pero nuestros libertadores fueron víctimas de un robo a mano armada. El nuevo poder hegemónico mundial no podía permitir el éxito inmediato de su empresa. Bolívar murió un poco antes de que un nuevo atentado le diese muerte; San Martín se percató de la momentánea imposibilidad y eligió el exilio; Sucre fue cobardemente asesinado; Monteagudo fue apuñalado por un sicario en Lima; Mariano Moreno murió misteriosamente a bordo de un navío británico; Artigas fue obligado a exiliarse en Paraguay; etc.

Nuestra región se balcanizó empeñada en sangrientas luchas fratricidas, hasta que minorías corruptas montaron pseudo-feudalismos criollos mediante el ejercicio de un poder punitivo de ocupación territorial adecuado a las nuevas condiciones, o sea, al servicio de gamonales y capataces serviles a las oligarquías terratenientes o extractivas. Este fue el panorama desde el porfiriato mexicano hasta la República Vehla brasileña, desde la oligarquía de la carne enfriada argentina hasta el patriciado peruano.

Pero lo más valioso que esas oligarquías robaron a nuestros libertadores fue el discurso liberal: lo bastardearon, lo pasaron por el fango de sus intereses corruptos, lo consagraron en leyes y constituciones con garantías que jamás se respetaron. La soberanía del pueblo quedó sólo por escrito, relegada a un lejano futuro en que, merced a la supuesta tutela de estas oligarquías proconsulares de la nueva hegemonía mundial, nuestros pueblos alcanzarían el desarrollo biológico que les permitiese ejercerla, pues de momento su inferioridad racial no lo hacía viable.

El discurso del grosero ingeniero ferroviario Spencer campeaban en nuestras universidades y legitimaban a las minorías de las repúblicas

oligárquicas y a su poder policial punitivo. Las razas inferiores eran peligrosas y mucho más los mestizos, teorizados como desequilibrados productos de mezclas raciales incompatibles.

Nuestros pueblos aprendieron a desconfiar de las leyes y de las instituciones que eran invocadas por sus opresores y explotadores. Esta carga de desconfianza institucional se arrastró a lo largo de la etapa de lucha contra el neocolonialismo, que comenzó con la Revolución Mexicana de 1910, la guerra civil más sangrienta del siglo pasado, en medio de la cual nació al mundo el constitucionalismo social con la Carta de Querétaro (Constitución de 1917), impuesta por los diputados campesinos y obreros.

Esta resistencia al neocolonialismo se prolongó a lo largo de la mayor parte del siglo pasado y fue llevada adelante por movimientos populares que ampliaron la base de la ciudadanía real, o sea, de un protagonismo político que presuponía la satisfacción de elementales necesidades de vida digna. Fueron los llamados populismos, tan denostados por muchos de nuestros intelectuales, en particular cuando la realidad no se aviene con las formas y circunstancias lineales que ellos imaginaron. Esto obedece a que una parte de nuestra intelectualidad cree que cuando los hechos no coinciden con la idea, corresponde declarar errados los hechos en lugar de rectificar la idea.

Tales populismos fueron los gobiernos de Lázaro Cárdenas en México, de Getúlio Vargas en Brasil, de Hipólito Yrigoyen y Juan Domingo Perón en la Argentina, de José María Velasco Ibarra en Ecuador, del MNR boliviano, así como el APRA y Víctor Raúl Haya de la Torre en Perú, etc. El más superficial análisis histórico demuestra que fueron diferentes, como correspondía a la disparidad de realidades, pero todos tuvieron en común la considerable y a veces abrupta ampliación de la ciudadanía real. Estos populismos también compartieron defectos en diferente medida: personalismo, contradicciones, vacilaciones, excesos, paternalismo, algún grado de autoritarismo y hasta de poder punitivo innecesario. En cuanto a corrupción, su nivel fue siempre muy inferior al de las repúblicas oligárquicas, que se permitieron alardear de moralidad cuando en realidad operaban legalmente dentro de un sistema de explotación y corrupción legalizadas. Además, no faltan quienes pretenden considerarlos fascistas, cuando es sabido que el fascismo requiere un mito imperial, inconcebible en una lucha anticolonial.

No es menester ignorar ni minimizar los defectos de nuestros populismos del siglo pasado para verificar que en el balance histórico salen altamente beneficiados en dos sentidos. El primero de ellos es demasiado obvio:

sin los populismos es probable que muchos o la mayoría de nosotros no estaríamos hoy aquí y quizá ni siquiera hubiésemos aprendido a leer y escribir.

El segundo es que todos los abusos cometidos por los populismos resultan insignificantes en comparación con las atrocidades, violencias, masacres y crueldades de todo orden llevadas a cabo por quienes usurparon el adjetivo liberal y opusieron resistencia a la ampliación de ciudadanía o procuraron desmontar de raíz la obra de extensión de los populismos.

Pero, cuando incorporamos al platillo de la resistencia a la ampliación ciudadana la última batalla del neocolonialismo –que fueron las llamadas dictaduras de seguridad nacional–, los posibles o reales abusos populistas resultan directamente insignificantes.

En este capítulo de nuestra historia regional, el poder mundial y las fuerzas regresivas locales pervirtieron a nuestros oficiales militares y convirtieron a nuestras propias fuerzas armadas –fundadas por los libertadores– en policías de ocupación, dando lugar a un fenómeno de auto-colonialismo de increíble crueldad. El descaro auto-colonial llegó al grado de asumir sin reparo un discurso colonialista europeo, como era la idea de seguridad nacional importada de las tesis francesas de ocupación de Argelia y Vietnam y del terrorismo de la OAS, cuya cabeza visible fue discursivamente defendida por el ideólogo nazista Carl Schmitt en su famosa conferencia sobre la teoría del partisano, pronunciada en la Universidad de Pamplona en plena dictadura franquista.

El saldo de este último coletazo del neocolonialismo en Latinoamérica es atroz: cientos de miles de muertos, torturados y desaparecidos, terrorismo e intimidación pública sin límites, persecuciones ideológicas absurdas, exilios masivos, generaciones decapitadas intelectualmente, avasallamiento de todas las instituciones como nunca antes se había conocido, todo en el marco de una incalificable empresa de auto-colonización.

El poder punitivo de seguridad nacional triplicó el sistema penal, como bien lo señaló hace años la criminóloga venezolana Lola Aniyar de Castro. Junto al sistema penal oficial se montó otro paralelo, válido de estados de excepción, con miles de prisioneros sin proceso ni imputación alguna, y junto a éste un sistema penal subterráneo, totalmente arbitrario y encargado de las ejecuciones, torturas y desapariciones, que entre otras atrocidades arrojó a personas vivas desde aviones, secuestró y privó de identidad a niños y hasta empaló a algún adolescente.

Acabó trágicamente la etapa del neocolonialismo a partir de la empresa bélica llevada a cabo en Malvinas por la dictadura argentina en descomposición económica, que sumó otra incalculable cuota de dolor y

muerte de adolescentes comandados por irresponsables. Cruentamente se cerró la segunda etapa del colonialismo en la región, igual que como había comenzado, vertiendo sangre de los más carenciados de nuestros pueblos.

Cabe preguntar, ante este balance, quién fue más liberal o, si se prefiere, quién fue menos antiliberal. ¿Los populismos o sus detractores? La respuesta no deja ningún lugar a dudas: los más liberales –o los menos antiliberales– fueron siempre los movimientos populares. El poder punitivo fue en ellos mucho más limitado y prudente que el terrorismo sembrado por sus opositores. Sus excesos punitivos fueron juegos de niños, comparados con la atrocidad programada.

En el camino hacia la descolonización, conforme al objetivo final trazado por Bolívar y San Martín, nos enfrentamos con la tercera etapa del colonialismo: el tardocolonialismo o etapa superior del colonialismo.

Esta etapa se caracteriza por enmarcarse en un momento de poder mundial en que se disputa su ejercicio entre las grandes corporaciones económicas y los políticos. La concentración del poder económico y el predominio del capital especulativo hacen que hoy baje desde el mundo central esta opción. ¿Quién decide? ¿El poder político elegido por los pueblos o el poder económico de las corporaciones?

El embate de las corporaciones sigue hasta el presente usurpando, bastardeando y desnaturalizando el calificativo de liberal. Para eso trata de identificar lo liberal con la libertad de mercado o el llamado “neoliberalismo” o “liberalismo económico”, proclamado por nuestros cipayos locales que postulan –siguiendo a peregrinos publicitarios imperialistas– la indisolubilidad de este supuesto liberalismo con la libertad política.

Lo cierto es que la libertad de mercado así entendida se traduce en libertad para explotar al prójimo y, cuando éste se cansa y resiste, en cancelación de todas las libertades y ejercicio ilimitado de poder punitivo, como hemos tenido reiteradas oportunidades de verificarlo en nuestra región.

El poder planetario y los cipayos entregados a los intereses de las corporaciones desataron una enorme corrupción en los primeros lustros de nuestras democracias post-dictatoriales, dando lugar a verdaderos desmantelamientos de nuestros Estados, con dispersión irresponsable del capital estatal y entrega de resortes claves de las economías nacionales, destruyendo hasta donde les fue posible los avances del Estado social de derecho. Este capítulo inicial del tardocolonialismo llegó a su fin porque provocó gravísimas crisis económicas y políticas y desacreditó a sus voceros locales, muchos de los cuales optaron por retirarse a la vida privada a disfrutar de los beneficios obtenidos, en tanto que otros reaparecen

de vez en cuando como patéticos aunque peligrosos zombis.

En este primer paso del tardocolonialismo, el poder punitivo se ejerció agudizando la selectividad estructural que lo caracteriza, en particular, en forma de control sobre los segmentos sociales carenciados y excluidos del sistema por el retroceso causado por las dictaduras de seguridad nacional y por el propio poder corrupto de las grandes corporaciones a través de sus empleados locales. La construcción mediática de la realidad, en especial a través de la televisión, mostraba que con penas desproporcionadas y restricciones a la excarcelación los excluidos no molestarían, conforme al conocido proyecto de sociedad 30 y 70 (30% de incluidos y 70% de excluidos).

El resultado fue la superpoblación penitenciaria, las revueltas con alto número de muertes, la destrucción de los códigos penales, la mayor autonomización de las policías, la ampliación de sus fuentes de recaudación autónoma, su consiguiente descalificación pública y su creciente ineficacia preventiva.

El desempleo provocado por las crisis finales del proceso de desmantelamiento de los Estados travestido de fundamentalismo de mercado, la destrucción de la previsión social, de la salud pública y de la educación, la consiguiente multiplicación de los conflictos sociales y de la incapacidad para resolverlos imposibilitaron cualquier tentativa de prevención primaria orientada hacia la fuente misma del conflicto social, en tanto que el deterioro policial debilitó la posibilidad de prevención secundaria (policial). Estas eran las condiciones cuando se cerró el primer capítulo del tardocolonialismo.

Pero éste avanza ahora por otros caminos y, fundamentalmente, se centra en dos flancos de ataque: (a) por un lado, quiere aniquilar la consciencia latinoamericana y, (b) por otro, destruir nuestros vínculos horizontales o comunitarios mediante creaciones de realidad que generen violencias y conflictos y provoquen un aumento ilimitado del poder punitivo, que a la vez reclaman a los alaridos.

En el primer sentido se afirma que entre un maya yucateco y un habitante de Buenos Aires, entre un afrobrasileño de Bahía y un araucano no hay nada en común, o sea que, como máximo, nos somos más que un montón de naufragos. Quizá porque en inglés (*to be*) y alemán (*sein*) no se distingue ser y estar, se pretende que estamos pero no somos.

Y esto lo repiten algunos de los nuestros que, por cierto, usan ambos verbos, pues no faltan entre nosotros los intelectuales que pontifican contra las mayorías ignorantes y desprevenidas, aún no aptas para la democracia, supuestamente engañadas por oportunistas y corruptos.

Pero dejando de lado a nuestros dignos herederos del racismo de las repúblicas oligárquicas, que parecen no haberse enterado del paso de la historia, cabe preguntarse qué somos los latinoamericanos. ¿Cuál es el común denominador de nuestra ciudadanía? ¿Qué tenemos en común los indios, afros, mestizos, mulatos e inmigrantes de nuestra tierra? ¿Hay algo común en esta formidable variedad étnica y cultural?

Aunque parezca una paradoja inconmensurable, lo cierto es que nos unifica la forma en que el propio colonialismo nos ha hecho, en ejercicio de su impiedoso poder planetario devastador.

Nuestra unidad y nuestra fuerza cultural la han creado los propios dominadores sin percatarse, porque su soberbia les impidió caer en la cuenta de que nos estaban configurando como nación y nos dotaban de un impresionante potencial cultural que hoy es capaz de ofrecer a la humanidad algunas alternativas al sendero destructor y suicida del poder planetario en curso.

No se trata de entretenernos inútilmente en revertir el filme de la historia, sino de analizarlo desde nuestra perspectiva. Al hacerlo, descubrimos con sorpresa que la paradoja alcanza su nivel máximo, pues los discursos que nos facilitan el análisis son proporcionados por el mismo poder colonizador, en el festivo relato de su ejercicio como epopeya. Si aprendemos a leer estos relatos en clave y desde nuestro atalaya continental, estos mismos discursos nos dicen qué somos a través de cómo nos hicieron.

Por cierto que los hay de muy diversas calidades y estilos, pero personalmente creo que el más elocuente –casi en forma de cantar de gesta de raza superior– y a la vez el más finamente estructurado, es la Filosofía de la historia de uno de sus ideólogos más sofisticados: Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

Desde el centro del poder planetario nos han acostumbrado a voltear el discurso con que Hegel saludaba alegremente el avance del espíritu, del *Geist*, pero al estilo de Marx, señalando la carencia de una base mundana, material, pero lo cierto es que esta no es nuestra tarea propia, pues Hegel dejó al mismo Marx prisionero de su construcción lógica cautivante, al punto de impedirle medir la profunda inhumanidad del colonialismo. Esto llevó a Marx y a Engels a afirmar atrocidades, como que era positivo que los norteamericanos le hubiesen robado territorio a México o que el dominio inglés en la India había hecho saltar a ésta cinco mil años. Nunca entendieron la dimensión del colonialismo porque pensaban desde su mismo centro. Acostaron a Hegel, pero no lograron ponerlo patas arriba.

Desde una crítica anticolonialista se impone hacer algo diferente, o sea, invertir el relato, releerlo cuidadosamente desde la visión de los sometidos, de las víctimas. No pretendo apropiarme de ideas ajenas, pues lo cierto es que en la primavera de la Revolución Mexicana bosquejó esta empresa su ministro de educación, José Vasconcelos, autor al que no suele nombrarse porque en sus últimos años se perdió por caminos tortuosos, aunque de vez en cuando vale la pena repasar alguno de sus trabajos (El hombre cósmico, por ejemplo, actualizando su terminología).

Lo cierto es que, a mi juicio, nadie como Hegel señala claramente que la única historia es la del colonialismo, lo que le lleva a afirmar que nuestra América no tiene historia antes de la llegada del espíritu, es decir, antes del genocidio de los pueblos originarios, compuestos por indios que según Hegel fallecen al ponerse en contacto con los conquistadores, en un territorio donde todo es débil, incluso nuestros animales, porque todo es húmedo debido a que las montañas no corren como en Europa, sino de norte a sur, es decir, que hasta nuestra geografía está equivocada.

Pero tampoco tenía en muy alta estima a los otros habitantes del planeta, pues para el gran dialéctico idealista los africanos están en estado de naturaleza y cometen los mayores crímenes; los musulmanes son fanáticos, decadentes y sensuales sin límites; los judíos tienen una religión que los sumerge en el servicio riguroso; los asiáticos apenas están un poco más avanzados que los negros, y los latinos nunca alcanzaron el período del mundo germánico, que es ese estadio que se sabe libre queriendo lo verdadero, eterno y universal en sí y por sí.

De este modo, la epopeya criminal cantada por Hegel marginó a lo largo de su historia a todas las culturas con las que topó su paso genocida. El *Geist* racista de quien se considera la más alta expresión de la modernidad es el más claro negador de la dignidad de persona del ser humano. Sólo los que pensaban como Hegel, es decir, que compartían su mundo ideológico, eran personas, porque al pensar como él habían alcanzado el momento del espíritu subjetivo y podían ser titulares de derechos. Todo el resto: indios, africanos, asiáticos, musulmanes, judíos, latinos no parecían haber alcanzado el momento del espíritu subjetivo o, al menos, no del todo.

Hegel no hacía más que narrar la historia del avance depredador del colonialismo y enlistar a las culturas inferiores que éste echaba a la vera del camino. Pero lo cierto es que hay un extensísimo territorio geográfico en que el propio colonialismo provocó la concentración de millones de personas de todas las culturas marginadas y despreciadas por el espectral espíritu hegeliano: Latinoamérica.

En efecto: a nuestros pueblos originarios se sumaron los propios colonizadores, producto de la marginación sufrida al sur de España –supuestamente reconquistado– y de los perseguidos europeos amparados por Portugal; nuestros colonizadores fueron islámicos y judíos cristianizados a los golpes. Luego trajeron brutalmente a los africanos en un tráfico incalificable, vinieron los musulmanes al descomponerse el imperio otomano, los judíos a través de Lima y luego, movidos por las persecuciones rusas y más tarde nazista, los asiáticos por el Pacífico, cuando los ingleses prohibieron el comercio esclavista, los latinos del sur europeo subdesarrollado que no podía incorporarlos al sistema productivo, y siguen viniendo más y más excluidos.

Y tuvimos conflictos, por cierto, pero no permanecemos mucho tiempo aislados en grupos cerrados, sino que comenzamos a interactuar, nuestras culturas se sincretizaron y lo siguen haciendo, nuestras propias cosmovisiones se enriquecen y profundizan, lejos de cerrarse en ortodoxias falsas se abren en visiones más amplias, más vivenciadas que intelectualizadas.

Quien tenga la curiosidad de deambular un poco por un mercado popular de cualquier rincón de nuestra Patria Grande lo puede observar. No todo es igual, por cierto, sino que se perfilan ejes culturales: andino, atlántico, sureño. Nuestros artistas van dando cuenta de ello, tanto la plástica como la literatura. Nuestros sociólogos y antropólogos sagaces lo investigan y otros de otras comarcas vinieron, incluso, a adentrarse en este fenómeno sin par.

No hay en el planeta otra región tan extensa y con tantos millones de protagonistas donde interactúen todas las culturas que el colonialismo despreció, humilló o marginó, y lo hagan casi en la misma lengua común.

Somos la contracara del colonialismo, el contra-relato viviente de Hegel. El propio Hegel advertía el riesgo cuando afirmaba que los ingleses habían sido más sagaces que los ibéricos, porque no se habían mezclado con los originarios en la India. No advertía que los propios ibéricos colonizadores eran marginados expulsados de la metrópoli y la interacción era inevitable, porque entre éstos el aislamiento no puede durar mucho.

En el momento actual, en que el poder creado por el espíritu de la epopeya hegeliana –que más bien parece un espectro– se tambalea peligrosamente y corre el riesgo de acabar con el hogar humano, somos los depositarios de las culturas que quisieron arrasar, pero no en versión original, sino en la de una sincretización que las enriqueció muchísimo más.

Esto es Latinoamérica: tiene la palabra de los oprimidos de todo el planeta, pero enriquecida, como en una larga asamblea de coexistencia

interactiva, viviente, dinámica. El aparente caos latinoamericano no es más que la interacción de todos los humillados del planeta que tuvimos tiempo para conversar y cambiar lenguajes, símbolos, ideas, creencias, cosmovisiones, y lo seguimos haciendo. Desde la perspectiva del poder colonizador mundial representado hoy por la pretensión hegemónica de las grandes corporaciones, constituimos un riesgo ante las turbulencias y bamboleos que se perciben o anuncian. Esto es lo que no comprenden –por ingenuidad o malicia– los escribas funcionales al tardocolonialismo y, precisamente por eso, desprecian a nuestros pueblos.

Ustedes también tuvieron a un Alcides Arguedas que escribía en París insultando a Bolivia con argumentos racistas. También en París escribía el famoso conde de Gobineau sobre Brasil, vaticinando la extinción de su población por hibridación racial. Gobineau se equivocó y Arguedas también, pero la diferencia estriba en que Gobineau era francés y Arguedas, boliviano.

Dijimos antes que eran dos los flancos de ataque del tardocolonialismo en este momento. Uno, que pretendía anular nuestra consciencia continental, y el otro es el que busca debilitar nuestro sentimiento de comunidad local a través de la creación de una realidad mediática terrorífica y de una permanente instigación a la venganza. Lo curioso de esta segunda agresión es que consiste en un veneno que se administran en el mismo centro del poder mundial: se envenenan y reparten.

En efecto: los Estados Unidos sufren un proceso de regresión autoritaria destructiva de su comunidad como ningún otro país importante en el mundo. La lucha por el poder y la hegemonía de las corporaciones han hecho que desde hace tres décadas el país haya instalado una inmensa máquina represiva, que hoy prisioniza a más de dos millones de personas y controla en *probation* y libertad condicional a otros tres millones, más de la mitad de los cuales son afro-americanos.

Penas absurdas y altísima selectividad del poder punitivo, pérdida de garantías y prioridad del pragmatismo condenatorio son las características de este poder punitivo que parece cortado a la medida de un estalinismo financiero, que ha convertido al país, de lejos, en el campeón mundial de la prisionización, con un índice superior al de Rusia, que siempre se llevaba ese triste mérito.

Menester es aclarar que este proceso comenzó con las administraciones republicanas a partir de Reagan y es absolutamente extraño a todos los antecedentes históricos anteriores de los Estados Unidos, habiendo dado lugar a muchas investigaciones y críticas de nuestros colegas norteamericanos, llevadas a cabo al amparo de la libertad académica que,

por suerte, sigue respetándose. Por todos, me permito recomendar al respecto la lectura de *Governing through Crime*, la interesantísima investigación de Jonathan Simon, profesor de la Universidad de California (Berkeley), recientemente traducido al castellano en Buenos Aires.

Semejante aparato requiere una inversión que se calcula en doscientos mil millones de dólares anuales, lo que no puede ser imitado por nadie en el mundo. Además, esta empresa tan enorme no sólo extrae personas del mercado laboral, sino que también importa una altísima demanda de servicios, lo que le asigna un papel importante como variable del empleo. Estos datos hacen que parezca muy difícil desmontar semejante mamut punitivo; algunos colegas norteamericanos sostienen que su dimensión ha cobrado una dinámica propia que escapó al control de sus propios creadores.

Esta potenciación formidable del poder punitivo requiere un fuerte apoyo o consenso público que se logra con la creación de una realidad mediática destinada a mostrar al delito común como el único y mayor riesgo social, al tiempo que atribuye su responsabilidad a un grupo étnico individualizado, elevándolo a la condición de enemigo. La fabricación de enemigos es el método usado por todos los genocidas y recomendado como esencia de la política por el siniestro Carl Schmitt. Mucho podríamos hablar sobre esto, pero prefiero no extenderme, remitiéndome a lo que escribí muchas veces.

Lo cierto es que, si bien no podemos copiar el modelo que surge de este extraño giro norteamericano de las últimas tres décadas, recibimos su publicidad y su metodología y, además, cabe tener en cuenta que el gran empresariado mediático también forma parte de la red de grandes corporaciones, pues sus inversiones se hallan inextricablemente entrelazadas con ellas. No resulta, pues, nada extraño que nuestros medios masivos también se dediquen a crear pánico moral, a fabricarnos enemigos y víctimas héroes y, en definitiva, a tratar de movilizar los peores sentimientos de venganza en nuestras poblaciones, con bombardeos continuos de noticias rojas y demandas de mayor represión punitiva.

Por su parte, directamente importada del centro, la comunicación de entretenimientos nos reitera las interminables series policiales dobladas a todas las lenguas y vendidas a bajísimo costo, concebidas en base a una estructura simplista en que el supuesto héroe (un psicópata por lo general) triunfa porque emplea la violencia, viola los límites legales, burla a algún funcionarios prudente (detrás del cual se halla el consabido odio al juez) y de este modo mata al villano y salva a la mujer, por lo general mostrada como inferior, débil y hasta tonta. En una hora de *zapping* televisivo

vemos más homicidios que los cometidos en un año en toda nuestra ciudad, y con un grado de crueldad que muy rara vez se presenta en la realidad. El corolario infalible es que no hay otra solución para cualquier conflicto que la violenta y punitiva.

Conforme al viejo y archiconocido teorema de Thomas, poco importa que algo sea verdadero o falso, pues, si se lo da por verdadero, producirá efectos reales y, como es natural, estos efectos se producen, la general creencia de que la violencia aumenta se instala y la demanda de venganza también, disfrazada de demanda de seguridad, sin que nadie repare en que la represión siempre es posterior al hecho y nada se hace por prevenirlo: después del homicidio es posible matar al asesino, pero con eso no se evita otro homicidio.

Fuera del grupo de los llamados “formadores de opinión” televisivos y radiales, en el plano científico nadie sostiene hoy el pretendido efecto disuasivo de la pena en delitos graves y violentos. Cuanto más grave es un delito, la sanción jurídica –cualquiera sea– tiene menor efecto disuasivo, hasta llegar al terrorista que se carga de dinamita y estalla en medio de una multitud porque cree que alcanzará el paraíso. En verdad, si alguien quisiese disuadirlo, por su propia seguridad lo último que le aconsejaría es que le alcance un código penal.

Pero por irracional que sea, los políticos se hallan presos de los medios masivos, sea por oportunismo, por mala fe o, incluso los honestos, por miedo ante la agresión mediática. Los jueces son amenazados por la misma agresión y por el oportunismo de los políticos. Los legisladores destruyen los códigos penales y los jueces dictan sentencias con temor. El miedo de la población y el movimiento vindicativo promueve el de los políticos y jueces. Las corporaciones procuran goberarnos a través del miedo paranoico.

Los medios masivos construyen una realidad mediática que pretende mostrar a gobiernos populares como caóticos, precisamente en el momento en que no pueden hallar otras motivaciones para desconcertar a la opinión pública, pero con esto provocan un caos real en el sistema penal, lo desequilibran, condicionan una pena de muerte por azar en las prisiones precarias y superpobladas por presos provisorios, en su mayoría en prisión preventiva, llevan adelante campañas de hostigamiento a los jueces, los desprestigian, los insultan impunemente aprovechando la ancestral y notoria incapacidad judicial para la comunicación masiva, siempre en situación de inferioridad, indefensión y alta vulnerabilidad frente a ésta.

No obstante, no conformes con esto, los medios masivos, mediante los

comunicadores y formadores, postulan una ampliación siempre creciente del arbitrio policial, lo que se traduce en una ampliación de la autonomía de las policías respecto de los controles políticos y judiciales y, por consiguiente, un mayor ámbito de arbitrariedad para la formación de cajas de recaudación autónoma.

A esto contribuye claramente la carencia de un modelo propio de policía en la región. Copiamos la Constitución norteamericana, pero no su policía comunitaria. Además, nos instigan a centralizar y tener policías únicas, que se vuelven inmanejables y ponen sitio al poder político y judicial, cuando los Estados Unidos tienen miles de policías.

En la región parecen ser ahora las policías las que llevan a cabo los golpes de Estado y no ya los militares; su poder autónomo está en condiciones de desestabilizar a muchos gobiernos y de repartir parte de su recaudación con caciques políticos locales, en especial, cuando de financiar campañas de elección interna de los partidos se trata. La institución policial se deteriora y pierde capacidad preventiva.

Se olvida que las policías son fundamentales, que hay países sin fuerzas armadas, pero sin policía ninguno, por lo cual es prioritario el cuidado de la institución policial y la planificación de un modelo acorde a nuestras necesidades y características, adecuadamente dimensionado, con inserción comunitaria y con controles políticos y judiciales eficaces.

En cuanto a los enemigos, cuando hay mejores candidatos se deja de lado a los delincuentes comunes, pero cuando no hay terroristas ni otras organizaciones con caracteres conspirativos, se elige a éstos y, en particular, a nuestros adolescentes de barrios precarios. Ellos son los enemigos mediáticamente contruidos en nuestra región, aunque con frecuencia tampoco se ahorran asignar ese papel a los conciudadanos inmigrantes de nuestros países vecinos.

Es bastante claro el objetivo de destrucción comunitaria que se persigue con esta creación de realidad: generar violencia social, verticalizar nuestras sociedades, jerarquizarlas para mejor someter a nuestros sectores sociales más pobres y vulnerables, sembrar la desconfianza entre nosotros, romper todo vínculo o lazo de comunicación interclasista, hacer retroceder las garantías penales y procesales, impedir que los segmentos excluidos puedan coaligarse mediante la selección criminalizante, victimizante y policizante de los mismos sectores, etc.

En definitiva, se trata de destruir al máximo las relaciones horizontales de cooperación, diálogo y solución pacífica de los conflictos, desprestigiando y ridiculizando cualquier intento en ese sentido. La razón de este flanco de ataque es conocida desde siempre; el Martín Fierro lo dice: si

se matan los de adentro los devoran los de afuera.

Pero ¿en realidad aumenta la violencia en nuestras sociedades? Esta es una buena pregunta, porque lo revelador es que Latinoamérica muestra un panorama muy diferencia de niveles de violencia social. En este momento en México se vive una terrible tragedia con muchos miles de muertos en una masacre sin precedentes, que responde a una división internacional del trabajo muy particular. En Centroamérica el problema no parece ser menor, con alta frecuencia homicida, las maras, etc. Pero en el sur la cuestión parece ser diferente: tenemos bajos índices de homicidio y al menos en Uruguay, Argentina y Chile parecen estar en baja. Argentina ha bajado su tasa un tercio en los últimos diez años; en Brasil, si bien es alta, también ha logrado bajarla en un tercio. En síntesis: siendo muy diferente el grado de violencia social en la región, lo llamativo es que la publicidad vindicativa y la creación de pánico moral es idéntica en toda ella, o sea que se trata de una metodología a la que le es indiferente el grado de violencia real de cada sociedad.

En cuanto a los países del sur de la región, cabe pensar que no somos países patológicos y, por ende, no constituimos un fenómeno inédito y contrario a toda la experiencia mundial, en que todos los criminólogos saben que cuando un país sube su renta *per capita*, aumenta el empleo y reduce la inequidad distributiva, la curva de homicidios tiende a descender, y estos son precisamente los datos económicos que nos informa la CEPAL en los últimos años. Sin embargo, el pánico moral cunde y los políticos honestos se asustan y los deshonestos y corruptos se aprovechan del miedo para sembrar el caos y debilitar a los gobiernos populares.

Si alguna prueba faltase acerca de que la construcción mediática de una realidad violenta y caótica es un instrumento del que se vale la reacción antipopular, recomendando dar un vistazo a todas las proclamas de las dictaduras militares de nuestra historia y verificar que en todas ellas se demanda mayor represión ante el supuesto avance incontenible de la delincuencia común.

Pero los políticos honestos se asustan, no saben cómo responder a la agresión mediática, cuando en realidad tienen a la mano la respuesta, tan cerca que no la ven, como su propia nariz. Perón parafraseaba a algún filósofo y repetía con frecuencia que la única verdad es la realidad y, en efecto, esa es la mejor defensa, pero no la ven, permanecen hipnotizados por la televisión y tiemblan ante ella en lugar de responder, se paralizan ante el riesgo de ser satanizados televisivamente.

Esto se debe, sencillamente, a que nadie sabe exactamente lo que sucede en la realidad y, pese a que es facilísimo averiguarlo, nadie lo hace.

En algunos momentos depresivos estoy tentado de creer que a nadie le interesa prevenir la muerte de sus semejantes, pero este pensamiento me parece horroroso. Si la única verdad es la realidad, pero se opta por no averiguarla, no se puede decir ninguna verdad.

Bastaría con confeccionar un protocolo muy simple, con unas veinte preguntas acerca de cada homicidio y mirar cada expediente unos minutos para responderlo, centralizar la información y con un pequeñísimo equipo de sociólogos, o incluso estudiantes de ciencias sociales, trazar las curvas y cruzar los datos.

Este procedimiento exploratorio casi no tiene costo operativo y seguramente va a demostrar que los homicidios se concentran en algunos puntos geográficos de las ciudades y en algunas capas de población, verificará que no salen los pobres a matar ricos, sino que se matan entre ellos, demostrará que el grupo estigmatizado no es el que protagoniza el mayor número, casi siempre verificará que predominan los homicidios entre conocidos sobre los que tienen lugar entre desconocidos, etc.

Pero, además, nos indicará quiénes son las víctimas, cuál es el riesgo de victimización a neutralizar, cómo prevenir los resultados, dónde concentrar la vigilancia, etc. En síntesis: como no se sabe nada, no se puede responder nada y, lo que es más grave aún, de este modo tampoco se puede prevenir nada.

Nuestros gobernantes no pueden ignorar que a mayor ciudadanía corresponde menos violencia y, si en realidad están cumpliendo con la función de ampliación de la ciudadanía, no deben temer a la realidad, sino enfrentarla y, para eso, antes deben estudiarla, de modo sencillo, sin métodos sofisticados ni caros, como la simpleza que acabo de proponer, una investigación absolutamente grosera, meramente exploratoria, pero que nadie se ha tomado la molestia de llevar a cabo en ninguno de nuestros países.

El camino más corto hacia el desastre es el de la concesión al reclamo mediático de mayor poder punitivo. Se trata de una extorsión y nunca se debe ceder ante el extorsionador, porque siempre volverá por más, hasta que sea imposible satisfacer la atrocidad que reclame o hasta que las policías autonomizadas incurran en la primera violencia y, en ese momento, los mismos medios que reclamaron su autonomización se rasgarán las vestiduras y acusarán de totalitarios y fascistas a los políticos y gobiernos que cedieron a sus precedentes presiones.

Es menester que las fuerzas populares de nuestra región tomen urgente conciencia de que el reclamo de mayor poder punitivo es un recurso del tardocolonialismo para destruir nuestros lazos comunitarios locales,

nuestra solidaridad social, nuestro sentimiento de pertenencia y, en lo más inmediato, para desestabilizar a los gobiernos populares.

Los pueblos pueden desconcertarse un rato, pero siempre saben que en el fondo las únicas víctimas del poder punitivo en la región siempre fueron los más vulnerables entre ellos.

Desde los albores del proceso descolonizador sabemos que debe contenerse el poder punitivo, porque es el instrumento preferido de dominación, el que usó para convertirnos primero en un inmenso campo de concentración, luego para mantener la disciplina de los capataces de las oligarquías terratenientes y extractivas, más tarde para decapitar a nuestras generaciones jóvenes y, ahora, para desestabilizar a todo gobierno popular y para destruirnos como comunidades.

Las garantías liberales, las auténticas, las que fueron bastardeadas en leyes declamatorias por nuestros racistas, restablecidas en su sentido auténtico, siempre fueron un instrumento de liberación que nos permitió espacios sociales en los cuales desarrollarnos o consolidarnos como comunidad, en tanto que el poder punitivo siempre fue el medio racista y esclavizante para someternos más fácilmente.

Nadie puede llamarse a engaño en esta etapa del tardocolonialismo: los intereses colonialistas que se mueven detrás de las corporaciones mediáticas no piden más porque saben que carecen de espacio, pero si pudieran ampliarían el poder punitivo hasta volvernos a la condición de campo de concentración. San Martín y Bolívar lo sabían y los egresados de esta Casa también, y por eso fueron perseguidos, exiliados y asesinados.

El derecho penal de garantías, los límites al poder punitivo, son indispensables para la ampliación de la ciudadanía, en tanto que el poder punitivo es necesario a quienes procuran su contención regresiva. Esto es, en síntesis, lo que nos enseña la historia, nuestra propia historia, la de nuestro incompleto proceso de descolonización.

En esta etapa es menester usar la inteligencia con gran habilidad y, para ello, no está de más releer de vez en cuando los libros que Bolívar y San Martín llevaban en sus mochilas.

Prueba de las profundas convicciones de nuestros próceres al respecto fue su preocupación por los códigos que fijaban límites al poder punitivo, como lo testimonian las elocuentes palabras con que el Mariscal Santa Cruz proclamaba el código penal boliviano de 1831 y con las que me permito cerrar esta exposición: “Las leyes claras y positivas son la base de la buena administración de justicia, y la buena administración de justicia es la sola capaz de asegurar los derechos del ciudadano, e inspirarle esa tranquilidad en que consiste la libertad, y el goce de cuanto es más caro para el hombre constituido en sociedad”.

1852: SOBRE LAS BASES DE JUAN BAUTISTA ALBERDI Y LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, EN EL TIEMPO (*)

I. Planteo

La determinación ejercida sobre la creación de las normas de la Constitución federal de la Argentina de 1853 por la obra de Juan Bautista Alberdi (1852)¹ tiene significado práctico y teórico, en el tiempo, porque se enlaza o relaciona con la verdad, antes que con los deseos.

Significa objeto principal la determinación profunda que la obra (citada) de Alberdi generó o pudo generar sobre los redactores de la Constitución de 1853. Postulación concretamente referida y relacionada con las formulaciones normativas del Proyecto de Alberdi de 1852 –en adelante, *Bases 1852* (2ª)–, en su franco confron­te con la Constitución federal de 1853 (en adelante, indistintamente, CF de 1853). Semejante grado de comparación y cotejo eminentemente normativo no persigue ni devaluar ni

(*) Agradezco a los miembros del seminario la generosidad para discutir las líneas argumentales explicitadas y, especialmente, a la doctora Alicia Pierini, por su paciencia e interés. Dedico esta contribución al abogado y profesor Horacio Raúl Las Heras, en señal de fraterna amistad y por la conversación sin interrupciones desde 1978.

¹ A partir de aquí decido referirme a las *Bases 1852* (2ª), simple y fundamentalmente por economía de palabras. La referencia completa es Alberdi, Juan Bautista: Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la ley que preside al desarrollo de la civilización en América del Sud y del Tratado Litoral de 4 de enero de 1831, 2ª edición, corregida, aumentada de muchos parágrafos y de un proyecto de Constitución concebido según las bases propuestas por el autor, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, Santos Tornero y Cía., 1852. Por lo demás, en el habla propia del Derecho argentino es frecuente que aludir a las “bases” es implicar derechamente en la evocación a las Bases de Alberdi, salvo que el ocasional disertante aclare que no es el sentido o significado de su expresión. Por consecuencia, la referencia específica implica a la 2ª edición de la obra, que contiene el proyecto constitucional. Las referencias a otras ediciones de la obra se puntualizan expresamente; en caso de no suceder, la indicación es para la mentada.

Existe sólo un ejemplar de la segunda edición en el tesoro de la Biblioteca Nacional. Se agradece al Director, Dr. Horacio González, la atención prestada para esta contribución. Inmediatamente, la obra fue puesta a disposición y a nuestro pedido digitalizada para el disfrute de toda la comunidad. Ahora, la versión digitalizada puede ser consultada por todos en el Portal académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el sitio del autor de estas letras (“vínculos”).

<http://www.derecho.uba.ar/biblioteca/alberdi/Bases-y-puntos-de-partida-para-la-organizacion-politica-de-la-Republica-Argentina-Parte1-baja.zip>

<http://www.derecho.uba.ar/biblioteca/alberdi/Bases-y-puntos-de-partida-para-la-organizacion-politica-de-la-Republica-Argentina-Parte2-baja.zip>

despojar de cotización normativa a fuentes tales como la Constitución de EE.UU. de 1787 o al tan precario como primitivo Derecho constitucional de la Argentina 1810-1852. Antes de ahora se ha dicho que Alberdi, con sus *Bases 1852* (2ª), fue “coautor decisivo”², “inspirador máximo”³, “iniciador del texto”⁴ o “principal ideólogo”⁵ de la Constitución federal. También se dijo que su “influencia profunda”⁶ o “directa”⁷ se evidenció sobre la producción constituyente originaria de 1853; que el plan de la “Carta fundamental Argentina, [ha] estado tomado del de Alberdi”⁸. Y, en otro sentido, “no fue la única fuente de inspiración”⁹ que tuvieron los creadores del Derecho constitucional, en 1852-1853.

La finalidad es la comparación de normas; tarea que se cumple en la sección V, porque normas son los elementos básicos, fundantes del Derecho y del Derecho constitucional, respectivamente. Previo a ello, naturalmente: en la sección II se encuadra el tiempo y la Constitución; en la sección III, la definición y clasificación de las fuentes del Derecho constitucional; y en la sección IV, la evaluación de las categorías básicas –mejor dicho, sus palabras simbólicas– del Derecho constitucional contenido en las *Bases 1852* (2ª). En la inteligencia, por tanto, de que el objeto es la determinación entre el texto de 1852 cotejado con el texto de 1853 y aun a sabiendas de que si dos textos constitucionales dicen lo mismo no necesariamente reglan de modo semejante las realidades comunitarias, porque la incidencia de los contextos es relevante¹⁰, aquí no es motivo de análisis principal ni secundario las influencias ideológicas y/o científicas– que el propio Alberdi recibió en su propia formación o en la mismísima producción de las *Bases 1852* (2ª)¹¹, ni los datos cronológicos (su detalle

² Sampay, Arturo Enrique, *La filosofía del iluminismo y la Constitución argentina de 1853*, Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 8.

³ Dana Montaña, Salvador, “La Constitución de 1853 y sus autores e inspiradores”, Universidad Nacional del Litoral, 1943, p. 14.

⁴ V. Matienzo, José Nicolás, *Lecciones de Derecho constitucional*, Librería La Facultad, 2ª ed., Buenos Aires, 1926, p. 111.

⁵ V. Gargarella, Roberto, *200 años de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, 2012.

⁶ V. Linares Quintana, Segundo V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, t. 2, Buenos Aires, Plus Ultra, 1981, p. 654.

⁷ V. Galleti, Alfredo, *Historia constitucional Argentina*, t. II, Buenos Aires, Editorial Platense, 1974, p. 503.

⁸ V. Fayt, Carlos S., *Fuentes de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Dávila, 1943, p. 76.

⁹ V. García Mansilla, Manuel José y Ramírez Calvo, Ricardo, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho público argentino*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 43.

¹⁰ Ver la contribución de Häberle, Meter, “La constitución en el contexto”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, CEPC, 2003, p. 223; con cita y paráfrasis de Rudolf Smend.

¹¹ Alberdi dijo a Domingo F. Sarmiento (“Carta Cuarta, Valparaíso, febrero de 1853”): “Rara vez o nunca hablo de mí. Tengo por ridículo el yo... Habrá mucho de usted en mis Bases. Tomando lo que había en el buen sentido general de esta época, habré tomado ideas a todos, y de ello me lisonjeo, porque no he procurado separarme de todo el mundo, sino expresar y ser eco de todos. Pero creo no haber copiado tanto como a mí mismo. Las fuentes y orígenes de mi libro de las Bases, son *Preliminar al Estudio del*

y descripción) del pasado argentino.

II. Tiempo y Derecho constitucional. Períodos en la evolución constitucional argentina

Constituye rasgo objetivo del mundo que el hombre existe en el universo; sus constituyentes, entre los que se encuentra la naturaleza, el hombre y sus artefactos, son cosas o entes espaciados. Todo parece señalar que el tiempo es la medida o ritmo relacional de su cambio o del cambio de las cosas mundanas, ya sea de su generación o de su destrucción.

El hombre no crea el tiempo, aunque gravita en su vida hasta tal punto que, para cierta concepción griega, tiempo, en su significado más representativo y originario, podía ser establecido como fuente de vitalidad o época de la vida. Así de simple.

El tiempo no es una cosa concreta¹², pero es real. No tiene energía, pero se pueden sentir sus efectos en acontecimientos sucesivos, aunque no el tiempo mismo. Aunque resulta difícil apreciarlo, por ejemplo astrónomos, relojeros, pilotos de aeronaves, servidores públicos, músicos, jugadores de fútbol, profesores, abogados, alumnos, etc., pueden o intentan precisararlo, porque es una perspectiva elemental de sus rutinas. Propiamente, entonces, el tiempo es una relación entre los estados de cosas que se presentan en el mundo. Relación, no cosa¹³.

Indagar sobre la naturaleza del tiempo o su nacimiento ha ocupado el pensamiento del hombre desde hace miles de años. Ha sido y es un constante desafío a la razón e intuición humana. El pasado, el presente y el futuro. El pasado, con la fortísima presencia de su dificultad o imposibilidad de cambio; el presente, como exigencia de adaptación constante y continua; el futuro, especial campo de aplicación para nuestros deseos. La idea del antes, el ahora y el después se encuentra presente en Aristóteles. Léase la propia enunciación en su Física:

...el tiempo no es un movimiento, pero no hay tiempo sin

Derecho, de 1837; *Mi palabra simbólica*, en *el Credo de la Asociación de Mayo* de 1838; *El Nacional de Montevideo* de 1838; *Crónica de la Revolución de Mayo*, de 1838; *El Porvenir*, de 1839; *Memoria sobre un Congreso Americano*, 1844; *Acción de la Europa en América*, de 1845; *Treinta y siete años después*, de 1847. He ahí los escritos de mi pluma, donde hallará usted, los capítulos originales que he copiado a la letra en el libro improvisado de mis *Bases*. A eso aludí cuando llamé a ese libro: redacción breve de pensamientos antiguos". V. Alberdi, Juan Bautista, *Obras Completas*, t. IV, "Cartas sobre la prensa y la política militante de la República Argentina", pp. 75, 93 y 94, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1886.

¹² Bunge, Mario: A la caza de la realidad. La controversia sobre el realismo, Gedisa, Buenos Aires, 2006, pp. 335-341.

¹³ Mario Bunge enseña que existen tres concepciones principales sobre la naturaleza del tiempo físico: que no existe (anacronismo); que existe por sí mismo (absolutista) y que es el ritmo del devenir (teoría relacional). V. Bunge, Mario, *Diccionario de Filosofía*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2001, p. 209-210.

movimiento... Así pues, cuando percibimos el ahora como una unidad, y no como anterior y posterior en el movimiento, o como el mismo con respecto a lo anterior y lo posterior, entonces no parece que haya transcurrido algún tiempo, ya que no ha habido ningún movimiento. Pero cuando percibimos un antes y un después, entonces hablamos de tiempo. Porque el tiempo es justamente esto: número del movimiento según el antes y después... El tiempo es lo numerado, no aquello mediante lo cual numeramos. Aquello mediante lo cual numeramos es distinto de lo numerado¹⁴.

Durante más de dos mil años, la filosofía y la física, respectivamente, algo han tenido que referir sobre esta ideación aristotélica.

La afirmación, entonces, de que el tiempo es el “orden de la existencia de aquellas cosas que no son simultáneas” o, dicho de otra forma, es el orden de las cosas del universo que son sucesivas y la duración es la magnitud del tiempo, hace propia la reflexión de Gottfried Leibniz postulada *circa* 1715, en *The Metaphysical Foundations of Mathematics*¹⁵.

Por de pronto, sin contestar al angustiante interrogante: ¿el tiempo precede o no precede a la existencia?, y sin responder tampoco a este otro: ¿el tiempo ha nacido con nuestro universo?, o sobre la más filosa y cortante interrogación en torno a la naturaleza del tiempo, con fines más modestos se tiene como llamamiento pero sin marca de verdad que:

Primero: Se entiende por “flecha del tiempo” una dirección en determinado sentido, sin correlativo espacial, determinada pero determinable. Se traza o dibuja una flecha; si al seguirse el diseño se detecta que el elemento azar o aleatorio va en aumento en el estado de cosas del mundo, significará que se dirige al futuro; cuando la proporción de aleatoriedad disminuye, se dirá que la flecha del tiempo apunta o se dirige al pasado. No corresponde ni siquiera insinuar si existe una flecha del tiempo común a todo el universo, simplemente introducir una noción de tiempo compatible y relativa a nuestro conocimiento, relativa a nuestra situación en el espacio.

Segundo: Todo parece indicar que la noción “flecha del tiempo” es un elemento relacional de todos los constituyentes del universo¹⁶.

Tercero: No existe un tiempo único universal en el que puedan incluirse

¹⁴ Aristóteles, *Física*, Planeta de Agostini, traducción y notas de Guillermo de Echandía, 1995, pp. 148-168.

¹⁵ V. Leibniz, Gottfried W., *Philosophical Papers and Letters*, 2a ed., selección traducida, editada y con introducción de Leroy E. Loemker, Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 666-674.

¹⁶ Suele atribuirse la paternidad de la noción a Arthur S. Eddington y su formulación en 1937 en el marco de un ciclo de conferencias en la Universidad de Edimburgo. Apropiadamente, la ideación por él planteada inspira la concreción arriba, en el texto principal. Puede consultarse en Eddington, Arthur S., *La naturaleza del mundo físico*, Buenos Aires, Sudamericana, 1952, pp. 81-104.

todos los sucesos del mundo; sin absolutismos, simplemente, se puede manifestar o dejar constancia de las observaciones y especulaciones recién escritas¹⁷.

Cuarto: El tiempo no puede ni debe producir más conversos, simpatizantes o adherentes que la razón. El tiempo se relaciona con la razón, no ocupa su lugar. Encierra un mayúsculo contrasentido ubicar al tiempo en el lugar de la razón. Tampoco el tiempo es superior a la razón. Porque cada generación de ciudadanos debe tener tanta e igual libertad para actuar por sí misma "...en todos los casos... como las generaciones [de ciudadanos] que las precedieron... ninguna generación tiene derecho de propiedad sobre las generaciones que la sucederán"¹⁸. La razón es la fuente del Derecho. No la tradición ni la costumbre en el tiempo.

Naturalmente, el Derecho constitucional –producto de la razón– es una cosa que se encuentra en el mundo, es decir, en el universo; todo el Derecho constitucional es creación del hombre; ergo, el tiempo también es una relación del objeto. Estudiar, pues, el Derecho constitucional a lo largo del tiempo, o hacer su historia, significa estudiar los cambios del objeto o, dicho de otro modo, la flecha del tiempo aplicada al Derecho constitucional. No existe Derecho constitucional eterno, ni circular, ni de constante retorno, desde que el Derecho constitucional es el orden de la libertad y del poder, respectivamente, entre los acontecimientos sucesivos. Los hombres configuran su propia historia, pero no lo hacen completamente a su libre arbitrio o voluntad, ni bajo circunstancias completa y decisivamente elegidas por cada uno de ellos mismos; las circunstancias del pasado, con las que se nutren y enfrentan de modo directo e indirecto, son el eslabón imperdible para oprimir o para desarrollar el cerebro de los vivos¹⁹.

Ser en el tiempo significa que la cosa es afectada por el tiempo, por deterioro o generación. Quienes sostienen que el mundo externo al sujeto, inequívocamente como se presenta o se da, constituye la firme realidad no consideran o especulan o aceptan que existan cosas, materiales o inmateriales, que sean siempre. Porque una cosa que sea siempre no puede ser medida por el tiempo. Muy curiosamente, las constituciones, especialmente la Constitución federal de la Argentina de 1853²⁰, son

¹⁷ Zaffaroni, por su parte, puntualiza que la civilización industrial tiene una idea lineal del tiempo, a diferencia de las ideas circulares o puntuales de otras culturas. Zaffaroni, E. Raúl *et al*, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 193.

¹⁸ V. Paine, Thomas, *Derechos del Hombre*, Madrid, Alianza, 1984, p. 36.

¹⁹ V. Marx, Karl, *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, Buenos Aires, Longseller, traducción de Adrián Melo, 2010.

²⁰ Me refiero a la obra de los constituyentes. Se observa adelante, en el texto, que las ideas de Alberdi sobre el particular fueron visiblemente contradictorias (ver sección IV.2.F).

instrumentos pensados y/o gestados para no cambiar o cambiar lo menos posible. Su concepción es para no cambiar con facilidad. Que sea difícilmente reformable no implica, obviamente, que se encuentre fuera del mundo, porque aun las cosas en estado de reposo son afectadas por el tiempo.

Recientemente se han sugerido dos dimensiones para el abordaje del tiempo en el Derecho constitucional. En la dimensión macro –la constitución en el tiempo– se analizan los textos, su normatividad, en la historia. En el ámbito micro –el tiempo en el Derecho constitucional– se analiza y aborda el tiempo en la actualidad del Derecho constitucional concreto²¹; así, por ejemplo, la duración en sus cargos de los servidores provenientes de elección popular: un diputado dura en su representación cuatro años (Art. 50, CF); un senador dura seis años en el ejercicio de su mandato (Art. 56, CF) y el presidente dura en sus funciones cuatro años (Art. 90, CF); los jueces al cumplir 75 años de edad requieren un nuevo nombramiento presidencial con acuerdo senatorial para mantenerse en el cargo (Art. 99, Inc. 4, CF); y también el tiempo está constitucionalmente contemplado para elaborar y sancionar una ley, si es que acaso fue desechado por una de las Cámaras del Congreso (Art. 81 CF); establecer un reglamento administrativo (Arts. 1, 28, 33 y 99, Inc. 2°, CF) o acceder a la jurisdicción y obtener una sentencia judicial en plazo razonable (Arts. 1, 18, 28 y 116, CF).

Aplicando la perspectiva un enfoque macro, se establecen los ciclos en que puede dividirse el desarrollo constitucional de la Argentina. Como cualquier periodización, tiene aspectos más o menos relevantes para quien fuese el autor de la redacción.

La colocación de los objetos en el tiempo constituye representación suficientemente fiel del pasado. En concreto: adaptarse al tiempo vivido. Sea cual fuere la naturaleza del tiempo, la observación del Derecho constitucional en el tiempo juega o desempeña un papel relevante, de suma jerarquía: en la arquitectura del edificio constitucional, el tiempo es el cemento que suministra o que puede dar unión a los ladrillos del edificio. El tiempo en el Derecho constitucional es un ámbito de referencia en el que se ubican todos los procesos y cada uno de los sucesos del mundo exterior. El pasado constitucional no es infinito ni desconcertante.

El conocimiento de las constituciones, leyes y sistemas jurídicos que rigen la vida comunitaria es susceptible de franco aumento y vigor, cuando tales instrumentos se examinan en el tiempo. El pasado constitucional se

²¹ V. Häberle, Peter, "El tiempo y la cultura constitucional", *Contextos* N° 2, pp.36-81, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 2011.

presenta como irreversible. Está constituido por una sucesión de estados que impiden deshacerse de ellos.

Conviene tener en cuenta, con cautela, una razonada periodización del “Derecho constitucional de la Argentina, en el tiempo”. Como instrumento, pues, por aplicación de la flecha del tiempo, desgraciada o afortunadamente, el azar disminuye si se examina la existencia del pasado:

- i. De la colonia (dominio español) a la Revolución de Mayo de 1810.
- ii. Pueblo sin constitución ni organización (1810-1852).
- iii. Orígenes: reglamentación liberal y organización constitucional, sin pueblo. La república “oligárquica” (1853-1916).
- iv. República y democracia constitucional electoral (1916-1930).
- v. El fraude y el régimen infame (1930-1946).
- vi. Populismo constitucional (1946-1955).
- vii. Nuevamente, la autocracia (1955-1958).
- viii. Democracia constitucional electoral, limitada. Episodio II (1958-1966).
- ix. Más autocracia (1966-1973).
- x. Pueblo y constitución otorgada (1973-1975) (Populismo y desvanecimiento institucional).
- xi. Autocracia, corrupción y crímenes de lesa humanidad (1976-1983).
- xii. El preámbulo (1983-1985).
- xiii. La democracia constitucional delegativa (1986 al presente).

La flecha del tiempo no implica ni progresión ni regresión. No se afirma que el pasado fue mejor y el futuro sería decadente; ni viceversa. Los intervalos, además, serán analizados de modo diferente por diferentes observadores. Aunque la totalidad de los períodos indicados arriba (i a xiii) reposa en la determinación de hechos objetivos, la división en sí misma responde a un elemento temporal y espacial, subjetivo del autor²². Más de dos siglos, con cambiantes vicisitudes, retos, desafíos y recorridos de realización independiente, en términos laxamente jurídicos. Poco más de siglo y medio desde el origen de la constitucionalidad.

Ahora nuestra flecha apunta al pasado; al pasado, bien pretérito del orden constitucional. Precisamente: al final mismo del período indicado con el número (ii) y el comienzo del señalado con el (iii). En las secciones que siguen se da cuenta de ello. La dimensión macro, el examen concreto y potencial de la obra de Alberdi, *Bases 1852* (2a), es una perspectiva sugerente y apropiada para nutrir las bases emocionales y racionales del consenso comunitario. Interpretado el tiempo como orden de sucesiones,

²² V. Russell, Bertrand, “Philosophy in the Twentieth Century”, en *The Basic Writings of Bertrand Russell*, London-New York, Routledge, 2010, pp. 235-250.

nuestra mirada se dirige al pasado, al siglo XIX; porque nada habría cambiado si desde entonces no hubiese habido tiempo. Pese a que no se pueda experimentar directamente al tiempo, sí se pueden percibir los acontecimientos sucesivos, tal como se plantea en la periodización descrita en el párrafo anterior²³.

III. Sobre antecedentes y fuentes del Derecho constitucional

1. *Pueblo sin constitución ni organización*

El tiempo de los derechos de las personas o grupos de personas y el tiempo de los poderes de los órganos estatales nace el día de su fundación, en coincidencia con su formulación normativa.

Aislados en tiempo y espacio existían 13.000.000 de americanos a principios del siglo XIX; la población de la España peninsular ascendía a poco más de 10.000.000 de personas²⁴. Los españoles no eran americanos, pero dominaban por la fuerza bruta a América; los americanos que no eran españoles ni siquiera eran tratados como peninsulares²⁵. Las colonias no tenían derecho a la autodeterminación comunitaria. La idea de una

²³ Roberto Gargarella, en *200 años de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* —en vías de publicación—, señala que los proyectos vigentes en América Latina, a partir del momento de la independencia, pueden ser apreciados en torno a dos ideales: primero, el de la autonomía individual; segundo, el del autogobierno colectivo. Identifica, en paralelo, tres posiciones posibles, resultado del impacto ejercido por estos dos ideales políticos-constitucionales: (i) Conservadora: asumió la defensa de la visión más restrictiva frente a ambos ideales, (ii) Republicana: enfrentada con la anterior, a partir de su compromiso con el autogobierno colectivo, y (iii) Liberal: concibió el orden alrededor de la idea del respeto a las libres elecciones individuales. En resumen, tres posiciones: una tendió a reivindicar el autogobierno, en desnaturalización del ideal de la autonomía individual (republicanismo); otra se mostró ampliamente dispuesta a desnaturalizar el autogobierno colectivo, en nombre de la preservación de la autonomía individual (el liberalismo); y una tercera, que desafió ambos ideales (el conservadurismo), en nombre del mantenimiento de una concepción total u holística del bien, en general asociado a un religión. Rigurosamente, concluye el autor, en juicio compartido, que ninguna de las tres posiciones desarrolló, con totalidad e integralidad, los dos ideales.

²⁴ Las cifras indicadas con relación al siglo XIX son recogidas por Busaniche, José Luis, *Historia Argentina*, Buenos Aires, Solar, 1969, p. 302; nótese sobre el particular que Busaniche, a su vez, citó a Salcedo Ruiz, Ángel, *Historia de España*, Madrid, Saturnino Calleja, 1914.

²⁵ Según datos de Naciones Unidas (1973), al comienzo del siglo XIX la población mundial orilló, sin llegar, a los 1.000.000.000 de habitantes. Para la misma época, se ha estimado que la población total en el territorio de la Argentina ascendió a poco más de 550.000 habitantes. En 1810 fue levemente superior a 600.000 habitantes. Los resultados al primer censo poblacional de la Argentina corresponden a 1869. Por entonces: 1.737.076 habitantes. Por su parte, en reciente trabajo, Alberto Bianchi señala que en 1810 la población de Buenos Aires (se entendería que la Ciudad) ascendía a 45.000 habitantes; ver Bianchi, Alberto B., *Historia de la formación constitucional argentina 1810-1860*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 29 y ss.

Argentina libre, con ciudadanos libres, nació el 25 de mayo²⁶ de 1810²⁷. Este nacimiento no fue el nacimiento, al mismo tiempo, de la democracia constitucional, pero sí un precario y consistente acto constituyente. Además, innegablemente fue el nacimiento del “pueblo”, como sujeto de la historia de la Argentina. Un pueblo libre de la monarquía española, atrasada, insolente, despótica y carente de organización. La desorganización política de España fue una pesada herencia que se sumó a su no menos patética desorganización jurídica. Explotar y expoliar las riquezas naturales de América significó el gran objetivo de la monarquía. Sojuzgar, dominar y eliminar a los indios y pueblos originarios, también²⁸.

²⁶ “En la muy Noble y muy Leal Ciudad de la Santísima Trinidad, Puerto de Santa María de Buenos Aires, a 25 de Mayo de 1810; los Señores del Excmo. Cabildo... a saber:... se enteraron de una representación que han hecho a este Cabildo un considerable número de vecinos, los Comandantes, y varios oficiales de los cuerpos voluntarios de esta capital, por sí y a nombre del pueblo; en que, indicando haber llegado a entender que la voluntad de éste resiste la Junta, y Vocales que este Excmo. Ayuntamiento se sirvió erigir, y publicar a consecuencia de las facultades que se le confirieron en el Cabildo abierto de 22 del corriente; y porque puede, habiendo reasumido la autoridad y facultades que confirió, y mediante la renuncia que ha hecho el Señor Presidente nombrado y demás Vocales, revocar y dar por de ningún valor la Junta erigida y anunciada con el Bando de ayer, 24 del corriente; la revoca y anula, y quiere que este Excmo. Cabildo proceda a hacer nueva elección de Vocales que hayan de constituir la Junta de Gobierno, y han de ser los Señores D. Cornelio de Saavedra, Presidente de dicha Junta, y Comandante general de Armas, el Dr. D. Juan José Castelli, el Dr. D. Manuel Belgrano, D. Miguel Azcuénaga, Dr. D. Manuel Alberti, D. Domingo Mateu, y D. Juan Larrea, y Secretarios de ella, los Doctores Don Juan José Passo, y D. Mariano Moreno, cuya elección se deberá manifestar al pueblo por medio de otro bando público... Y los Señores, habiendo salido al balcón de estas casas capitulares, y oído que el pueblo ratificó por aclamación el contenido de dicho pedimento o representación, después de haberse leído por mí en altas e inteligibles voces, acordaron que debían mandar y mandaban se erigiese una nueva Junta de Gobierno compuesta de los Señores expresados en la representación de que se ha hecho referencia, y en los mismos términos, que de ella aparece, mientras se erige la Junta general del Virreinato... Lo décimo: que los referidos Señores despachen sin pérdida de tiempo órdenes circulares a los jefes de lo interior, y demás a quienes corresponda, encargándoles muy estrechamente, y bajo de responsabilidad, hagan que los respectivos Cabildos de cada uno, convoquen por medio de esquelas la parte principal, y más sana del vecindario, para que formando un Congreso de solos los que en aquella forma hubiesen sido llamados, elijan sus Representantes, y éstos hayan de reunirse a la mayor brevedad en esta Capital, para establecer la forma de gobierno que se considere más conveniente...” (énfasis del autor). V. Sampay, Arturo Enrique, *Las constituciones de la Argentina 1810-1972*, Buenos Aires, Eudeba, 1974, p. 83-84.

²⁷ Literatura fundamental: Martínez Estrada, Ezequiel, *Radiografía de la Pampa*, Buenos Aires, Losada, 2007. La obra fue publicada originariamente en 1933. Magistralmente, Martínez Estrada estudia y describió la situación prerrevolucionaria y posterior a la Revolución de Mayo de 1810, desde los aspectos sociológicos, políticos, económicos y jurídicos, con rigor histórico y precisión. Así, con erudición y contundencia, afirmó en las pp. 44-45 que durante el siglo XVIII la colonia “...había vivido en el hambre, la miseria de toda clase, la ignorancia, el fanatismo. En 1810 había llegado a una de las mínimas de su valor económico, a una de sus grandes crisis periódicas, irritada por la experiencia de su fuerza en el reciente rechazo de las invasiones inglesas. Muchos, es verdad, poseían la tierra que labraban, pero esta tierra no tenía valor efectivo. Rodeando sus huertas mezquinas, los inmensos latifundios se extendían en feudos de centenares de leguas. La riqueza estaba concentrada en pocas manos, como el poder diluido en muchas... La revolución pareció llevar un alivio al hambre y la ignorancia, pero bien pronto hambre e ignorancia se volvieron contra ella, y entonces la revolución quedó rezagada y apareció como conservadora y monárquica. Las negociaciones extranjeras, que fue menester entablar como contramarcha, y los Congresos que sancionaban constituciones mixtas que no regirían, demostraban que el éxito estaba asegurado, puesto que la teoría se encontraba indefensa frente al acto. La situación del soldado, al servicio de un acto y de una teoría que estaban ya en franco desacuerdo, y la del patriota militante, forman la escena de comedia en el drama”.

²⁸ Literatura fundamental: Galeano, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010.

Ciudadanos con ansias de libertad fueron los argentinos de 1810. Aunque heredaron la irracionalidad organizativa española, tenían problemas propios para no organizarse: la forma de gobierno a establecerse; la forma de estado a adoptarse; el modelo económico, financiero y tributario; un modelo de producción y el régimen de la libertad e igualdad.

El 31 de enero de 1813 la Asamblea General Constituyente declaró que en ella residía la representación y ejercicio de la soberanía de las Provincias Unidas del Río de la Plata; pocas horas después, el 2 de febrero prescribió la libertad de vientres²⁹, un acto de estricta naturaleza constituyente³⁰. Por similar decreto del 4 de febrero de 1813, la Asamblea general ordenó que todos los esclavos de países extranjeros, que de cualquier modo se introduzcan desde el mencionado día en adelante, quedasen libres por el solo hecho de pisar el territorio de las Provincias Unidas³¹.

En el Estatuto Provisional de 1815 para la Dirección y Administración del Estado, la Junta de Observación ancló, por primera vez, una regla capital de la soberanía ciudadana y la organización del Estado:

Artículo 1º: Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofenden el orden público, ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los Magistrados. IIº - Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la Ley clara y expresamente, ni privado de lo que ella del mismo modo no prohíbe (v. Sección VII: seguridad individual y libertad de imprenta, Cap. 1. De la seguridad individual)³².

²⁹ "El Supremo Poder Ejecutivo Provisorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata a los que la presente viesen, oyesen, y entendiesen. Sabed: que la Asamblea Soberana General Constituyente se ha servido expedir el decreto del tenor siguiente: Siendo tan desdoloroso como ultrajante a la humanidad, el que en los mismos pueblos, que con tanto tesón y esfuerzo caminan hacia su libertad, permanezcan por más tiempo en la esclavitud los niños que nacen en todo el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata, sean considerados y tenidos por libres, todos los que en dicho territorio hubiesen nacido desde el 31 de enero de 1813 inclusive en adelante, día consagrado a la libertad por la feliz instalación de la Asamblea General, bajo las reglas y disposiciones que al efecto decretará la Asamblea General Constituyente. Lo tendrá así entendido el Supremo Poder Ejecutivo para su debida observancia". Buenos Aires, 2 de febrero de 1813. Ravignani, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, tomo primero 1813-1833, Buenos Aires, Peuser, 1937, t. 1, pp. 6-7.

³⁰ Sanchez Viamonte, Carlos, *Historia institucional de Argentina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 108.

³¹ Sampay, Arturo Enrique, *Las constituciones de la Argentina 1810-1972*, Buenos Aires, Eudeba, 1975, p. 126.

³² *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* aprobada en Francia, en agosto de 1789, significativamente se presenta como la fuente más cercana y pura de la regla argentina. Se lee, por ejemplo, en el instrumento redactado en Francia: "Art. I. Los hombres nacen y permanecen libres... Art. IV. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley. Art. V. La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena".

Treinta y ocho años después, con leves modificaciones, esta regla se convertiría en el artículo 19 de la CF y pieza elementalísima de la arquitectura constitucional de la Argentina, ejemplo de sobriedad en la expresión lingüística y de admirable consistencia en la formulación normativa.

Formalmente, la soberanía estatal nace con la Declaración de la Independencia. Se trata del acto constituyente de la Argentina como estado libre. Entiéndase: primero, la idea revolucionaria y seminal de la liberación de la monarquía española; luego, la independencia, seis años después, el 9 de julio³³. La independencia de la Argentina fue definida por Ezequiel Martínez Estrada como un “acto y una tesis”. Porque en la campaña fue un acto elaborado por el estado de inferioridad, de abandono y de ignorancia en que se había mantenido al pueblo; y en la ciudad una tesis, resultado de la inspiración franca en doctrinas liberales, muchas de ellas, todavía, en etapa de gestación y ensayo³⁴.

La Constitución de las Provincias Unidas en Sud América, del 22 de abril de 1819, no gozó ni de aquiescencia ni de ningún tipo o atisbo de vigencia normativa. Sus 138 artículos se encontraban distribuidos en 6 secciones (1ª. Religión del Estado; 2ª. Poder Legislativo; 3ª. Poder Ejecutivo; 4ª. Poder Judicial; 5ª. Declaración de derechos y 6ª. Reforma de la Constitución) y un Capítulo final. No resolvió la forma jurídica del Estado, pero era entrañablemente unitaria. Tampoco dio respuesta a la forma de gobierno, pero no faltan razones para sospechar que el modelo presentado podía haber dado lugar hasta a un monarca con título de Director.

³³ “Acta. En la benemérita y muy digna ciudad de San Miguel del Tucumán a nueve días del mes de julio de mil ochocientos diez y seis, terminada la sesión ordinaria, el Congreso de las Provincias Unidas continuó sus anteriores discusiones sobre el grande y augusto objeto de la independencia de los pueblos que lo forman. Era universal, constante y decidido el clamor del territorio entero por su emancipación solemne del poder despótico de los reyes de España; los representantes sin embargo consagraron a tan arduo asunto toda la profundidad de sus talentos, la rectitud de sus intenciones e interés que demanda la sanción de la suerte suya, pueblos representados y posteridad. A su término fueron preguntados ¿si querían que las Provincias de la Unión fuesen una nación libre e independiente de los reyes de España y su metrópoli? Aclamaron primero, llenos del santo orden de la justicia, y uno a uno reiteraron sucesivamente su unánime y espontáneo decidido voto por la independencia del país, fijando en su virtud la determinación siguiente:

Declaración. Nos los representantes de las Provincias Unidas en Sudamérica, reunidos en Congreso General, invocando al Eterno que preside el universo, en el nombre y por la autoridad de los pueblos que representamos, protestando al cielo, a las naciones y hombres todos del globo, la justicia que regla nuestros votos, declaramos solemnemente a la faz de la tierra, que es voluntad unánime e indubitable de estas provincias romper los violentos vínculos que las ligaban a los reyes de España, recuperar los derechos de que fueron despojadas, e investirse del alto carácter de una nación libre e independiente del rey Fernando VII, sus sucesores y metrópoli; quedar en consecuencia de hecho y de derecho con amplio y pleno poder para darse las formas que exija la justicia e impere el cúmulo de sus actuales circunstancias. Todas, y cada una de ellas, así lo publican, declaran y ratifican, comprometiéndose por nuestro medio al cumplimiento y sostén de esta su voluntad, bajo el seguro y garantía de sus vidas, haberes y fama. Comuníquese a quienes corresponda para su publicación, y en obsequio del respeto que se debe a las naciones, detállense en un manifiesto los gravísimos fundamentos impulsivos de esta solemne declaración”. Ravignani, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. 4, pp. 216-217.

³⁴ V. Martínez Estrada, Ezequiel, *Radiografía de la Pampa*, ob. cit., p. 41.

La Constitución sancionada por el Congreso General Constituyente, el 24 de diciembre de 1826, siguió la misma suerte que la Constitución de 1819. Ajena por completo a la realidad que debía normar, fue rechazada por las provincias: porque adoptaba el unitarismo como forma de estado en oposición a la federación. Sus 191 artículos fueron esparcidos en 10 secciones (1ª. De la Nación y su culto; 2ª. De la ciudadanía; 3ª. De la forma de gobierno; 4ª. Del Poder Legislativo; 5ª. Del Poder Ejecutivo; 6ª. Del Poder Judicial; 7ª. De la Administración provincial; 8ª Disposiciones generales; 9ª. De la reforma de la Constitución y Sección última. De la aceptación y observancia de la Constitución); el artículo 191 castigaba “hasta con la pena de muerte” a todo aquel que atentare o prestare medios para atentar contra dicha Constitución, después que ella fuese aceptada. Nunca tuvo vigencia la constitución; felizmente nunca tuvo realización tamaño disparate jurídico.

El Pacto de Confederación Argentina suscrito el 4 de enero de 1831 por Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe significó, en los hechos, una suerte de rudimentaria y tímida organización del Estado. El resto de las provincias adhirió a este acuerdo³⁵. La organización jurídica de naturaleza confederal fue estructurada por el Pacto Federal de 1931. Entre 1831-1852, las catorce provincias o entidades autónomas mantuvieron una peculiar

³⁵ “Deseando los Gobiernos de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe estrechar cada vez más los vínculos que felizmente los unen, y creyendo que así lo reclaman sus intereses particulares... y, finalmente, considerando que la mayor parte de los pueblos de la República ha proclamado del modo más libre y espontáneo la forma de gobierno federal, han convenido en los artículos siguientes: Art. 1. Los Gobiernos de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe, ratifican y declaran en su vigor y fuerza todos los tratados anteriores celebrados entre los mismos Gobiernos, en la parte que estipulan paz firme, amistad y unión estrecha y permanente: reconociendo reciprocamente su libertad, independencia, representación y derechos. Art. 2. Las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe se obligan a resistir cualquiera 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. ...Art. 15. Ínterin 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 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 otros inmediatamente en su lugar. Art. 16. Las atribuciones de esta Comisión serán: 1ª. Celebrar tratados de paz a nombre de las expresadas tres provincias, conforme a las instituciones 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 las tres provincias. 2ª. Hacer declaración de guerra contra cualquier otro poder, a nombre de las tres provincias litorales, toda vez que éstas estén acordes en que se haga tal declaración. 3ª. Ordenar se levante el ejército, en caso de guerra ofensiva o defensiva, y nombre el general que deba mandarlo. 4ª. Determinar el contingente de tropa con que cada una de las provincias aliadas deba contribuir, conforme al tenor del artículo trece. 5ª. Invitar a todas las demás provincias de la República, cuando estén en plena libertad y tranquilidad, a reunirse en federación con las tres 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”. Sampay, Arturo Enrique, *Las constituciones de la Argentina 1810-1972*, ob. cit., pp. 327-331.

forma de orientación jurídica del Estado: confederación muy precaria³⁶. El Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos fue suscrito el 31 de mayo de 1852 por Gobernadores y Capitanes Generales de las Provincias de la Confederación Argentina, excepto la Provincia de Buenos Aires. Reconoció en su artículo 1 que el Pacto Federal de 1831 entre las Provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos era una Ley Fundamental por haberse adherido a él todas las demás Provincias de la Confederación. En su artículo 2 se dispuso que, estando todas las provincias de la República en plena libertad y tranquilidad, había llegado el caso previsto en el artículo 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.

También se estipuló que todas las provincias eran iguales en derechos, como miembros de la Nación, razón por la cual el soberano Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina se integraría con dos diputados por cada provincia.

La organización constitucional demoró cincuenta años.

El Soberano Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina (SCGCCA) se instaló y reunió en noviembre de 1852; previamente, en septiembre se produjo la secesión de Buenos Aires al rechazar el Acuerdo de San Nicolás. La Constitución de la Confederación de la Argentina, con “13 ranchos o provincias, sin Buenos Aires”, fue sancionada el 1 de mayo de 1853.

El orden constitucional establecido en 1853 permaneció abierto y fue completado en 1860, porque recién entonces la federación se integró con todos sus miembros. Buenos Aires no participó del SCGCCA de 1853, pero sí propuso reformas y participó de la reforma constitucional de 1860.

Por lo tanto, con las reformas constitucionales de 1866, 1898, 1957 y 1994, la arquitectura normativa originaria, desde 1853, se mantiene vigorosamente en pie. La normatividad del texto de la Constitución de 1853 es, presumiblemente, una de las prescripciones con mayor duración en su vigencia en el mundo. El Estado argentino, por tanto, con su población, irrumpe en 1810, pero no define los límites estatales y no consigue

³⁶ V. Saguir, Julio, *¿Unión o secesión? Los procesos constituyentes en Estados Unidos (1776-1787) y Argentina (1880-1862)*, Buenos Aires, Prometeo, 2007, capítulos III y IV.

encauzar el poder por la vía de una constitución hasta 1853.

El significado del período 1810-1860 enlaza, al mismo tiempo, el momento de las luchas políticas argentinas y de diversos proyectos constitucionales que, elogiosa o patéticamente, pretendían organizar el país.

En el inventario de la Argentina, en su cuenta como país independiente, pues, estos doscientos años son el elemento constituyente de su pasado. Las lecturas en relación con el pasado pueden ser complacientes o críticas. Pueden encerrar observaciones de abierta apología o de sensible rechazo. Ninguna lectura racional del pasado puede omitir su comprensión global, concreta. El tiempo pasado le pertenece, con sus aciertos y errores; con contradicciones escalofriantes, con calamidades. Con situaciones generosas y odiosas. Amores y desencantos. No se puede renunciar al pasado y ésta es una de las más manifiestas inquietudes que genera el tiempo.

No es posible congregar solamente las dichas de un pasado. Es obligatorio también convocar a las desdichas. En los pensamientos sobre la historia constitucional de la Argentina, sobre el sistema de fuentes histórico que ha dejado constancia de preñez consabida, se pueden hacer muchas cosas, excepto una: prescindir del tiempo. No se puede observar, racionalizar o juzgar sensatamente que lo que aconteció efectivamente no haya sucedido. O que lo no sucedido sí haya acontecido.

Una constitución coherente no es solamente un código en el que el contenido de sus normas no es contradictorio; se trata, principalmente, de un texto normativo que prescribe un campo de acción ideal proyectado hacia la realidad comunitaria. Cuando un poder constituyente produce una constitución quiere, desea o ambiciona que la realidad comunitaria tenga identidad o guarde semejanza con el ámbito de lo prescripto. Por intermedio de las normas constitucionales se establece con eminente fuerza prescriptiva el estado de cosas diseñado por el propio legislador constituyente u originario, ya sea por normas de conducta y/o normas de competencia.

La historia de un pueblo o la evolución de la autodeterminación o soberanía comunitaria puede ser descubierta en cada proyecto de constitución. Una constitución o un proyecto delimita un tiempo constituyente. Además, cada constitución, señaladamente, responde a determinada ideología o valoración política, posee una estructura específica y observa determinadas finalidades.

Examinar, entonces, el origen de las normas del Derecho constitucional significa ponderar en el tiempo sus respectivas actas de nacimiento o fuentes de las que han emanado. En otras palabras: la razón... en el tiempo.

2. Las fuentes³⁷ u orígenes de las normas de Derecho constitucional

Quizás uno de los requisitos insustituibles o indispensables para elaborar un concepto que adquiera difusión y hasta una celebridad que trascienda la vida del propio pensador, un concepto de tal entidad que las generaciones, ineludiblemente, tendrán que considerar, resida en el hecho ostensible de que el autor no haya tenido voluntad de hacerlo o llevarlo a cabo; ausencia de causalidad e intencionalidad, es decir: casualidad. El concepto de fuentes del Derecho puede participar, razonablemente, de este encuadre. No se puede aseverar, con exactitud, quién o quiénes hayan sido los autores del concepto; sin embargo, no hay descripción estructural o funcional del Derecho que prescinda, que pueda prescindir o que directamente no tenga en cuenta una teoría de las fuentes. Ideas que en el tiempo han ido más allá de la voluntad o intención de sus autores. De modo genuino, las definiciones lexicográficas de la palabra “fuente” suman más de diez; una de ellas, especialmente, remite a “principio, fundamento u origen de algo”.

Por su parte, la palabra “origen”, aunque no tiene tantos sentidos como la anterior, incluye más de tres y es suficiente para provocar multivocidad; uno de ellos: “principio, nacimiento, manantial, raíz y causa de algo”.

Se afirma, con suficiente margen de error, que “orígenes” de las normas de Derecho constitucional tiene un campo semántico superior (y más concreto) que “fuentes” de las normas de Derecho constitucional, si la pretensión consiste en determinar a cabalidad y certeza la raíz de la norma.

“Fuentes u orígenes del Derecho” puede tener múltiples significados. Recuérdese: aquí se sostiene la idea de que el Derecho es, estructuralmente, en forma básica, una combinación de normas; en la base de todo sistema jurídico se encuentra la norma constitucional. En consecuencia, será complejo descubrir algo que no sean normas en la propia hechura del Derecho constitucional. En tal dimensión, por tanto, “fuente” se identifica con la forma instrumental que origina o valida al Derecho. Expresado de otro modo: fija con inocultable determinación la procedencia de la norma. Sin embargo, con relación al órgano que produce la norma, que la elabora, discute y sanciona, aunque su tarea es una función jurídica de producción o creación normativa, no creo atinado mantener a sus

³⁷ Literatura sumamente ilustrativa sobre la cuestión: Zaffaroni, E. Raúl *et al*, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2010, pp. 86-93; Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1972, pp. 525-543; Guibourg, Ricardo, “Fuentes del Derecho”, en la obra colectiva: *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp.177-197; Sagüés, Néstor P., *Manual de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pp.51-97.

órganos propiamente productores dentro del concepto de fuentes del Derecho³⁸.

Fundado en el hecho de que fue enunciada hace más de cincuenta años y no ha sido desmentida, por su simplicidad, por su economía de palabras y por su capacidad explicativa, se adopta la siguiente concepción y consecuente distinción como fuentes u orígenes de las normas del Derecho constitucional: “los modos o formas por los que se crean o establecen las normas constitucionales” se dividen en directas e indirectas³⁹, con las adaptaciones y correcciones que seguidamente se fijan sin cambiar el sentido originario. La clasificación tiene en cuenta el grado de determinación o implicancia (final) de la fuente en la configuración definitiva de las normas constitucionales. Rigurosamente: “fuentes u orígenes” quedaría reservado o constreñido a las fuentes directas, porque directamente crean las normas constitucionales; no obstante, la influencia de las indirectas es relevante, pese a que no crea en forma directa, si puede determinar con notoria aptitud o competencia vinculatoria. Por lo demás, pese a la ambigüedad de “fuentes” y la superioridad semántica y explicativa de “orígenes”, dado que en la literatura predomina de modo abrumador la primera, en este sitio se emplean, indistintamente, fuentes y orígenes, como sinónimos.

Las fuentes directas se identifican con el órgano que origina o el instrumento que da constancia fidedigna de la existencia de la norma; crean la constitución o ponen de manifiesto inequívocamente al Derecho constitucional, según el caso.

Las fuentes indirectas no crean ni validan Derecho constitucional, simplemente lo realizan, por la vía de la interpretación judicial o dogmática. Constituye, este tipo de fuentes, un significativo ámbito de concreción o especulación teórica del Derecho constitucional o de la formación constitucional, según corresponda.

Fuente directa exclusiva y de origen excluyente de la constitución o su cambio es el poder constituyente; se vuelve a referir, sobre este punto, la demarcación insinuada párrafos atrás en relación con los órganos creadores de normas constitucionales.

Fuente directa y de origen y validación del Derecho constitucional de la Argentina, por excelencia, es la Constitución federal. O sea: la constitución emana, se origina o es producida exclusivamente por el poder

³⁸ Ver, análogamente, De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 70.

³⁹ V. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1953, p. 461 y ss.

constituyente; con mayor precisión: la Convención Federal Constituyente. El Derecho constitucional, a su turno, se origina en la constitución; con la siguiente peculiaridad altamente significativa: la Constitución federal de la Argentina es la fuente de producción de las normas, permanentes y transitorias, de raíz constitucional cobijadas dentro de las cuatro esquinas de su texto; fuera de su texto, al mismo tiempo, por aplicación del artículo 75, inciso 22 –producido por el poder constituyente en 1994– la Constitución es fuente de aplicación y validación del Derecho internacional de los Derechos Humanos (DD.HH.) que goza de jerarquía constitucional. Consecuentemente: existe un Derecho constitucional federal de la Argentina de raíz y jerarquía constitucional; existe también otro subsistema que no tiene raíz constitucional, pero sí tiene jerarquía: el DD.HH. validado jerárquicamente por el artículo 75, inciso 22, recién referido. Además, también tiene existencia una hipótesis singular y excepcional de creación que no es tratada aquí: la interpretación judicial, especialmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) al asociar un significado y crear Derecho constitucional⁴⁰. Este nuevo momento inaugura el “sistema de la Constitución federal”, que queda integrado por los 3 elementos antedichos: las normas propiamente formuladas en la CF; las normas provenientes del DD.HH. y las normas generadas por la CSJN.

Por su parte, las normas del Derecho constitucional son la fuente u origen de la validez jurídico positiva de todas las normas jurídicas (infra o subconstitucionales, como se guste denominar) de alcance general producidas por vía de la legislación y, excepcionalmente, la costumbre o un fallo judicial.

En resumen, el sistema de la Constitución federal es la única fuente del propio sistema de las fuentes (el Derecho de raíz y jerarquía constitucional); en pocas palabras: el origen de las fuentes. O la Fuente de las fuentes. El sistema de la Constitución federal origina, por aplicación y/o validación, el Derecho constitucional o Derecho de la constitución, como enseñó G. Bidart Campos en 1995.

Fuentes indirectas o mediatas del Derecho constitucional son la jurisprudencia, la doctrina de los autores, el Derecho comparado; peculiarmente, la doctrina y el Derecho comparado la mayoría de las veces se caracterizan por su historicidad, es decir, como fuente histórica. Porque las fuentes históricas pueden incidir en la formación de la

⁴⁰ Sobre la interpretación judicial puede leerse, Ferreyra, Raúl Gustavo, “Rasgos básicos del derecho constitucional: sistema; libertad, igualdad, solidaridad; teoría”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, Nos 75-76, Universidad Nacional a distancia, 2009, pp. 215-242.

constitución por su ideología, por sus formulaciones normativas o por su hechura instrumental⁴¹.

Las normas de Derecho constitucional emanan del sistema de la Constitución federal de la Argentina. Se ha mencionado que las fuentes históricas significan ideas, constituyen valoraciones o implican cotizaciones normativas que pueden haber incidido o incidirán en la formación de una constitución.

Finalmente, breves y decididas palabras sobre la costumbre como forma institucional de creación de Derecho constitucional. Reconozco que en muchas ocasiones se han deslizado observaciones sobre la cuestión. Pero el debate sobre la novedad resulta con menor entidad que la vinculada con su grado de verdad. La costumbre no se encuentra ni prevista ni relacionada expresamente como método de emanación del Derecho constitucional, en ninguna de sus formulaciones normativas. La costumbre sólo puede ser vislumbrada como hecho creador del Derecho constitucional a condición de que la Constitución federal establezca o instituya expresamente que la espontaneidad o informalidad son susceptibles de crear Derecho constitucional. La costumbre siempre comporta un mecanismo o procedimiento para cambiar el sistema: porque lo contradice; porque suple un vacío o laguna o porque secunda un contenido. El orden jurídico instituido por la constitución no regla la costumbre como proceso o fuente que origine normas de Derecho constitucional. Por lo tanto, en principio, la costumbre significa una práctica informal y repentina claramente incompatible con la racionalidad exigida para el desarrollo de la vida constitucional⁴².

La Constitución federal de la Argentina en 1853 optó terminantemente por el principio de juridicidad, al decidir que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Al margen de que éste no es el espacio para dilucidar la comprensión del ámbito de “ley” en el artículo 19 constitucional –afirmación básica de la organización fundamental–, sí queda suficientemente claro que la opción por el Estado constitucional de Derecho –todos quedamos sometidos al Derecho– en oposición al estado de policía –sumisión a los que mandan–, al entronizar el principio de juridicidad, marca los serios e insuperables obstáculos para quienes crean que donde dice “ley” también puede entenderse “costumbre”. Un predominio elemental del

⁴¹ Bidart Campos, Germán, *Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, pp. 289-290.

⁴² En 1953, Segundo V. Linares Quintana adoptó un criterio semejante al expuesto. No obstante, limita su opinión a la censura terminante de la costumbre *contra legem*. V. Linares Quintana, Segundo V., ob. cit., pp. 477 y 478.

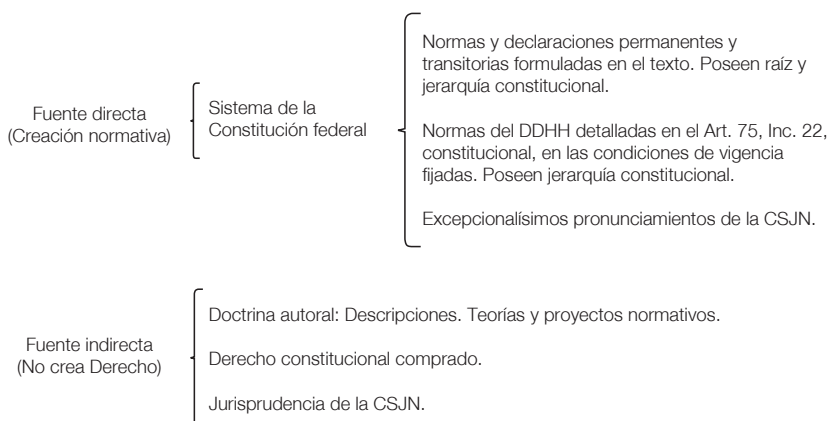
sentido común, quizás la percepción más finamente jurídica, inspirará rechazar la apertura de las fuentes para el ingreso del derecho por la vía consuetudinaria o repentina e informal⁴³.

Teniendo en cuenta lo examinado en los puntos 1 y 2 de esta sección, se considera pertinente examinar la obra de Alberdi, publicada en 1852, desde la siguiente perspectiva: a) en el ámbito del mismísimo final del segundo período, el año 1852; ello estrechamente atado con el origen o principio del tercer período institucional arriba citado, y b) en el enfoque de las fuentes históricas o indirectas del Derecho constitucional, anotado en esta sección.

III bis. Entreacto. Gráfico del sistema de fuentes

Sin alterar el orden expositivo, se ilustra gráficamente la descripción del sistema de fuentes.

Fuentes u orígenes de las normas y declaraciones del Derecho constitucional de la República Argentina



⁴³ La Constitución federal de la Argentina no emplea ni alude a la costumbre. Representar, deliberar y gobernar, por imperativo del artículo 22 constitucional, se encuentra a cargo de las "autoridades creadas" por la Constitución. A su vez, el gobierno federal se encuentra obligado a afianzar sus relaciones con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de Derecho Público establecidos en la Constitución, entre los que no se encuentra la creación del Derecho constitucional por la vía de la costumbre. Ciertamente, el artículo 118 constitucional alude al "Derecho de gentes", que en tiempo de la sanción de la Constitución era básicamente fuente u origen consuetudinario. En la actualidad, las reglas básicas del derecho penal internacional se encuentran configuradas normativamente por escrito en tratados internacionales vigentes para la República Argentina y, por ende, racionalmente codificadas por escrito.

IV. Categorías jurídicas en las Bases. Palabras simbólicas

1. *Palabras de un ausente*⁴⁴

Juan Bautista Alberdi nació el 29 de agosto de 1810. Su madre, Josefa Aráoz de Valderrama, falleció pocos meses después del parto. Su padre, Salvador, murió en 1820.

Alberdi no vivió en la Argentina desde 1838. Regresó a Buenos Aires 41 años más tarde, en 1879. El 3 de agosto de 1881 zarpó, definitivamente, del Puerto de Buenos Aires. Murió en París el jueves 19 de junio de 1884.

El Derecho y el arte son las dos producciones más excelsas del hombre. El Derecho, el más rígido de los productos culturales; el arte, la expresión más variable del alma del hombre⁴⁵. En su relación, si ha de poder apodarse como tal, la rigidez de uno y la variación del otro, seguramente, ha provocado una suerte de “enemistad natural”. Alberdi, probablemente, fue una de las personas, acaso la única, en todo el tiempo de la Argentina, que zanjó o alivió esta hostilidad natural. Artista y jurista, con su lenguaje apropiado, contenido de modo significativo en sus miles y miles de páginas elaboradas en más de cincuenta años de producción artística e intelectual, en la persona de Alberdi se reúne el paradigma intelectual y artístico argentino del siglo XIX.

En enero de 1852 Alberdi se encontraba en Lima, Perú. Probablemente, al regresar a Chile⁴⁶, fue anoticiado de la derrota de Juan Manuel de Rosas en Monte Caseros (3 de febrero) por las fuerzas militares comandadas por J. J. de Urquiza.

La primera edición de las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, derivados de la ley que preside el desarrollo de la civilización en América del Sud fue publicada en Chile. La introducción está fechada el 1 de mayo de 1852, en Valparaíso. Esta obra constaba de 183 páginas y fue dividida en 28 capítulos. También en 1852

⁴⁴ Este no es un trabajo evocativo de Alberdi. La regla es la descripción. Y dentro de sus propios márgenes se limita, adecuadamente, a la arquitectura normativa de las *Bases 1852* (2ª). Toda regla, siempre se menciona, tiene lograda excepción. *Palabras de un ausente en que explica a sus amigos del Plata los motivos de su alejamiento* es un trabajo de Alberdi, París, 1874: “Amar a su país, hacer de sus intereses el estudio de su vida, darle sus destinos, y vivir en el extranjero, es una contradicción que necesita explicarse...”. Ése y no otro es el comienzo de las letras aludidas. Quebrar la quietud de la regla, por tanto, permite evocar con este título la primera subsección de esta sección IV. V. Alberdi, Juan Bautista, *Obras Completas*, ob. cit., tomo VII, pp. 134-176.

⁴⁵ V. Radbruch, Gustav, “Filosofía del Derecho”, Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1944, pp. 140-144.

⁴⁶ Alberdi confesó, con elegancia, en carta dirigida a su gran amigo, Juan María Gutiérrez, el 8 de julio de 1852: “En el... correo le remití mi opúsculo [la primera edición de las Bases] y por ésta le envío otro ejemplar. Usted es el autor de ese trabajo, porque usted me indujo a escribirlo...”.

se hicieron reproducciones de esta obra en la Argentina, pero corresponde decir que no existen constancias que acrediten indubitadamente que fueron “editadas” por Alberdi⁴⁷. En esta primera edición, exactamente un año antes de la sanción de la Constitución federal, Alberdi escribió en el capítulo I “Situación constitucional del Plata”:

La República Argentina, simple asociación tácita e implícita por hoy, tiene que empezar por crear un gobierno nacional y una constitución general que le sirva de regla... ¿Cuáles las bases y puntos de partida del nuevo orden constitucional y del nuevo gobierno, próximos a instalarse? He aquí la materia de este libro, fruto del pensamiento de muchos años, aunque redactado con la urgencia de la situación argentina. En él me propongo ayudar a los diputados y a la prensa constituyentes a fijar las bases de criterio para marchar en la cuestión constitucional⁴⁸.

Alberdi era optimista al escribir el texto citado. El Congreso General Constituyente recién quedó instalado el 20 de noviembre de 1852 y el Acuerdo de San Nicolás todavía no había sido firmado, razón por la cual ni siquiera se habían elegido constituyentes.

Alberdi en *Bases 1852* (2ª), además de la corrección de la primera, incluyó un proyecto de constitución. La Advertencia preliminar del autor lleva la fecha 31 de agosto y el editor, en cambio, consignó como fecha de publicación julio de 1852⁴⁹.

La segunda edición tiene 38 capítulos distribuidos en 263 páginas. La simple comparación entre la primera y la segunda determina el aumento de páginas. Entre los nuevos 10 capítulos, uno de ellos, el final (38), es el proyecto de Constitución concebido según las bases desarrolladas en el propio libro; además, en la segunda, dos de los capítulos de la primera edición también fueron objeto de ampliación.

Escribió Alberdi en la Advertencia sobre la segunda edición: “Este libro hubo de tener el siguiente título: ‘Medios de libertad, de orden y de engrandecimiento para las Repúblicas de origen español’. Era el que

⁴⁷ Un detalle de las reproducciones más o menos fieles de esta primera edición puede leerse en la obra de Mayer, Jorge M., *Las “Bases” de Alberdi*, Buenos Aires, Sudamericana, 1969, pp. 32-40. Antes que ello suceda, Ricardo Rojas llevó adelante la publicación de esta primera versión y edición; V. Alberdi, Juan B., *Las Bases*, Buenos Aires, Librería La Facultad, de Juan Roldán, Biblioteca Argentina, 1915.

⁴⁸ Alberdi, Juan B., *Las Bases*, Buenos Aires, ob. cit., p. 36.

⁴⁹ También en la “Advertencia” de *Bases 1852* (2ª) Alberdi dijo: “Preparadas en cuatro meses las dos ediciones, en los escasos momentos de ocio, que me dejan las ocupaciones de mi oficio y escribiendo rapidísimamente, según mi costumbre, lo que pienso despacio, la obra ha salido con los defectos de forma que pertenecen a todas sus hermanas; pero, desnudo de pretensión literaria, mi tranquilidad sería completa, si no fuesen más que de forma los vacíos dimanados de la insuficiencia más que de la rapididad”. V. *Bases 1852* (2ª), ob. cit., pp. III y IV.

correspondía al asunto, como quiera que le hubiese yo tratado. Pero el temor de que se le hallara pretencioso me indujo a darle el título menos general que hoy lleva”.

El 14 de mayo de 1855, el Gobierno de la Confederación Argentina, convencido de la “benéfica influencia que ejercen en la opinión pública los escritos sobre política y derecho público argentino, dados a luz por el ciudadano don Juan Bautista Alberdi”, decretó que se hiciese, a expensas del Tesoro Nacional, una edición esmerada de las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*; Elementos de Derecho público provincial para la República Argentina; Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina y A la integridad Nacional de la República Argentina, bajo todos sus gobiernos. Además, el presidente Justo J. de Urquiza invitó a Alberdi y éste aceptó la dirección de la edición de la obra. Así las cosas, la tercera edición de *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* fue publicada en 1856, en la ciudad de Besanzón, Imprenta de José Jacquin, y formó parte del volumen Organización política y económica de la Confederación Argentina (OPECA) de 870 páginas. Las letras propias de las Bases fueron emplazadas entre las páginas 1 y 193. En esta tercera edición también fueron publicadas las otras tres obras mencionadas en este mismo párrafo; además, Alberdi dispuso la publicación de la Constitución de la Confederación Argentina sancionada en 1853. Alberdi, en la página 194 de la obra descrita (OPECA), significativamente incluyó:

El Director provisorio de la Confederación Argentina, Vista la presentación de la Constitución federal de la República Argentina, que el Congreso General Constituyente le ha hecho por medio de una comisión especial mandada de su seno; y en cumplimiento de la estipulación duodécima del Acuerdo celebrado en San Nicolás de los Arroyos en 31 de mayo de 1852; Decreta: Artículo 1°. Téngase por Ley Fundamental en todo el territorio de la Confederación Argentina la Constitución federal sancionada por el Congreso constituyente el día primero del presente mes de mayo en la ciudad de Santa Fe... en San José de Flores, a veinticinco días de mayo de mil ochocientos cincuenta y tres. Firmado. Justo J. De Urquiza.

En el Prefacio a esta tercera edición, fechado en París al 22 de noviembre de 1856, dijo Alberdi: “...Las Bases, libro publicado en Chile en 1852, ha tenido parte en la Constitución general sancionada en 1853 por la Confederación Argentina. Basta leer su texto inserto aquí de apéndice”⁵⁰.

⁵⁰ V. Alberdi, Juan B., *Organización política y económica de la Confederación Argentina*, Besanzón,

La tercera edición tiene 37 capítulos porque suprimió las letras sobre la Constitución de Bolivia. El propio autor, en una carta a su amigo Juan María Gutiérrez, dijo: "...Aunque he retocado todo el libro, son tres los capítulos que forman la originalidad de esta tercera edición, la advertencia los indica. La impresión de toda la obra está a más de la mitad y antes de un mes estará acabado"⁵¹. Obviamente, Alberdi se refería a la secesión de Buenos Aires, producida en 1852. Se remite, además, adelante, sección IV.2.N, sobre la cuestión "capital de la Confederación".

El Prefacio de la cuarta edición fue fechado por Alberdi en "París, junio de 1858". Se trató, según se ha narrado, de una tirada suplementaria de la tercera edición de 1856, en la "misma imprenta Jacquin y probablemente con los mismos plomos. El Prefacio de esta tirada, semejante al de 1856, salvo la supresión de algunos párrafos... se hizo en dos volúmenes para facilitar la lectura y comprende las mismas obras que la de 1856, más el texto de la Constitución de la Provincia de Mendoza, del 20 de noviembre de 1855, el texto de la Constitución de Provincia de Buenos Aires del 11 de abril de 1854 y los estudios sobre la Constitución de 1853"⁵².

Alberdi murió 26 años después que se publicase la cuarta edición de las Bases. No existe ninguna constancia de que haya dirigido otra edición. En el tomo 3 de sus *Obras completas*, publicadas en 1886-7, obviamente, se incluyen las Bases, pp. 386-580. Los recopiladores no publicaron ni el texto de la Constitución sancionado en 1853 ni el decreto de Urquiza, aunque al final de la obra, curiosamente, consignaron: "Con arreglo al anterior proyecto de Constitución [se refiere al cap. 37, es decir, el proyecto de Alberdi] se dictó y promulgó la de la Confederación Argentina de 1853". Tampoco, en la edición mencionada, se publicó la Advertencia contenida en *Bases 1852* (2ª)⁵³.

2. Palabras simbólicas

El Derecho constitucional es un objeto, tal como se presenta en la actualidad en la organización fundamental del Estado y los derechos de sus habitantes, creado no hace más de dos siglos. Sin embargo, en estos

Imprenta Jacquin, 1856, p. VI.

⁵¹ La carta es citada por Jorge M. Mayer (a mi juicio, el investigador que con mayor rigor, exhaustividad y comprensión ha estudiado la vida de Juan Bautista Alberdi). Ver, sobre la carta inédita, propia y propiamente divulgada por Mayer, Jorge M., *Las "Bases" de Alberdi*, ob. cit., p. 103.

⁵² Mayer, Jorge M: *Las "Bases" de Alberdi*, ob. cit., pp. 105-106.

⁵³ Alberdi, Juan B, *Obras completas*, La Tribuna Nacional, 1886-1887. La publicación fue ordenada por la ley 1789 promulgada el 24 de agosto de 1886, que en su artículo 1 dispuso: "Autorízase al Poder Ejecutivo para invertir hasta la suma de diez mil pesos en la impresión de las obras publicadas e inéditas de Juan Bautista Alberdi". La recopilación fue encomendada a Manuel Bilbao y Arturo Reynal O'Connor. Los tomos 1 a 6 tienen como pie de imprenta el año 1886; los dos siguientes, 1887. La cita realizada en el texto principal corresponde a la p. 580 del tomo 3.

más de doscientos años las comunidades han ido realizando de manera abierta sus propios elementos, razón por la cual, aunque el objeto puede mantener sus propiedades originales, ha cambiado en el tiempo.

Analizar en tiempo presente una cuestión, problema o tema del Derecho constitucional, significa, por de pronto, fijar: a) su estructura básica: poder, democracia y momentos constituyentes; b) los conceptos fundamentales sobre la libertad, la igualdad y la solidaridad, y c) la organización del poder y su control racional. Naturalmente, se trata de categorías elegidas para examinar y describir el objeto.

Ciento sesenta años después podrían emplearse las tres categorías señaladas para intentar descubrir, analíticamente, el material contenido en las *Bases 1852* (2ª). Trabajar de dicho modo empalmaría, seguramente, con la idea de que a la realidad le gustan o la fortalecen las simetrías. Nadie podría ignorar las ventajas de analizar un producto del pasado con un enfoque del presente.

Lamentablemente, en este caso, descreo de dicha influencia. Poseo un ejemplo y es bastante poco feliz: ¿sería razonable analizar las ideas en torno del maquinismo imperantes en 1852 con la perspectiva actual? De idéntica forma, ¿sería pensable evaluar el conocimiento de la medicina en 1852 acerca de las enfermedades del corazón del hombre a partir de las categorías que dispone hoy el saber médico?

Las Palabras simbólicas fueron publicadas por primera vez en 1839 en el *Dogma Socialista* de la Asociación de Mayo. Alberdi escribió la 15ª (XIII). Pienso, por lo tanto, que se pueden recorrer perfectamente las *Bases 1852* (2ª) aplicando como herramienta de evaluación el propio método insinuado por las “palabras simbólicas” que corresponde detectar en su contenido, con horizonte de proyección en el determinado en la sección I⁵⁴; es decir, no se apela al listado de 1839; sí a la posibilidad de la ideación a mediados del siglo XIX, en el propio panorama manejado con destreza por Alberdi. Nótese, por cierto, que la apelación no es un aplauso al contenido, porque en relación con éste –como ha sido puesto bien en evidencia con abundantes referencias– son discordes, discretos

⁵⁴ Echeverría, Esteban, *Dogma socialista*, Buenos Aires, Jackson, 1953. Palabras simbólicas: 1. Asociación. 2. Progreso. 3. Fraternidad. 4. Igualdad. 5. Libertad. 6. Dios, centro y periferia de nuestra creencia religiosa: el cristianismo su ley. 7. El honor y el sacrificio, móvil y norma de nuestra conducta social. 8. Adopción de todas las glorias legítimas, tanto individuales como colectivas de la revolución: menosprecio de toda reputación usurpada e ilegítima. 9. Continuación de las tradiciones progresivas de la Revolución de Mayo. 10. Independencia de las tradiciones retrógradas que nos subordinan al antiguo régimen. 11. Emancipación del espíritu americano. 12. Organización de la patria sobre la base democrática. 13. Confraternidad de principios. 14. Fusión de todas las doctrinas progresivas en un centro unitario. 15. Abnegación de las simpatías que puedan ligarnos a las dos grandes facciones que se han disputado el poderío durante la revolución.

y carentes de originalidad⁵⁵.

En consecuencia, se enfrenta a partir de aquí la tarea; la indicación pertinente es al número de capítulo de *Bases 1852* (2ª) y, por regla, se intenta condensar las ideaciones de Alberdi, a partir de su propia presentación literaria.

A. El Poder

No existen muchas referencias al poder, a secas. Podría considerarse que la definición alberdiana se encuentra, por ejemplo, en el capítulo XXIX: “El poder supone el hábito de la obediencia”; o sea, claramente, la existencia de dos sujetos, los que mandan y los que son mandados. Previamente, en el capítulo II expresó que el poder político perseguido por Europa en América consistió en la conquista seguida del coloniaje.

En el capítulo XXVI afirmó que el fin de la revolución quedaba salvado con solamente establecer el origen democrático y representativo del poder y su carácter constitucional y responsable. No será un estado de cosas sencillo establecer en *Bases 1852* (2ª), expresamente, una referencia al origen democrático del poder; mejor dicho, en qué habría de consistir y cuáles serían sus cualidades principales. No es democracia constitucional del siglo XXI, pero tampoco la democracia ateniense. El capítulo XXXVIII, el proyecto de Constitución, comienza con la siguiente fórmula: “Nos, los representantes de las Provincias de la Confederación Argentina, reunidos en Congreso general constituyente, invocando el nombre de Dios, Legislador de todo lo creado, y la autoridad de los pueblos que representamos...”. Puede inferirse que no dudaba de la autodeterminación comunitaria. Tampoco dudaba ni mínimamente de que todo hombre es libre, en el sentido de que tiene derecho a gobernarse a sí mismo. Aunque sugestivamente planteado, pareciera que Alberdi pensó que tener derecho a gobernarse no era exactamente semejante a saber gobernarse. No debería llamar la atención, por lo tanto, que para Alberdi su concepción del poder y la democracia transitaba por un camino en el que el gobierno debía ser asumido por las clases intelectuales; una suerte de aristocracia del saber. No hay mayores evidencias para confirmar o desmentir, pero seguramente, letras más abajo, al examinar el sistema electoral, puede aclarar un poco la cuestión; en el capítulo XXIII insinuó, al referirse a los requisitos generales que deberían tener los servidores públicos o representantes del pueblo, que países (como el nuestro) que debían formarse y aumentarse con extranjeros de regiones más ilustradas

⁵⁵ V. Rosa, José María, *Historia Argentina*, tomo IV, Buenos Aires, Oriente, 1973, pp. 348-350.

que las nuestras, no deben cerrarles absolutamente las puertas de la representación (política), si quieren que éstas se mantengan a la altura de la civilización del país.

En el capítulo X cuestionó duramente a la Constitución de Paraguay de 1844. Observó Alberdi con alarma que esta Constitución contenía una regla que disponía: “La autoridad del Presidente de la República es extraordinaria en casos de invasión, de conmoción interior, y cuantas veces sea precisa para conservar el orden y la tranquilidad pública de la República” (Art. 1, Título VII, énfasis del autor). Sinceramente, esta regla derribaba la garantía de división de poderes. Y es precisamente en comentario de esta regla constitucional que Alberdi encontró el espacio para decir: “El poder fuerte es indispensable en América, es verdad; pero el del Paraguay es la exageración de ese medio”. Sin dudas, si Alberdi creyó en un poder fuerte, francamente, lo inauguraría al diseñar el sistema de gobierno presidencialista. Resulta presumible, pues, que “fuerte”, en la terminología alberdiana de *Bases 1852* (2ª), pueda ser identificado con atribuciones ejecutivas o competencias no deliberativas.

“Donde hay deliberación y voluntad, no hay autoridad”, anticipó Sarmiento⁵⁶ en 1845. Con otras palabras, siete años más tarde, Alberdi coincidiría con él. Exactamente, en el pensamiento alberdiano no existía una división igualitaria de las potestades del gobierno estatal. Postuló un riguroso predominio del ejecutivo en detrimento del Congreso.

B. La constitución

Alberdi, en su obra visible *Bases 1852* (2ª), se refiere a la constitución, por lo menos, en la mitad de los 38 capítulos. Una comprensión elemental de sus ideaciones:

(i) Para Alberdi la constitución era la regla para la organización del Estado y el gobierno republicano. Expresamente en el capítulo XVIII señaló que la ley constitucional es la regla de existencia de los seres colectivos que se llaman “estados”, y su autor no es otro que el de esa existencia misma regida por la misma ley constitucional. Letras antes, en este mismo capítulo, con fuerte apego a la escuela histórica había expresado que:

El hombre no elige discrecionalmente su constitución gruesa o delgada, nerviosa o sanguínea; así tampoco el pueblo se da por su voluntad, una constitución monárquica o republicana, federal o unitaria. Él recibe estas disposiciones al nacer; las recibe del suelo que le toca por morada, del número y de la condición de

⁵⁶ Sarmiento, Domingo F., *Facundo*, Buenos Aires, Cántaro, 2003, p. 155 (cap. 7).

los pobladores con que empieza, de las instituciones anteriores y de los hechos que constituyen su historia; en todo lo cual no tiene más acción su voluntad que la dirección que da al desarrollo de esas cosas en el sentido más ventajoso a su destino providencial.

(ii) Era partidario de la constitución escrita porque no se puede exigir racionalmente política que no emane de un instrumento que no posea dicha propiedad inherente, tan primaria como constituyente (Cap. XXXVII). En este mismo capítulo distinguió, claramente, las partes o piezas de la constitución: 1) los principios, derechos y garantías, que forman las bases y objeto del pacto de asociación política; 2) las autoridades encargadas de hacer cumplir y desarrollar esos principios. Como la más popular de las leyes, la constitución debe ofrecer –señaló al finalizar este capítulo– “...una claridad perfecta hasta en sus menores detalles”.

(iii) En el capítulo III se encuentra una de las mejores definiciones sobre el sistema de fuentes en el Derecho constitucional. Dijo Alberdi:

La originalidad constitucional es la única a que se pueda aspirar sin inmodestia ni pretensión: ella no es como la originalidad en las bellas artes. No consiste en una novedad superior a todas las perfecciones conocidas, sino en la idoneidad para el caso especial en que deba tener aplicación. En este sentido la originalidad en materia de asociación política es tan fácil y sencilla como en los convenios privados de asociación comercial o civil.

(iv) La naturaleza pactista se encuentra presente en el concepto constitucional de Alberdi. Concretamente, en el capítulo XI, se atrevió a afirmar su creencia: que las constituciones de América del Sud debían ser estructural y funcionalmente semejantes a los contratos comerciales de las sociedades. Más adelante, en el capítulo XXX, dijo: “...la constitución que se reduce a un contrato más o menos hábil y astuto, en que unos intereses son defraudados por otros...”. No aclaró, Alberdi, si todos los contratantes tenían o no tenían derechos semejantes, ni tampoco quiénes serían los estafados o cuáles sus intereses.

(v) Alberdi introdujo una de las tipologías constitucionales más simples y vigorosas. Expresó, en el capítulo XI, que no era razonable mantener la expectativa de que las constituciones contuviesen las “necesidades de todos los tiempos”. Porque “como los andamios de que se vale el arquitecto para construir los edificios, ellas deben servirnos en la obra interminable de nuestro edificio político, para colocarlas hoy de un modo y mañana de otro, según las necesidades de la construcción”. Distinguió, en consecuencia, por un lado, a) constituciones de transición y creación;

y por otro, b) constituciones definitivas y de conservación.

(vi) La normatividad de la constitución es una ideación que indica prescripción; o sea, coacción. No hay que llegar muy lejos y adjudicarle a Alberdi que haya pensado en las modernas teorías sobre la fuerza normativa de la Constitución, que fueron ensayadas en el siglo XX por H. Kelsen, K. Hesse y G. Bidart Campos. Sin embargo, la coactividad no era ajena al modelo o concepción alberdiana de la constitución. Véase lo que dice al respecto el propio autor en el capítulo XXX: “Para el que obedece, para el pueblo, toda constitución por el hecho de serlo, es buena, porque siempre cede en su provecho. No así para el que manda o influye”. Remató sus ideas en el capítulo XXXI:

Utopía es pensar que podamos realizar la república representativa, es decir, el gobierno de la sensatez, de la calma, de la disciplina por hábito y virtud más que por coacción, de la abnegación y del desinterés, sino alteramos o modificamos profundamente la masa o pasta de que se compone nuestro pueblo...

La coacción normativa de la constitución es introducida, tímidamente, por Alberdi como razonamiento verdadero.

C. Derecho constitucional comparado

(i) Quizá en cumplimiento estricto de que todo lo que ocurre inicialmente en otros espacios (países), con el tiempo termina ocurriendo en el propio país, Alberdi conoció el Derecho constitucional de su época. Comentó las Constituciones de Chile de 1833; del Perú de 1823; de Bolivia de 1839; de Colombia de 1821; de México de 1824; de Uruguay de 1829; de Paraguay de 1844. Comentarios que realiza con un fundamento básico, enunciado en el capítulo II:

Todo el Derecho constitucional de la América antes española es incompleto y vicioso, en cuanto a los medios más eficaces de llevarla a sus grandes destinos... Ninguna de las constituciones de la Sud-América merece ser tomada por modelo de imitación... Dos periodos esencialmente diferentes comprende la historia constitucional de nuestra América del Sud; uno que principia en 1810, y concluye con la guerra de la independencia contra España, y otro que data de esta época y acaba en nuestros días.

Su conclusión es igualmente diáfana, en el capítulo XI:

La América de ahora 30 años sólo miró la libertad y la independencia, para ellas escribió sus constituciones. Hizo bien, era su misión de

entonces... Todas las cosas han cambiado y se miran de distinto modo en la época en que vivimos... las constituciones de hoy en día... deben propender a organizar y constituir los grandes medios prácticos de sacar a la América emancipada del estado oscuro y subalterno en que se encuentra.

(ii) La Constitución de California de 1849 impresionó vivamente a Alberdi. Dijo de su texto, en el capítulo XII: "...es la confirmación de nuestras bases constitucionales". Fue precisamente el pórtico constitucional –se intuye– lo que provocó el elogio de Alberdi. Se disponía allí: *Article I. Declaration of Rights, Section 1: All men are by nature free and independent, and have certain inalienable rights, among which are those of enjoying and defending life and liberty, acquiring, possessing, and protecting property: and pursuing and obtaining safety and happiness.*

(iii) Alberdi reconoció, en el capítulo XXXVII, antes de esbozar su propio proyecto constitucional, que había decidido seguir el método de la Constitución de Massachusetts de 1780⁵⁷. Curiosamente, esta Constitución es más detallista que el proyecto de Alberdi; quizá por ello en el capítulo XIX escribió: "No pretendo que la constitución deba abrazarlo todo; desearía más bien que pecase por reservada y concisa". Entre las rotundas ausencias en el articulado alberdiano no hay referencia a la Universidad. Sí lo hizo la Constitución de Massachusetts, que se refirió a la Universidad en su capítulo V.

(iv) En el capítulo XXIII expresó su ponderación sobre la Constitución de EE.UU. de 1789: "El mecanismo del gobierno general de Norte-América nos ofrece una idea del modo de hacer práctica la asociación de los principios en la organización de las autoridades generales".

D. Teoría constitucional

Alberdi dijo en el capítulo XXII: "He aquí la consagración completa de la teoría constitucional de que hemos tenido el honor de ser órgano en este libro. Ahora será preciso que la constitución definitiva no se desvíe de esa base". Párrafos más adelante, en el capítulo XXXI, vuelve a emplear el término "teoría constitucional". Probablemente, Alberdi sea uno de los primeros juristas en pleno siglo XIX que acude y emplea

⁵⁷ Constitución de Massachusetts de 1780. Preamble. Part The First. A Declaration of the Rights of the Inhabitants of the Commonwealth of Massachusetts. Part The Second. The Frame of Government. Chapter I. The Legislative Power. Section 1. The General Court. Section 2. Senate. Section 3. House of Representatives. Chapter II. Executive Power. Section 1. Governor. Section 2. Lieutenant-Governor. Section 3. Council, and the Manner of Settling Elections by the Legislature. Section 4. Secretary, Treasurer, Commissary, etc. Chapter III. Judiciary Power. Chapter IV. Delegates to Congress. Chapter V. The University at Cambridge and Encouragement of Literature, etc. Section 1. The University. Section 2. The Encouragement of Literature, etc. Chapter VI.

“teoría constitucional”, en un sentido moderno: cuerpo de proposiciones coherentes y unitarias (saber) referentes al estudio del objeto (normativo), el propio Derecho constitucional. Singular originalidad.

E. Cultura

Sin vueltas, ni dobleces, ni eufemismos, con un rol protagónico indiscutible, Alberdi, en el capítulo XXVII escribió: “Las leyes no son otra cosa que la expresión de la cultura del país en que se hacen, y siempre se refleja en ellas la mayor o menor ilustración de la sociedad que las produce”.

F. Reforma e interpretación de la constitución

En el capítulo XXXV Alberdi sugirió que otro medio de afianzar el respeto de la constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Ellas pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis pública, más o menos grave. En su proyecto constitucional, el cambio fue regulado en el ámbito de las “garantías de orden y de progreso”.

Alberdi propuso alentar la duración de la constitución. Y para evitar los defectos propios de cualquier constitución, la vía tendría que ser la interpretación. Dijo puntualmente en este mismo capítulo XXXV: “Con una buena jurisprudencia no hay mala legislación”. Jurisprudencia, en este marco, secretamente, pareciera referirse más al estudio del Derecho que a los dictados de los jueces. Por lo demás, no hay dudas de que esta afirmación es palmariamente contradictoria con lo afirmado en torno a las constituciones de transición y definitivas porque, según se ha visto, Alberdi afirmó que la Argentina necesitaba una constitución de transición.

G. Fines de la constitución

La verdadera política alberdiana queda condensada útilmente en esta afirmación, contenida en el capítulo III: deseaba que la Confederación argentina se constituyese como una “república esencialmente comercial y pastora”. Huelgan las palabras. El poder de explicación es casi auto-suficiente.

En el capítulo XX aseguró, además, que lo imposible no es del dominio de la política. Utopía no sé si de fácil encaje en el lenguaje alberdiano.

Y más adelante, en el capítulo XXXV, afirmó:

La constitución general es la carta de navegación de la Confederación Argentina. En todas las borrascas, en todos los malos tiempos, en todos los trances difíciles, la Confederación tendrá siempre un camino seguro para llegar a puerto de salvación, con

sólo volver sus ojos a la constitución y seguir el camino que ella le traza, para formar el gobierno y para reglar su marcha.

H. La forma de Estado

Los dos modelos económicos que se enfrentaron en la Argentina en el siglo XIX asumieron apodos provenientes de la organización jurídica del Estado: federales y unitarios, tales las divisas. Ninguno de los dos proyectos deseaba –o fue más lejos– concebir un tipo distinto “a la república esencialmente comercial y pastora” pensada por Alberdi. Una facción pretendía catorce ranchos pastores y comerciales, participando de las rentas de la aduana de Buenos Aires. La otra facción concentraba, fáctica y jurídicamente, todo el poder en Buenos Aires, con ranchos menos autónomos. Una de las facciones, los federales, incipientemente, mostraban o deseaban realizar un modelo de acumulación de capital y concentración económica propio, con acento en la soberanía del Estado; el otro, la facción unitaria, pretendía sustantivamente generar una nueva metrópoli, cuyo centro, en el futuro, no sería Buenos Aires ni la Argentina⁵⁸.

En términos jurídico-políticos, federación o unidad fueron los elementos constituyentes de una discusión cuyo centro de gravedad era la dosis o grado de soberanía, mejor dicho, de autonomía que tendrían y tendrían en el país constitucionalmente organizado cada una de las catorce provincias o entes.

Alberdi estudió detenida y detalladamente los antecedentes unitarios y los antecedentes federales en el capítulo XVIII. Propuso un “sistema mixto” que conciliase las libertades de cada provincia y las prerrogativas de toda la Nación. Creyó además que ésa y no otra era “la solución inevitable”, que resultaba de la aplicación a los dos grandes términos del problema argentino –la Nación y las Provincias– de la fórmula llamada por entonces a presidir la política, consistente en la combinación armónica de la individualidad con la generalidad, del localismo con la Nación, o bien de la libertad de asociación. Más adelante, en el capítulo XXII, refirió que el tipo creado por la Constitución de EE.UU. de 1787 fue un “sistema mixto de federal y unitario”. La Confederación Argentina, en el pensamiento de Alberdi, se organizaba por su Constitución en un “Estado federativo”.

¿Cómo hacer para crear un gobierno federal? En el capítulo XXIV postuló que los gobiernos provinciales debían renunciar o abandonar cierta porción de facultades. Porque dar una parte del gobierno local o provincial y

⁵⁸ Ortega Peña, Rodolfo y Duhalde, Eduardo Luis, *Baring Brothers y la historia política argentina*, Buenos Aires, A. Peña Lillo, 1974. V. también: Ferns, H.S., *Gran Bretaña y la Argentina en el siglo XIX*, Buenos Aires, Solar, 1966.

“...pretender conservarlo íntegro, es como restar de cinco dos, y pretender que quede siempre cinco”.

¿Cuál sería el punto de partida para la creación del gobierno federal y general? Alberdi, en el capítulo XXVIII, respondió a la pregunta. Sugirió que debía ser o hallarse, precisamente, en los “gobiernos provinciales existentes”. Gobiernos, además, que debían “...ser los agentes naturales de la creación del nuevo gobierno general” y federal.

I. La forma de gobierno

El primer sustantivo que utilizó Alberdi fue “república”. Es su primera decisión normativa. En el capítulo XXXVIII, precisamente en el artículo 1 de su proyecto, escribió: “La República Argentina...”. En el capítulo XIII se vislumbra que era consciente de que todavía existían ideas monárquicas. No obstante, cree que la forma de gobierno republicana era la única “solución sensata”. Paralelamente, consideró “pobrisima y ridícula” la idea de una monarquía representativa en América. Concluyó, líneas más adelante: “Felizmente, la república, tan fecunda en formas, reconoce muchos grados y se presta a todas las exigencias de la edad y del espacio. Saber acomodarla a nuestra edad, es todo el arte de constituirse entre nosotros”.

J. El sistema de gobierno. Rey con el nombre de presidente

En el capítulo XIII Alberdi atribuyó a Simón Bolívar este dicho profundo: “Los nuevos estados de la América antes española, necesitan reyes con el nombre de presidentes”. No lo desmintió. Aunque el único modo posible de “anudar la tradición de la vida pasada” con la “cadena de la vida moderna” era dándole al poder ejecutivo “todo el poder posible”, pero, como aclaró o intentó suavizar en su capítulo XXVI, “...dádsele por medio de una constitución”. Alberdi estaba firmemente persuadido de que “Nosotros... somos... pobres, incultos y pocos” (Cap. XX). Indudablemente, para Alberdi tener derecho a gobernarse no era sinónimo de saber gobernarse y por eso no confiaba en la deliberación racional que debe necesariamente preceder a la conducción responsable. Confiaba en la conducción o ejecución. Su propuesta, por tanto, era un conductor con el poder más fuerte que se pudiese concentrar en un haz de atribuciones. Se puede leer, en el capítulo XXXVIII de su obra, esta relevancia: casi el treinta por ciento de las determinaciones normativas del Proyecto de Alberdi se encuentran destinadas a la regulación de los poderes del presidente de la Confederación Argentina. Alberdi ingenuamente pensó

que una persona denominada “presidente” tendría la lucidez suficiente todos los días de cada uno de los seis años que duraría en su empleo. En otras palabras: entre tradición y razón, optaba por seguridad de la primera, antes que la –posible y a veces, sólo a veces, augusta– verdad de la segunda.

K. La legislación. Reglamentación de los derechos

Alberdi distinguió clara y netamente entre el poder constituyente originario, creador de la Constitución, y los poderes constituidos, encargados de hacerla cumplir, realizarla. Dijo en el capítulo XXX que las constituciones de más difícil éxito serían las que emanasen del “voto de los pueblos reunidos en Convenciones o Congresos constituyentes... A este género difícil pertenecerá la que deba darse la República Argentina”. Añadió: los poderes de los constituyentes debían ser amplísimos y sin limitación de facultades para regular el objeto constitucional.

Elaborada la constitución, Alberdi confiaba a la legislación el desarrollo de las materias constitucionales, pero hasta cierto punto. Temía que el Derecho constitucional cesase o pudiese quedar obturado por la acción u omisión de las autoridades federales. Para evitar la descomposición o devaluación de la alta cotización de los derechos constitucionales, Alberdi instaló, en su capítulo XXXVIII, dos reglas capitales. En los artículos 23 y 36, respectivamente, Alberdi se refirió tanto a leyes como a tratados que reglasen “los principios, derechos y garantías” allí estipulados; en ningún caso podían alterar, disminuir o desvirtuar por la vía de la reglamentación las prescripciones constitucionales. Con antelación, en el capítulo XXXIV había anoticiado: “No basta que la constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario... que contenga declaraciones formales de que no se dará ley, que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias”.

La lectura de Alberdi se presenta con marcadas propiedades de una lectura deliberada y casi ordenada, si acaso se desea establecer las fuentes u orígenes de las reglas sobre la determinación legislativa de los derechos fundamentales. Su bosquejo es elocuente; su significación, potente, porque no permite estudiar la reglamentación de los derechos constitucionales o su limitación, sin escudriñar, rigurosamente, la fuente alberdiana.

L. El sistema electoral. La concepción alberdiana de la democracia: ¿un oxímoron?

El gobierno de la República es democrático, comienza el artículo 2 del

proyecto alberdiano. La palabra “democracia” no vuelve a aparecer. Una ventaja indisputable con la Constitución de 1853. Porque “democracia” no fue escrita, en este caso, por sus redactores.

(i) En el capítulo XX Alberdi observó que “...la democracia, entre nosotros, más que una forma, es la esencia misma del gobierno”.

(ii) En el capítulo XXVI se refirió al “...origen democrático...” del poder.

(iii) Alberdi distinguió la forma política de producción democrática con otras formas contrarias, a las que no apodó y nosotros, modernamente, denominamos “autocracia”.

(iv) Sin embargo, el estado constitucional de filiación alberdiana, en el que todos quedan sometidos por igual a la ley, no coincide con la concepción extendida en la Argentina en el siglo XXI.

(v) Rechazó, al igual que se rechaza hoy en día, el Estado autoritario. Insisto: no lo llamó de este modo, pero claramente puede inferirse que era el Estado en que todos quedan sometidos arbitrariamente a la voluntad de los que mandan.

(v) La concepción democrática de Alberdi podría condensarse: gobierno del pueblo, para el pueblo, pero —entiéndase bien— con participación parcial o relativa o controlada del pueblo.

(vi) Dijo en el capítulo XXIII:

La inteligencia y la fortuna en cierto grado, no son condiciones que excluyan la universalidad del sufragio, desde que ellas son asequibles para todos mediante la educación y la industria. Sin una alteración grave en el sistema electoral de la República Argentina, habrá que renunciar a la esperanza de obtener gobiernos dignos por la obra del sufragio. Para obviar los inconvenientes de una supresión brusca de los derechos de que ha estado en posesión la multitud, podrá emplearse el sistema de elección doble y triple, que es el mejor medio de purificar el sufragio universal, sin reducirlo ni suprimirlo, y de preparar las masas para el ejercicio futuro del sufragio directo. Todo el éxito del sistema republicano en países como los nuestros, depende del sistema electoral.

(vii) Alberdi pensó que el sufragio universal podía ser el sufragio universal de la ignorancia. No podía entregarse la soberanía del pueblo a una multitud ignorante. ¿Por qué el que no sabe gobernar el mundo de su propia persona tendría que dar el encargo a otro para que lo haga? A la luz de nuestros días, estas ideas son enteramente rechazables y pueden ser desmentidas, por múltiples. Puede imaginar el lector, razonablemente, que el sufragio universal no aparece en el texto del proyecto alberdiano.

Por eso, entonces, su limitada concepción de la democracia, como método de producción del sistema jurídico, o si prefiere, modernamente: como forma política del Estado.

LL. Gobernar es poblar

Las ideas de Alberdi sobre la población de la República fueron intensas. Cuando comenzó la segunda mitad del siglo XIX, la población de la Confederación Argentina no llegaba a 1.300.000 habitantes⁵⁹. El analfabetismo, en 1869, según los resultados del primer censo nacional, trepó al 77% (calculado sobre personas de más de 14 años de edad⁶⁰); no hay estimaciones sobre el analfabetismo en 1852. Nada hace pensar que era inferior al de 1869.

(i) En el capítulo XV introdujo una de sus ideas más cuestionables: “Nosotros, los que nos llamamos americanos, no somos otra cosa que europeos nacidos en América, cráneo, sangre, color, todo es de fuera”. No puede atribuirse a Alberdi el brutal exterminio de los indígenas en el siglo XIX. Pero Alberdi no fingió: los indígenas no formarían parte de su “Estado federativo”. Prosiguió, en este mismo capítulo: “En América todo lo que no es europeo es bárbaro; no hay más división que ésta: 1° el indígena, es decir el salvaje; 2° el europeo, es decir nosotros, los que hemos nacido en América y hablamos español... No hay otra división del hombre americano... [E]l salvaje está vencido, en América no tiene dominio ni señorío. Nosotros, europeos de raza y de civilización, somos los dueños de la América”.

He aquí la situación. A nadie pueden maravillar estas afirmaciones y no deberían constituir aspecto admirable⁶¹.

(ii) Comenzó su capítulo XVI: “Cada europeo que viene a nuestras playas, nos trae más civilización en sus hábitos, que luego comunica nuestros habitantes, que muchos libros de filosofía”. Renglones más adelante amplió su afirmación: “El pueblo inglés... es producto de un cruzamiento infinito de castas; y por esto justamente el inglés es el más perfecto de los hombres”. ¿Cómo interpretar lo anterior? Alberdi proyectó una nueva casa –la República Argentina–, sin todos sus habitantes.

(iii) El capítulo XXXII fue especialmente introducido en la segunda edición;

⁵⁹ Lattes, Alfredo E., “Perspectiva histórica de la evolución de la población”, en AA.VV., *La población de Argentina*, Buenos Aires, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 1975, p. 23.

⁶⁰ V. Germani, Gino, *Estructura social de la Argentina. Análisis estadístico*, Buenos Aires, Solar, 1987, p. 231.

⁶¹ E. Raúl Zaffaroni ha planteado que “...nuestro orden jurídico parte del genocidio”. Así, pues, la norma fundamental (hipotética) pensada por H. Kelsen correspondería “colgarla” o emplazarla, en América Latina, “del genocidio colonizador”. (Zaffaroni, E. Raúl: Conferencia “Ser y deber ser en América Latina”, San Juan, 2010).

también el XXXIII. Consideró que la Argentina era un desierto, lisa y llanamente (cap. XXXII); un desierto “a medio poblar y medio civilizar” (cap. XXXIII). Y el fin capital, aseguró en el capítulo XXXII, al que debía dirigirse la constitución era hacia “...la política de creación de población, de conquista sobre la soledad y el desierto... La población es el fin y es el medio al mismo tiempo... Así, en América, gobernar es poblar...”.

M. El modelo económico

El progreso es una constante en el pensamiento de Alberdi. Se refiere al progreso o lo menciona en *Bases 1852* (2ª) en aproximadamente cien ocasiones. Imposible aquí hacer un resumen de esas ideas. No es fin, por otra parte.

Sin embargo, conviene tener en cuenta que para Alberdi el progreso debería haber sido la marca registrada de la organización constitucional de la Argentina.

Escribió, concretamente, en las primeras líneas del capítulo I: “La victoria de Monte Caseros no coloca por sí sola a la República Argentina, en posesión de cuanto necesita. Ella viene a ponerla en el camino de su organización y progreso, bajo cuyo aspecto considerada, es un evento tan grande como la Revolución de Mayo, que destruyó el gobierno colonial...”.

La ley del progreso ideada por Alberdi encuentra fundamento en el valor de la historia, antes que en la utilidad o la razón. La ley del progreso, en cuya ilusión y expectación se encontró sumergido, iba unida de un modo inseparable en su propio credo, a la “expansión, el mejoramiento indefinido de la especie humana”. En su perspectiva, “ley del progreso” significó una suerte de fatalismo histórico; la asociación de los hombres que reemplazaba o sucedía a la explotación acontecería, casi providencialmente, para su futuro bienestar. Tal nuevo estado de cosas no tenía otra significación que la propia evolución en la propia historia. O sea, el progreso, en Alberdi, no es resultado de la historia ni se impone a ella; es inmanente⁶², inherente a la humanidad, porque la creación divina no es acto excepcional sino continuo. Comunicó en su capítulo XVIII: “Dios en efecto da a cada pueblo su constitución o manera de ser normal, como la da a cada hombre”. Advuértase, pues, que para Alberdi, entonces, Dios no es ni fue; deviene, incesantemente, en la naturaleza y la historia.

En su preámbulo constitucional Alberdi se refirió al “progreso material e inteligente”; uno de los cuatro capítulos de la Parte Primera de su

⁶² V. Alberini, Coriolano: “La metafísica de Alberdi”, en los *Archivos de la Universidad de Buenos Aires*, año IX, T. IX, junio-septiembre, 1934.

proyecto llevó por título: “Garantías públicas de orden y de progreso”; el artículo 67, inciso 3, contiene la célebre regla del progreso. Quizás su tesis jurídica, porque al ser escrita no existían concepciones normativas semejantes. Una verdadera regla jurídica creativa de una nueva realidad futura; no una regla pensada para adaptarse a una realidad –el propio pasado y presente– que Alberdi deploró.

¿Cuál sería el medio elemental para el progreso? La inmigración.

En el capítulo XIX Alberdi anotó una suerte de mandamientos de su peculiar forma de organización política del futuro Estado constitucional. Sin orden jerárquico, postuló que todos deben disfrutar constitucionalmente: de la libertad de comercio; de la franquicia de llegar a puertos seguros y libres; de gestionar y practicar en su nombre todos los actos de comercio, sin ser obligados a emplear personas del país a este efecto; de ejercer todos los derechos civiles inherentes al ciudadano de la República; de no poder ser obligados al servicio militar; de estar libres de empréstitos forzosos; de mantener en pie todas las garantías enunciadas a pesar de cualquier rompimiento con la nación extranjera; de disfrutar de entera libertad de conciencia y de culto.

Además, el ferrocarril, según apuntó en el capítulo XVI, haría “...la unidad de la República Argentina mejor que todos los congresos”. El ferrocarril era un agente de progreso y cultura. No vaciló, ni por un instante, en aconsejar, casi rogar, que la Confederación tomase empréstitos, o cualquier otra tarea estatal, para que naciese el ferrocarril. Alberdi creyó que la deuda pública era el aliciente de la economía. Como las aduanas interiores, su veneno. En el ámbito de las relaciones privadas escribió, en el capítulo XVII: “Toda ley contraria al crédito privado es un acto de lesa América”.

La valerosa fe alberdiana, en materia de progreso, del que dependía el porvenir de la Argentina, quizá pueda redondearse en esta inscripción del capítulo XVI: “Esta América necesita de capitales tanto como de población”.

N. La cuestión capital

La capital de la República fue una cuestión capital del Derecho constitucional, recién resuelta en 1880. En su capítulo XXVII Alberdi afirmó contundentemente que la ciudad de Buenos Aires sería el “...país más apropiado para la residencia del gobierno general, encargado de conducir la República a sus nuevos destinos”. Con la versatilidad de un narrador, aconsejó: “Si la capital de la República Argentina no existiese en Buenos Aires, por el interés del progreso sería necesario colocarla allí”.

Sorprendentemente, en el artículo 2 de su Proyecto de Constitución no estableció la “capital en Buenos Aires”, dejó puntos suspensivos y con una llamada remitió al capítulo XXVII, cuyo fundamento se acaba de leer⁶³.

O. Tolerancia religiosa

¿Fue Alberdi tolerante? Si por tolerancia se ha de entender el respeto a la posibilidad que cada individuo lleve adelante su propio plan de vida, sin interferencias, aunque se contradigan las propias o las mayoritarias, no puede afirmarse que lo haya sido. Si por tolerancia se ha de considerar que cada individuo debe tener la posibilidad, libre y plural, de realizar un propio plan de vida y que el Estado tiene que proteger, precisamente, que lo pueda hacer, sin interferencias, tampoco lo fue.

Alberdi, en el capítulo XVI, propugnó que el Estado no debía fomentar el ateísmo, si “...queréis pobladores morales y religiosos. Si queréis familias que formen las costumbres privadas, respetad su altar a la creencia...”. No obstante, su “tolerancia religiosa” tiene neto corte utilitarista, comercial: “...el dilema es fatal, o católica exclusivamente y despoblada; o poblada y próspera y tolerante en materia de religión”.

El reconocimiento, la apertura de la tolerancia religiosa, amplia en Alberdi, no tiene otro fin que el negocio público o el negocio privado. Sin tolerancia –pensó– no habría inmigración. Y como también pensaba que la inmigración era necesaria para trabajar y generar riqueza, y que ésta generaría el crecimiento cultural de la población, no observó o no tuvo otro camino que reglar que todos tienen la libertad de profesar todo culto (Art. 16 de su Proyecto y Cap. XVI).

Creo, pues, que la tolerancia en Alberdi es una asunción propiamente por conveniencia más que por convencimiento. Una tolerancia parcial y bien limitada, porque los ateos o agnósticos son reprobados, antes que tolerados. Admito que una tolerancia parcial implica casi una contradicción en sus propios términos. A sabiendas de esa implicancia, admítase, con tolerancia, el frágil pensamiento alberdiano⁶⁴.

⁶³ Alberdi en 1856 cambió de idea, como consecuencia del rechazo de Buenos Aires a la Constitución federal de 1853, que había fijado la capital en la Ciudad de Buenos Aires. El Estado de Buenos Aires tenía su constitución desde 1854. Sostuvo en 1856 que Buenos Aires era el florón vetusto del sepultado virreinato, el producto y la expresión de la colonia española de otro tiempo. Debía colocarse la capital fuera de Buenos Aires. V. Alberdi, Juan B. (1856): “Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina”, en el volumen *Organización política y económica de la Argentina*, ob. cit., pp. 108-124. En un trabajo publicado en 1881, finalmente, vuelve a sus ideas originarias: “O es Buenos Aires capital de la República Argentina, o la República vive sin capital y sin gobierno, en manos del poder que, sin ser nacional, ocupe y retenga a Buenos Aires bajo su jurisdicción exclusiva, con cualquier nombre, aunque no se diga Gobierno nacional ni argentino”. V. *Obras Completas*, ob. cit., t. VIII, pp.248-249.

⁶⁴ No descuidar la mención del pensamiento de Alberdi y sus *Bases 1852* (2ª), en la doctrina de la CSJN. Resulta interesante ponderar dicha acción en la realización del Derecho constitucional en el siglo XXI. De modo manifiesto, se omite la mención de las ideaciones postuladas en *Bases 1852* (2ª) durante el siglo

V. Determinación del proyecto constitucional de Alberdi en la Constitución de 1853. Ejercicio comparado de normas

1. Observación preliminar

De acuerdo con lo planteado en la sección I, corresponde llevar adelante el cotejo normativo.

Breves observaciones

Primera: Se utiliza el proyecto alberdiano: el capítulo XXXVIII de *Bases 1852* (2ª). Dijo su autor: "...una idea práctica del modo de convertir en instituciones y en ley la doctrina de este libro...".

Segunda: En relación con la Constitución de 1853⁶⁵, se utiliza el texto publicado por Emilio Ravignani: *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Instituto de Investigaciones históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 1939, Tomo Sexto, 2º parte, pp. 794-831.

Tercera: Seguramente, la más relevante, porque se privilegia el significado. Una norma, cualquier norma, tiene una cantidad finita de orientaciones posibles en su significado. No se persigue la identidad sintáctica entre uno

XIX y el siglo XX; en dicho camino, con sorpresa o sin ella, el lector no descubrirá, o no podrá ignorar, que la frecuencia en la mención traída a colación (0, descarnadamente, la cita) no es regla. En 2003, en su voto particular en la causa "Provincia de San Luis", el juez Julio Nazareno dijo en su considerando 22: "...Cuando se pretexto de actuar para conjurar los efectos de una emergencia el Estado no hace sino agravarla, la violación de la doctrina se da por la doble vía de afectar derechos y garantías que no debería agravar y dificultar la superación de la crisis. Como ha sostenido lúcidamente Juan Bautista Alberdi, "La política no puede tener miras diferentes de las miras de la Constitución. Ella no es sino el arte de conducir las cosas de modo que se cumplan los fines previstos en la Constitución" [V. *Bases 1852* (2ª), cap. XXXV]. V. "Provincia de San Luis v. Nación Argentina", CSJN, Fallos 326:417 (495). El 20/9/2005 en "Casal", por mayoría, se afirmó: "11) Que este modelo de organización judicial no tiene nada en común con el nuestro. Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional. Los constituyentes norteamericanos, al proyectar el modelo que luego tomaría la Constitución Nacional, no desconfiaban de los jueces, sino del poder central –federal– que creaban. Temían generar un monstruo que lesionase o suprimiese el principio federal...". V. "Matías Eugenio Casal y otro", CSJN, Fallos 328:3399 (3430). Nótese que la aseveración fue suscrita por los jueces Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Lorenzetti y E. S. Petracchi.

Más recientemente, el 23/5/2007, el juez Carlos S. Fayt, en los considerandos de su voto particular en la causa "Rosza" dijo: "6) Que esta prerrogativa, que tiene su raíz en la noción de soberanía, tuvo por fin mantener bajo la órbita de un tercero imparcial e independiente la solución de conflictos cuando en ellos pudieran estar en juego derechos o garantías consagrados por la Constitución Nacional. En este orden de ideas, ya señalaba Alberdi en sus 'Bases' que 'La propiedad, la vida, el honor, son bienes nominales cuando la justicia es mala. No hay aliciente para trabajar en la adquisición de bienes que han de estar a merced de los pícaros. La ley, la constitución, el gobierno, son palabras vacías, si no se reducen a hechos por la mano del juez, que, en último resultado, es quien los hace ser realidad o mentira'" (V. *Bases 1852* (2ª), cap. XVII). V. "Carlos A. Rosza y otro", CSJN, Fallos 330:2361 (2395).

⁶⁵ Fueron los constituyentes: Facundo Zuviria; Pedro Centeno; Pedro Ferré; Juan del Campillo; Santiago Derqui; Pedro Díaz Colodrero; Luciano Torrent; Juan María Gutiérrez; Regis Martínez; José Quintana; Manuel Padilla; Agustín Delgado; Martín Zapata; Salvador María del Carril; Ruperto Godoy; Delfín B. Huergo; Juan Llerena; Juan F. Seguí; Manuel Leiva; Benjamín José Lavaysse; José B. Gorostiaga; J. Manuel Pérez y Salustiano Zavalla.

y otro texto. La pesquisa, si ha de apodarse de tal modo, se relaciona con los significados. En concreto: qué significados de las normas de Alberdi pueden razonablemente observarse en el texto de 1853. Se privilegia, entonces, el campo semántico, antes que la sintaxis conceptual.

2. Comparación del proyecto de Alberdi con la Constitución de 1853

Proyecto constitucional de Juan Bautista Alberdi, publicado en septiembre de 1852	Constitución de la Confederación Argentina, sancionada el 1 de mayo de 1853
Nos, los representantes de las Provincias de la Confederación Argentina, reunidos en Congreso general constituyente, invocando el nombre de Dios, Legislador de todo lo creado, y la autoridad de los pueblos que representamos, en orden a formar un estado federativo, establecer y definir sus poderes nacionales, fijar los derechos naturales de sus habitantes y reglar las garantías públicas de orden interior, de seguridad exterior y de progreso material e inteligente, por el aumento y mejora de su población, por la construcción de grandes vías de transporte, por la navegación libre de los ríos, por las franquicias dadas a la industria y al comercio y por el fomento de la educación popular, hemos acordado y sancionado la siguiente Constitución de la Confederación Argentina:	Nos los Representantes del Pueblo de la Confederación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las Provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Confederación Argentina.
Primera Parte. Principios, derechos y garantías fundamentales	Primera Parte
Capítulo I Disposiciones generales	Capítulo único: Declaraciones, derechos y garantías
Artículo 1 - La República Argentina se constituye en un Estado federativo, dividido en Provincias que conservan la soberanía no delegada expresamente por esta Constitución al gobierno central.	Artículo 101 - Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal. (Parte segunda. Autoridades de la Confederación Título segundo. Gobiernos de Provincia)

Artículo 2 - El gobierno de la República es democrático, representativo, federal. Las autoridades que lo ejercen tienen su asiento [...] ciudad que se declara federal.	Artículo 1 - La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.
Artículo 3 - La Confederación adopta y sostiene el culto católico, y garantiza la libertad de los demás.	Artículo 3 - Las autoridades que ejercen el Gobierno federal residen en la Ciudad de Buenos Aires, que se declara Capital de la Confederación por una ley especial
Artículo 4 - La Confederación garantiza a las provincias el sistema republicano, la integridad de su territorio, su soberanía y su paz interior.	Artículo 5- Cada provincia confederada dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria gratuita...
Artículo 5 - Interviene sin requisición en su territorio al solo efecto de restablecer el orden perturbado por la sedición.	Artículo 6 - El Gobierno federal interviene con requisición de las Legislaturas o gobernadores provinciales, o sin ella, en el territorio de cualquiera de las provincias al solo efecto de restablecer el orden público perturbado por la sedición, o de atender a la seguridad nacional amenazada por un ataque o peligro exterior.
Artículo 6 - Los actos públicos de una provincia gozan de entera fe en las demás.	Artículo 7 - Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán.
Artículo 7 - La Confederación garantiza la estabilidad de las constituciones provinciales con tal que no sean contrarias a la Constitución general, para lo cual serán revisadas por el Congreso antes de su sanción.	Artículo 5 - ...Las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Artículo 8 - Los gastos de la Confederación serán sostenidos por un tesoro federal creado con impuestos soporados por todas las provincias.	Artículo 4 - El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación de las Aduanas; de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general, de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencia de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.
Artículo 9 - Ninguna provincia podrá imponer derechos de tránsito ni de carácter aduanero sobre artículos de producción nacional o extranjera, que procedan o se dirijan por su territorio a otra provincia.	Artículo 10 - En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional, así como la de los géneros y mercancías de todas clases, despachadas en las aduanas exteriores.
Artículo 10 - No serán preferidos los puertos de una provincia a los de otra, en cuanto a regulaciones aduaneras.	Artículo 11 - Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio.
Artículo 11 - Los buques destinados de una provincia a otra no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa del tránsito.	Artículo 12 - Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito.
Artículo 12 - Los ciudadanos de cada provincia serán considerados ciudadanos en las otras.	Artículo 8 - Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás...

Artículo 13 - La extradición civil y criminal es sancionada como principio entre las provincias de la Confederación.	Artículo 8 - ...La extradición de los criminales es de obligación recíproca entre todas las provincias confederadas.
Artículo 14 - Dos o más provincias no podrán formar una sola sin anuencia del Congreso.	Artículo 13 - Podrán admitirse nuevas provincias en la Confederación; pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso.
Artículo 15 - Esta Constitución, sus leyes orgánicas y los tratados con las naciones extranjeras son la ley suprema de la Confederación. No hay más autoridades supremas que las autoridades generales de la Confederación.	Artículo 31 - Esta Constitución, las leyes de la Confederación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales.
Capítulo II Derecho público argentino	
Artículo 16 - La constitución garantiza los siguientes derechos a todos los habitantes de la Confederación, sean naturales o extranjeros: De libertad Todos tienen la libertad de: — de trabajar y ejercer cualquier industria; — de ejercer la navegación y el comercio de todo género; — de peticionar a todas las autoridades; — de entrar, permanecer, andar y salir del territorio sin pasaporte; — de publicar por la prensa sin censura previa; — de disponer de sus propiedades de todo género y en toda forma; — de asociarse y reunirse con fines lícitos; — de profesar todo culto; — de enseñar y aprender.	Artículo 14 - Todos los habitantes de la Confederación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

<i>De igualdad</i> Artículo 17 - La ley no reconoce diferencia de clase ni persona. No hay prerrogativas de sangre, ni de nacimiento, no hay fueros personales; no hay privilegios, ni títulos de nobleza. Todos son admisibles a los empleos. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. La ley civil no reconoce diferencia de extranjeros y nacionales.	Artículo 16 - La Confederación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra consideración que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.
<i>De propiedad</i> Artículo 18 - La propiedad es inviolable. Nadie puede ser privado de ella sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de pública utilidad debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el congreso impone contribuciones. Ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o descubrimiento. La confiscación y el decomiso de bienes son abolidos para siempre. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilios. Ningún particular puede ser obligado a dar alojamiento en su casa a un militar.	Artículo 17 - La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Confederación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerda la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del código penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

<i>De seguridad</i> Artículo 19 - Nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales, ni sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. No es eficaz la orden de arresto que no emane de autoridad revestida del poder de arrestar y se apoye en una ley. El derecho de defensa judicial es inviolable. Afianzado el resultado civil de un pleito, no puede ser preso el que no es responsable de pena aflictiva. El tormento y los castigos horribles son abolidos, para siempre y en todas circunstancias. Son prohibidos los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego. Las cárceles húmedas, oscuras y mortíferas deben ser destruidas. La infamia del condenado no pasa a su familia. La casa de todo hombre es inviolable. Son inviolables la correspondencia epistolar, el secreto de los papeles privados y los libros de comercio.	Artículo 18 - Ningún habitante de la Confederación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento, los azotes y las ejecuciones a lanza o cuchillo. Las cárceles de la Confederación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.
Artículo 20 - Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que, con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja, o adultere en su esencia.	Artículo 28 - Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Capítulo III Derecho público deferido a los extranjeros	
Artículo 21 - Ningún extranjero es más privilegiado que otro. Todos gozan de los derechos civiles inherentes al ciudadano, y pueden comprar, vender, locar, ejercer industrias y profesiones, darse a todo trabajo; poseer toda clase de propiedades y disponer de ellas en cualquier forma; entrar y salir del país con ellas, frecuentar con sus buques los puertos de la República, navegar en sus ríos y costas. Están libres de empréstitos forzosos, de exacciones y requisiciones militares. Disfrutan de entera libertad de conciencia y pueden construir capillas en cualquier lugar de la República. Sus contratos matrimoniales no pueden ser invalidados porque carezcan de conformidad con los requisitos religiosos de cualquier creencia, si estuviesen legalmente celebrados. No son obligados a admitir la ciudadanía. Gozan de estas garantías sin necesidad de tratados, y ninguna cuestión de guerra puede ser causa de que se suspenda su ejercicio. Son admisibles a los empleos, según las condiciones de la ley, que en ningún caso puede excluirlos por solo el motivo de su origen. Obtienen naturalización, residiendo dos años continuos en el país; la obtienen sin este requisito los colonos, los que se establecen en lugares habitados por indígenas o en tierras des pobladas; los que emprendan y realizan grandes trabajos de utilidad pública; los que introducen grandes fortunas en el país; los que se recomienden por invenciones o aplicaciones de grande utilidad general para la República.	Artículo 20 - Los extranjeros gozan en el territorio de la Confederación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Confederación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Artículo 22 - La Constitución no exige reciprocidad para la concesión de estas garantías en favor de los extranjeros de cualquier país.	
Artículo 23 - Las leyes y los tratados reglan el ejercicio de estas garantías, sin poder alterarlas, ni disminuirlas.	
Capítulo IV Garantías públicas de orden y de progreso	
Artículo 24 - Todo argentino es soldado de la guardia nacional. Son exceptuados por 30 años los argentinos por naturalización.	Artículo 21 - Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía.
Artículo 25 - La fuerza armada no puede deliberar; su rol es completamente pasivo.	
Artículo 26 - Toda persona o reunión de personas que asuma el título o representación del pueblo, se arroge sus derechos o peticione a su nombre, comete sedición.	Artículo 22 - El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.
Artículo 27 - Toda autoridad usurpada es ineficaz: sus actos son nulos. Toda decisión acordada por requisición directa o indirecta de un ejército o de una reunión de pueblo, es nula de derecho y carece de eficacia.	

Artículo 28 - Declarado en estado de sitio un lugar de la Confederación, queda suspenso el imperio de la Constitución dentro de su recinto. La autoridad en tales casos ni juzga, ni condena, ni aplica castigos por sí misma, y la suspensión de la seguridad personal no le da más poder que el de arrestar o trasladar las personas a otro punto dentro de la Confederación, cuando ellas no prefieran salir fuera.	Artículo 23 - En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Confederación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.
Artículo 29 - El presidente, los ministros y los miembros del Congreso pueden ser acusados por haber dejado sin ejecución las promesas de la Constitución en el término fijado por ella, por haber comprometido y frustrado el progreso de la República. Pueden serlo igualmente por los crímenes de traición, concusión, dilapidación y violación de la Constitución y de las leyes.	
Artículo 30 - Deben prestar caución juratoria al tomar posesión de su puesto, de que cumplirán lealmente con la Constitución, ejecutando y haciendo cumplir sus disposiciones a la letra, y promoviendo la realización de sus fines relativos a la población, construcción de caminos y canales, educación del pueblo y demás reformas de progreso contenidas en el preámbulo de la Constitución.	
Artículo 31 - La Constitución garantiza la reforma de las leyes civiles, comerciales y administrativas sobre las bases declaradas en su derecho público.	Artículo 24 - El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos...

Artículo 32 - La Constitución asegura en beneficio de todas las clases del Estado la instrucción gratuita, que será sostenida con fondos nacionales destinados de un modo irrevocable y especial a ese destino.	
Artículo 33 - La inmigración no podrá ser restringida, ni limitada de ningún modo en ninguna circunstancia, ni por pretexto alguno.	Artículo 25 - El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.
Artículo 34 - La navegación de los ríos interiores es libre para todas las banderas.	Artículo 26 - La navegación de los ríos interiores de la Confederación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional.
Artículo 35 - Las relaciones de la Confederación con las naciones extranjeras respecto a comercio, navegación y mutua frecuencia serán consignadas y escritas en tratados que tendrán por bases las garantías constitucionales deferidas a los extranjeros. El gobierno tiene el deber de promoverlos.	Artículo 27 - El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecido en esta Constitución.
Artículo 36 - Las leyes orgánicas que reglen el ejercicio de estas garantías de orden y de progreso, no podrán disminuirlas ni desvirtuarlas por excepciones.	Artículo 28 - Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Artículo 37 - La Constitución es susceptible de reformarse en todas sus partes; pero ninguna reforma se admitirá en el espacio de 10 años.	Artículo 30 - La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, pasados diez años desde el día en que la juren los Pueblos. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.
Artículo 38 - La necesidad de la reforma es declarada por el congreso permanente, pero sólo se efectúa por un congreso o convención convocado al efecto.	
Artículo 39 - Es ineficaz la proposición de reforma que no es apoyada por dos terceras partes del congreso o por dos terceras partes de las legislaturas provinciales.	
Segunda Parte. Autoridades de la Confederación Sección primera. Autoridades generales Capítulo I Del Poder Legislativo	Segunda parte. Autoridades de la Confederación Título primero. Gobierno Federal Sección primera Del Poder Legislativo
Artículo 40 - Un Congreso Federal compuesto de dos cámaras, una de senadores de las Provincias, y otra de diputados de la Nación, será investido del poder legislativo de la Confederación.	Artículo 32 - Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación, y otra de Senadores de las provincias y de la Capital, será investido del Poder Legislativo de la Confederación.
Artículo 41 - El orador es inviolable, la tribuna es libre: Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador.	Artículo 57 - Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador.
Artículo 42 - Sólo pueden ser arrestados por delitos contra la Constitución.	Artículo 58 - Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho.

Artículo 43 - Sus servicios son remunerados por el tesoro de la Confederación.	Artículo 63 - Los servicios de los senadores y diputados son remunerados por el Tesoro de la Confederación con una dotación que señalará la ley.
Artículo 44 - El Congreso se reúne indispensablemente en sesiones ordinarias todos los años desde el 1 de agosto hasta el 31 de diciembre. Puede también ser convocado extraordinariamente por el Poder Ejecutivo federal.	Artículo 52 - Ambas cámaras se reunirán en sesiones ordinarias todos los años desde el 1 de mayo hasta el 30 de septiembre. Pueden también ser convocadas extraordinariamente por el Presidente de la Confederación, o prorrogadas sus sesiones.
Artículo 45 - Las provincias reglan por sus leyes respectivas el tiempo, lugar y modo de proceder a la elección de senadores y de representantes; pero el Congreso puede expedir leyes supremas que alteren el sistema local.	Artículo 37 - Por esta vez las legislaturas de las provincias reglarán los medios de hacer efectiva la elección directa de los diputados de la Nación: para lo sucesivo el Congreso expedirá una ley general.
Artículo 46 - Cada cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez.	Artículo 53 - Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez. Ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros; pero un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá.
Artículo 47 - Ellas hacen sus reglamentos, compelen a sus miembros ausentes a concurrir a las sesiones, reprimen su inconducta con penas discrecionales, y hasta pueden excluir un miembro de su seno.	Artículo 55 - Cada Cámara hará su reglamento y podrá, con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, y hasta excluirlo de su seno; pero bastará la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes para decidir en las renunciaciones que voluntariamente hicieren de sus cargos.
Artículo 48 - Los eclesiásticos regulares no pueden ser miembros del congreso, ni los gobernadores de provincia, por la de su mando.	Artículo 62 - Los eclesiásticos regulares no pueden ser miembros del Congreso, ni los gobernadores de provincia por la de su mando.

Artículo 49 - En caso de vacante, el gobierno de provincia hace proceder a la elección legal de un nuevo miembro.	
Artículo 50 - Ninguna cámara entra en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros.	
Artículo 51 - Ambas cámaras empiezan y concluyen sus sesiones simultáneamente.	Artículo 54 - Ambas Cámaras empiezan y concluyen sus sesiones simultáneamente. Ninguna de ellas, mientras se hallen reunidas, podrá suspender sus sesiones más de tres días, sin el consentimiento de la otra.
Del Senado de las provincias	Capítulo II. Del Senado
Artículo 52 - El senado representa las provincias en su soberanía respectiva.	Artículo 42 - El Senado se compondrá de dos senadores de cada provincia, elegidos por sus legislaturas a pluralidad de sufragios; y dos de la Capital elegidos en la forma prescripta para la elección del Presidente de la Confederación. Cada senador tendrá un voto.
Artículo 53 - Se compone de 14 senadores elegidos por la legislatura de cada provincia.	
Artículo 54 - Cada provincia elige dos senadores, uno efectivo y otro suplente.	
Artículo 55 - Se renueva el senado por terceras partes cada dos años, eligiéndose 4 en el tercer bienio.	Artículo 44 - Los senadores duran nueve años en el ejercicio de su mandato, y son reelegibles indefinidamente; pero el Senado se renovará por terceras partes cada tres años, decidiéndose por la suerte, luego que todos se reúnan, quiénes deben salir el primero y segundo trienio.
Artículo 56 - Duran seis años en el ejercicio de su mandato, y son reelegibles indefinidamente.	
Artículo 57 - Son requisitos para ser elegido senador: - Tener la edad de 35 años, - Haber sido 4 años ciudadano de la Confederación, - Disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes, o de una entrada equivalente.	Artículo 43 - Son requisitos para ser elegido senador: tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Confederación, y disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes, o de una entrada equivalente.

Artículo 58 - El senado juzga las acusaciones entabladas por la cámara de Diputados. Ninguno es declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.	Artículo 47 - Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el Presidente de la Confederación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte suprema. Ninguno será declarado culpable, sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes
Artículo 59 - Su fallo no tiene más efecto que la remoción del acusado. La justicia ordinaria conoce del resto.	Artículo 48 - Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Confederación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.
Artículo 60 - Sólo el senado inicia las reformas de la Constitución.	Artículo 51 - Sólo el Senado inicia las reformas de la Constitución.
Cámara de Diputados de la Nación	Capítulo I. De la Cámara de Diputados
Artículo 61 - La cámara de Diputados representa la nación en globo, y sus miembros son elegidos por el pueblo de las provincias, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado. Cada diputado representa a la nación, no al pueblo que lo elige.	Artículo 33 - La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la Capital, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado...
Artículo 62 - Para ser electo diputado, se requiere haber cumplido la edad de 25 años, tener dos años de ciudadanía en ejercicio y el goce de una renta o entrada anual de mil pesos fuertes.	Artículo 36 - Para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, y tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio.
Artículo 63 - La cámara de Diputados elegirá en razón de uno por cada veinte mil habitantes; pero ninguna provincia dejará de tener un diputado a lo menos.	Artículo 33 - ...en razón de uno por cada veinte mil habitantes, o de una fracción que no baje del número de diez mil.

Artículo 65 - A la cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y sobre reclutamiento de tropas.	Artículo 40 - A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas.
Artículo 66 - Sólo ella ejerce el derecho de acusación por causas políticas. La ley regla el procedimiento de estos juicios.	Artículo 41 - Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al Presidente y Vicepresidente de la Confederación y a sus ministros, a los miembros de ambas cámaras, a los de la Corte suprema de justicia, y a los gobernadores de provincia, por delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos, violación de la Constitución, u otros que merezcan pena infamante o de muerte; después de haber conocido de ellos, a petición de parte, o de alguno de sus miembros, y declarada haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.
Atribuciones del Congreso	Capítulo IV. Atribuciones del Congreso
Artículo 67 - Corresponde al Congreso <i>en el ramo de lo interior</i> :	Artículo 64 - Corresponde al Congreso:
1. Reglar la administración interior de la Confederación, expidiendo las leyes necesarias para poner la Constitución en ejercicio;	
2. Crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, conceder amnistías generales;	17. crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores y conceder amnistías generales.

3. Proveer lo conducente a la prosperidad, defensa y seguridad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, estimulando el progreso de la instrucción y de la industria, de la inmigración, de la construcción de ferrocarriles y canales navegables, de la colonización de las tierras desiertas y habitadas por indígenas, de la plantificación de nuevas industrias, de la importación de capitales extranjeros, de la exploración de los ríos navegables, por leyes protectoras de esos fines, y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo;	16. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.
4. Reglar la navegación y el comercio interior;	9. Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores...
5. Legislar en materia civil, comercial y penal;	11. Dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería...
6. Admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente, y declarar el caso de proceder o no a nueva elección, hacer el escrutinio y rectificación de ella;	18. Admitir o desechar los motivos de dimisión del Presidente o Vicepresidente de la República, y declarar el caso de proceder a nueva elección: hacer el escrutinio y rectificación de ella.
7. Dar facultades especiales al Poder Ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley, en los casos exigidos por la Constitución.	
Artículo 68 - El Congreso en materia de relaciones exteriores:	Artículo 64 - (...)
1. Provee lo conveniente a la defensa y seguridad exterior del país;	
2. Declara la guerra, y hace la paz;	21. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz.
3. Aprueba o desecha los tratados concluidos con las naciones extranjeras;	19. Aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás Naciones, y los concordatos con la Silla Apostólica; y arreglar el ejercicio del patronato en toda la Confederación.

4. Regla el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras.	12. Reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí.
Artículo 69 - En el ramo de rentas y de hacienda, el Congreso:	Artículo 64 - (...)
1. Aprueba y desecha la cuenta de gastos de la administración de la Confederación;	7. Fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Confederación, y aprobar o desechar la cuenta de inversión.
2. Fija anualmente el presupuesto de esos gastos;	
3. Impone y suprime contribuciones, y regla su cobro y distribución;	2. Imponer contribuciones directas por tiempo determinado y proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Confederación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan.
4. Contrae deudas nacionales, regla el pago de las existentes, designando fondos al efecto, y decreta empréstitos;	3. Contraer empréstitos de dinero sobre el crédito de la Confederación.
5. Habilita puertos mayores, crea y suprime aduanas;	1. Legislar sobre las aduanas exteriores, y establecer los derechos de importación y exportación que han de satisfacerse en ellas.
6. Hace sellar moneda, fija su peso, ley, valor y tipo;	10. Hacer sellar monedas, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Confederación.
7. Fija la base de los pesos y medidas para toda la Confederación;	
8. Dispone del uso y de la venta de las tierras públicas o nacionales.	4. Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional.
Artículo 70 - Son atribuciones del Congreso en el ramo de guerra:	Artículo 64 - (...)
1. Aprobar o desechar las declaraciones de sitio, hechas durante su receso;	
2. Fijar cada año el número de fuerzas de mar y tierra que han de mantenerse en pie;	23. Fijar la fuerza de línea de tierra y de mar en tiempo de paz y guerra; y formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos.

3. Aprobar o desechar la declaración de guerra que hiciese el Poder Ejecutivo;	21. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz.
4. Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Confederación y la salida de las tropas nacionales fuera de él;	25. Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Confederación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él.
5. Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Confederación en caso de conmoción interior.	26. Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Confederación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.
Del modo de hacer las Leyes	Capítulo V. De la formación y sanción de las leyes
Artículo 71 - Las leyes pueden ser proyectadas por cualquiera de los miembros del Congreso o por el presidente de la Confederación en mensaje dirigido a la legislatura.	Artículo 65 - Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo; excepto las relativas a los objetos de que tratan los artículos 40 y 51.
Artículo 72 - Aprobado un proyecto de ley por la cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra cámara. Aprobado por ambas, pasa al poder ejecutivo de la Confederación para su examen, y si también obtiene su aprobación, lo sanciona como ley.	Artículo 66 - Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen; pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Confederación para su examen; y si también obtiene su aprobación lo promulga como ley.
Artículo 73 - Se reputa aprobado por el presidente de la Confederación o por la cámara revisora todo proyecto no devuelto en el término de 15 días.	Artículo 67 - Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo, todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles.

Artículo 74 - Todo proyecto desechado totalmente por la cámara revisora o por el presidente es diferido para la sesión del año venidero.	Artículo 68 - Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras, podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Pero si sólo fuere adicionado o corregido por la Cámara revisora, volverá a la de su origen; y si en éstas se aprobasen las adiciones o correcciones por mayoría absoluta, pasará al Poder Ejecutivo de la Confederación. Si las adiciones o correcciones fuesen desechadas, volverá segunda vez el proyecto a la Cámara revisora, y si aquí fueren nuevamente sancionadas por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros, pasará el proyecto a la otra Cámara, y no se entenderá que ésta reprueba dichas adiciones o correcciones, si no concurre para ello el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes.
Artículo 75 - Desechado en parte, vuelve con sus objeciones a la cámara de su origen, que lo discute de nuevo, y si lo aprueba por mayoría de dos tercios, pasa otra vez a la cámara de revisión. Si ambas lo aprueban por igual mayoría, el proyecto es ley, y pasa al presidente para su promulgación. Si las cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto queda para la sesión del año venidero.	Artículo 69 - Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen: ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por sí, o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año.
Artículo 76 - Ninguna discusión del congreso es ley sin la aprobación del presidente. Sólo él promulga las leyes. Toda determinación rechazada por él necesita de la sanción de los dos tercios de ambas cámaras para que pueda ejecutarse.	

Capítulo II Del Poder Ejecutivo	Sección segunda. Del Poder Ejecutivo Capítulo I. De su naturaleza y duración
Artículo 77 - Un ciudadano con el título de “Presidente de la Confederación Argentina” desempeña el poder ejecutivo del Estado.	Artículo 71 - El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de “Presidente de la Confederación Argentina”.
Artículo 78 - Para ser elegido presidente, se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero, tener treinta años de edad y las demás calidades requeridas para ser electo diputado.	Artículo 73 - Para ser elegido Presidente o Vicepresidente de la Confederación se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; pertenecer a la comunión católica apostólica romana, y las demás calidades exigidas para ser electo senador.
Artículo 79 - El presidente dura en su empleo el término de seis años, y no puede ser reelecto sino con intervalo de un período.	Artículo 74 - El Presidente y Vicepresidente duran en sus empleos el término de seis años; y no pueden ser reelegidos sino con intervalo de un período.

	Capítulo II. De la forma y tiempo de la elección del Presidente y Vicepresidente de la Confederación
Artículo 80 - Su elección se hace del siguiente modo: Cada provincia nombra según la ley de elecciones populares cierto número de electores, igual al número total de diputados y senadores que envía al congreso. No pueden ser electores el diputado, el senador, ni el empleado a sueldo que dependa del presidente de la Confederación. Reunidos los electores en sus provincias respectivas, el 1 de agosto del año en que concluye la presidencia anterior, proceden a elegir presidente conforme a su ley de elecciones provinciales. Se hacen dos listas de todos los individuos electos, y, firmadas por los electores, se remiten cerradas y selladas, la una al presidente de la legislatura provincial, en cuyo registro permanece cerrada y secreta, y la otra al presidente del senado general de las provincias.	Artículo 78 - La elección del Presidente y Vicepresidente de la Confederación se hará del modo siguiente: La Capital y cada una de las provincias nombrarán por votación directa una junta de electores, igual al duplo del total de diputados y senadores que envían al Congreso, con las mismas calidades y bajo las mismas formas prescriptas para la elección de diputados. No pueden ser electores los diputados, los senadores ni los empleados a sueldo del Gobierno federal. Reunidos los electores en la Capital de la Confederación y en la de sus provincias respectivas cuatro meses antes que concluya el término del Presidente cesante, procederán a elegir Presidente y Vicepresidente de la Confederación por cédulas firmadas, expresando en una la persona por quien votan para Presidente, y en otra distinta, la que eligen para Vicepresidente. Se harán dos listas de todos los individuos electos para Presidente y otras dos de los nombrados para Vicepresidente con el número de votos que cada uno de ellos hubiere obtenido. Estas listas serán firmadas por los electores, y se remitirán cerradas y selladas dos de ellas (una de cada clase), al presidente de la Legislatura provincial, y en la Capital al presidente de la Municipalidad, en cuyos registros permanecerán depositadas y cerradas, y las otras dos al presidente del Senado (la primera vez al presidente del Congreso Constituyente).

Reunido el Congreso en la sala del Senado, procede a la apertura de las listas, hace el escrutinio de los votos, y el que resultase tener mayor número de sufragios es proclamado presidente. Resultando varios candidatos con igual mayoría de votos, o no habiendo mayoría absoluta, elegirá el congreso entre los tres que hubiesen obtenido mayor número de sufragios. En este caso, los votos serán tomados por provincia, teniendo cada provincia un voto; y sin la mayoría presente de todas las provincias no será válida esta elección.

Artículo 79 - El presidente del Senado (la primera vez el del Congreso Constituyente), reunidas todas las listas, las abrirá a presencia de ambas Cámaras Asociadas a los secretarios cuatro miembros del Congreso sacados a la suerte, procederán inmediatamente a hacer el escrutinio y a anunciar el número de sufragios que resulte en favor de cada candidato para la Presidencia y Vicepresidencia de la Confederación. Los que reúnan en ambos casos la mayoría absoluta de (todos los votos), serán proclamados inmediatamente Presidente y Vicepresidente.

Artículo 80 - En el caso de que, por dividirse la votación no hubiese mayoría absoluta, elegirá el Congreso entre las dos personas que hubieren obtenido mayor número de sufragios. Si la primera mayoría que resultare hubiese cabido a más de dos personas, elegirá el Congreso entre todas éstas. Si la primera mayoría hubiere cabido a una sola persona, y la segunda a dos o más, elegirá el Congreso entre todas las personas que hayan obtenido la primera y segunda mayoría.

Artículo 81 - Esta elección se hará a pluralidad absoluta de sufragios y por votación nominal. Si verificada la primera votación no resultare mayoría absoluta, se hará segunda vez, contrayéndose la votación a las dos personas que en la primera hubiesen obtenido mayor número de sufragios. En caso de empate, se repetirá la votación, y si resultase nuevo empate, decidirá el presidente del Senado (la primera vez el del Congreso Constituyente). No podrá hacerse el escrutinio, ni la rectificación de estas elecciones, sin que estén presentes las tres cuartas partes del total de los miembros del Congreso.

	Artículo 82 - La elección del Presidente y Vicepresidente de la Confederación debe quedar concluida en una sola sesión del Congreso, publicándose enseguida el resultado de ésta y las actas electorales por la prensa.
Artículo 81 - En caso de muerte, dimisión o inhabilidad del presidente de la Confederación, será reemplazado por el presidente del Senado con el título de "Vicepresidente de la Confederación", quien deberá expedir inmediatamente, en los dos primeros casos, las medidas conducentes a la elección de nuevo presidente, en la forma que determina el artículo anterior.	Artículo 72 - En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del Presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el Vicepresidente de la Confederación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del Presidente y Vicepresidente de la Confederación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo Presidente sea electo.
Artículo 82 - El presidente disfruta de un sueldo pagado por el tesoro de la Confederación, que no puede ser alterado durante el período de su gobierno.	Artículo 76 - El Presidente y Vicepresidente disfrutan de un sueldo pagado por el Tesoro de la Confederación, que no podrá ser alterado en el período de sus nombramientos.
Artículo 83 - El presidente de la Confederación cesa en el poder el día mismo en que expira el período de seis años, sin que evento alguno pueda ser motivo de que se complete más tarde; y le sucederá el candidato electo, o el presidente del Senado interinamente, si hubiese impedimento.	Artículo 75 - El Presidente de la Confederación cesa en el poder el día mismo en que expira su período de seis años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde.

Artículo 84 - Al tomar posesión de su cargo el presidente prestará juramento en manos del presidente del Senado, estando reunido todo el congreso, en los términos siguientes: “Yo, N... N..., juro que desempeñaré el cargo de Presidente con lealtad y buena fe; que mi política será ajustada a las palabras y a las intenciones de la Constitución; que protegeré los intereses morales del país por el mantenimiento de la religión del Estado y la tolerancia de las otras y fomentaré su progreso material estimulando la inmigración, emprendiendo vías de comunicación y protegiendo la libertad del comercio, de la industria y del trabajo. Si así no lo hiciere, Dios y la Confederación me lo demanden”.	Artículo 77 - Al tomar posesión de su cargo el Presidente y Vicepresidente prestarán juramento en manos del Presidente del Senado (la primera vez del presidente del Congreso constituyente), estando reunido el Congreso, en los términos siguientes: “Yo N. N. juro por Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios, desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de Presidente (o Vicepresidente) de la Confederación, y observar y hacer observar fielmente la Constitución (de la Confederación Argentina). Si así no lo hiciere, Dios y la Confederación me lo demanden.”
	Capítulo III. Atribuciones del Poder Ejecutivo
Artículo 85 - El presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones.	Artículo 83 - El Presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones:
<i>En lo Interior:</i>	
1. Es el jefe supremo de la Confederación, y tiene a su cargo la administración y gobierno general del país;	1. Es el jefe supremo de la Confederación, y tiene a su cargo la administración general del país.
2. Expide los Reglamentos e instrucciones que son necesarios para la ejecución de las leyes generales de la Confederación, cuidando de no alterar su espíritu por excepciones reglamentarias;	2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Confederación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.
3. Es el jefe inmediato y local de la ciudad federal de su residencia;	
4. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las sanciona y promulga;	4. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las sanciona y promulga.
5. Nombra los magistrados de los tribunales federales y militares de la Confederación con acuerdo del Senado de las provincias, o sin él, hasta su reunión, si está en receso;	5. Nombra los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado.

6. Destituye a los empleados de su creación, por justos motivos, con acuerdo del Senado;	
7. Concede indultos particulares, en la misma forma (con acuerdo del Senado).	6. Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.
8. Concede jubilaciones, retiros, licencias y goce de montepíos, conforme a las leyes generales de la Confederación;	7. Concede jubilaciones, retiros, licencias y goces de montepíos, conforme a las leyes de la Confederación.
9. Presenta para los arzobispados, obispados, dignidades y prebendas de las iglesias catedrales, a propuesta en terna del Senado;	8. Ejerce los derechos del patronato nacional en la presentación de obispos para las iglesias catedrales, a propuesta en terna del Senado.
10. Ejerce los derechos del patronato nacional respecto de las iglesias, beneficios y personas eclesiásticas del Estado;	
11. Concede el pase o retiene los decretos de los concilios, las bulas, breves y rescriptos del Pontífice de Roma, con acuerdo del Senado, requiriéndose una ley, cuando contienen disposiciones generales y permanentes;	9. Concede el pase o retiene los decretos de los concilios, las bulas, breves y rescriptos del Sumo Pontífice de Roma, con acuerdo de la Suprema Corte; requiriéndose una ley cuando contienen disposiciones generales y permanentes.
12. Nombra y remueve por sí los ministros del despacho, los oficiales de sus secretarías, los ministros diplomáticos, los agentes y cónsules destinados a países extranjeros;	10. Nombra y remueve a los ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, con acuerdo del Senado; y por sí solo nombra y remueve los ministros del despacho, los oficiales de sus secretarías, los agentes consulares, y los demás empleados de la administración cuyo nombramiento no está reglado de otra manera por esta Constitución.

13. Da cuenta periódicamente al congreso del Estado de la Confederación, prorroga sus sesiones ordinarias o lo convoca a sesiones extraordinarias cuando un grave interés de orden o de progreso lo requieren;	11. Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras en la sala del Senado, dando cuenta en esta ocasión al Congreso del estado de la Confederación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes.
14. Le recuerda anualmente en sus memorias el estado de las reformas prometidas por la Constitución en el Capítulo de las garantías públicas de progreso, y tiene a su cargo especial el deber de proponerlas.	
<i>En el ramo de hacienda:</i>	
15. Es atribución del presidente hacer recaudar las rentas de la Confederación, y decretar su inversión con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales.	13. Hace recaudar las rentas de la Confederación, y decreta su inversión con arreglo a la ley o presupuestos de gastos nacionales.
<i>En el ramo de relaciones extranjeras:</i>	
16. El presidente concluye y firma tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza y de neutralidad, concordatos y otras negociaciones requeridas por el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules;	14. Concluye y firma tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites y de neutralidad, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.
17. Inicia y promueve los tratados con arreglo a lo prescrito por el artículo 35 de la Constitución, y sobre las bases del derecho público deferido a los extranjeros en el Capítulo III.	
<i>En asuntos de guerra:</i>	
18. Es comandante en jefe de las fuerzas de mar y tierra de la confederación;	15. Es comandante en jefe de todas las fuerzas de mar y tierra de la Confederación.
19. Provee los empleos militares de la Confederación: Con acuerdo del Senado de las provincias en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores del ejército y armada; y por sí solo en el campo de batalla;	16. Provee los empleos militares de la Confederación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos, o grados de oficiales superiores del ejército y armada; y por sí solo en el campo de batalla.

20. Dispone de las fuerzas militares, marítimas y terrestres, corre con su organización y distribución según las necesidades del Estado;	17. Dispone de las fuerzas militares, marítimas y terrestres, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Confederación.
21. Declara la guerra con aprobación del Congreso, concede patentes de corso y cartas de represalia;	18. Declara la guerra y concede patentes de corso, y cartas de represalias con autorización y aprobación del Congreso.
22. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Confederación en caso de ataque exterior, por un término limitado y con acuerdo del Senado de las provincias. En caso de conmoción interior solo tiene esa facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones previstas por el artículo 28 de la Constitución.	19. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Confederación, en caso de ataque exterior, y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el artículo 23.
Artículo 86 - El presidente es responsable y puede ser acusado en el año siguiente al período de su mando por todos los actos de su gobierno en que haya infringido intencionalmente la Constitución o comprometido el progreso del país, retardando el aumento de la población, omitiendo la construcción de vías, embarazando la libertad de comercio, o exponiendo la tranquilidad del Estado. La ley regla el procedimiento de estos juicios.	

De los ministros del Poder Ejecutivo	Capítulo IV. De los Ministros del Poder Ejecutivo
Artículo 87 - Puede ser nombrado ministro el ciudadano que reúne las calidades requeridas para ser diputado de la Confederación.	Artículo 88 - No pueden ser senadores ni diputados sin hacer dimisión de sus empleos de ministros.
Artículo 88 - El ministro refrenda y legaliza los actos del presidente por medio de su firma sin cuyo requisito carecen de eficacia; pero no ejerce autoridad por sí solo.	Artículo 84 - Cinco ministros secretarios, a saber: Del Interior, de Relaciones Exteriores, de Hacienda, de Justicia, Culto e Instrucción Pública, y de Guerra y Marina, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Confederación, y refrendarán y legalizarán los actos del Presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.
Artículo 89 - El ministro es responsable de los actos que legaliza, y solidariamente de los que acuerda con sus colegas.	Artículo 85 - Cada ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas.
Artículo 90 - Una ley determina el número de ministros del gobierno de la Confederación, y señala los ramos de su despacho respectivo.	Artículo 84 - ...Una ley deslindará los ramos del respectivo despacho de los ministros.
Artículo 91 - Los ministros presentan anualmente al Congreso el presupuesto de gastos de la Confederación en sus departamentos respectivos, y la cuenta de la inversión dada a los fondos votados el año precedente.	Artículo 87 - Luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán los ministros del despacho presentarle una memoria detallada del estado de la Confederación en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos.

Artículo 92 - Los ministros pueden ser acusados como cómplices de los actos culpables del presidente, y como principales agentes, por los actos de su despacho en que hubiesen infringido la Constitución y las leyes, o comprometido el progreso de la población del país, la construcción de vías de transporte, la libertad de comercio y de navegación, la paz y la seguridad del Estado. Pueden serlo igualmente por los crímenes de traición y concusión y por haber cooperado a que queden sin ejecución las reformas de progreso prometidas y garantidas por la Constitución.	
Capítulo III Del Poder Judicial	Sección tercera. Del Poder Judicial Capítulo I. De su naturaleza y duración
Artículo 93 - El Poder Judicial de la Confederación es ejercido por una Corte Suprema y por tribunales inferiores creados por la Ley de la Confederación. En ningún caso el presidente de la República puede ejercer funciones judiciales, avocarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.	Artículo 91 - El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirá en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación.
Artículo 94 - Los jueces son inamovibles y reciben sueldo de la Confederación. Sólo pueden ser destituidos por sentencia.	Artículo 93 - Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Confederación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.

Artículo 95 - Son responsables de los actos de infidencia, corrupción o tiranía en el ejercicio de sus funciones, y pueden ser acusados.	
Artículo 96 - Las leyes determinan el modo de hacer efectiva esta responsabilidad, el número y calidades de los miembros de los tribunales federales, el valor de sus sueldos, el lugar de su establecimiento, la extensión de sus atribuciones y la manera de proceder en sus juicios.	
	Capítulo II. Atribuciones del Poder Judicial
Artículo 97 - Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales federales el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre los hechos regidos por la Constitución, por las leyes generales del Estado y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas pertenecientes a embajadores, o a otros agentes, ministros y cónsules de países extranjeros residentes en la Confederación, y de la Confederación residentes en países extranjeros; de las causas del almirantazgo o de la jurisdicción marítima.	Artículo 97 - Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Confederación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Confederación, y por los tratados con las naciones extranjeras; de los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los recursos de fuerza; de los asuntos en que la Confederación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; entre una provincia y sus propios vecinos; y entre una provincia y un Estado o ciudadano extranjero.
Artículo 98 - Conocen igualmente de las causas ocurridas entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; entre una provincia y sus propios vecinos; entre una provincia y un estado o un ciudadano extranjero.	

Sección segunda. Autoridades o Gobiernos de Provincia	Título segundo. Gobiernos de Provincia
Artículo 99 - Las provincias conservan todo el poder que no delegan expresamente a la Confederación.	Artículo 101 - Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal.
Artículo 100 - Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas.	Artículo 102 - Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas.
Artículo 101 - Eligen sus gobernadores sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del gobierno general.	Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.
Artículo 102 - Cada provincia hace su Constitución; pero no puede alterar en ella los principios fundamentales de la Constitución general del Estado.	Artículo 103 - Cada provincia dicta su propia Constitución, y antes de ponerla en ejercicio, la remite al Congreso para su examen, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.
Artículo 103 - A este fin el Congreso examina toda Constitución provincial antes de ponerse en ejecución.	
Artículo 104 - Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración, de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con aprobación del congreso general.	Artículo 104 - Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles, y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios.

Artículo 105 - Las provincias no ejercen el poder que delegan a la Confederación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; no pueden expedir leyes sobre comercio o navegación interior o exterior, que afecten a las otras provincias; ni establecer aduanas provinciales, ni contraer deudas gravando sus rentas o bienes públicos, sin acuerdo del Congreso federal; ni acuñar moneda; ni legislar sobre peajes, caminos y postas; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra, ni levantar ejércitos; nombrar ni recibir agentes extranjeros.	Artículo 105 - Las provincias no ejercen el poder delegado a la Confederación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso federal; ni dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación, dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros; ni admitir nuevas órdenes religiosas.
Artículo 106 - Ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el gobierno general debe sofocar y reprimir conforme a la ley.	Artículo 106 - Ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley.
Artículo 107 - Los gobernadores de provincia y los funcionarios que dependen de ellos son agentes naturales del gobierno general, para hacer cumplir la Constitución y las leyes generales de la Confederación.	Artículo 107 - Los gobernadores de provincias son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Confederación.

VI. Comentario final

Uno: Ambos textos tienen semejante arquitectura jurídica: un preámbulo y dos partes. La Primera Parte de *Bases 1852* (2ª) se titula “Principios, Derechos y Garantías Fundamentales”; la Primera Parte de la CF de 1853, “Declaraciones, Derechos y Garantías”. La Segunda Parte de *Bases 1852* (2ª) y de la CF de 1853 comparten el título: “Autoridades de la Confederación”; también comparten el criterio de fragmentación o división interna, porque para normar el Derecho constitucional del poder, Alberdi lo hizo en dos fragmentos: “Autoridades generales” y “Gobiernos de provincia”, respectivamente (“secciones”, en la nomenclatura alberdiana); y la CF de 1853: “Gobierno Federal” y “Gobiernos de Provincia”, respectivamente (“títulos” en la nomenclatura de los constituyentes). La semejanza se mantiene: los poderes constituidos llevan el mismo nombre. Idéntica circunstancia se repite en las nomenclaturas o identidades de cada una de las atribuciones de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y de los gobiernos de provincia.

Dos: Curiosamente, ambos textos tienen la misma cantidad de artículos: 107. No hay que ser condescendientes con esta identidad, porque un artículo constitucional puede contener una o más normas jurídicas. El texto de la CF de 1853 es un cuarenta por ciento más extenso que *Bases 1852* (2ª).

Tres: *Bases 1852* (2ª) llegó a la Argentina en la primavera de 1852, quizá unos días antes. La comisión de negocios constitucionales del SCGCCA fue nombrada el 24 de diciembre de 1852; el proyecto de CF de 1853 fue presentado el 18 de abril de 1853. Evidentemente, los constituyentes disfrutaron de la posibilidad empírica de conocer *Bases 1852* (2ª). (Nótese, por lo demás, los pocos días que tuvo el “debate constituyente”. La CF de 1853 fue sancionada el 1 de mayo).

Cuatro: Casi el noventa por ciento del texto proyectado por Alberdi en 1852 tiene semejanza o alguna semejanza conceptual con las reglas fijadas por el poder constituyente originario en 1853. Inteligentemente, se ha escrito: “...en cuanto a usted, ninguna gloria le será negada, Juan Bautista [Alberdi], pero tampoco ninguna desdicha”⁶⁶. El cotejo o comparación normativa no es un lugar común. No deseo enredarme, porque antes de ahora otros autores realizaron la comparación. La orientación aquí mantenida es original, en el sentido de que se ha compulsado cada una de las significaciones de cada texto, dejando de lado la sintaxis y

⁶⁶ V. Piglia, Ricardo, *Respiración artificial*, Buenos Aires, Anagrama, 2010, p. 71.

privilegiando la semántica.

Cinco: Cada texto constitucional se define para siempre en un instante. Un momento revelador de un verdadero suceso. El texto no elige cuándo ha de nacer. Que el texto se encuentre consigo mismo dependerá de su itinerario; específicamente, del proceso de su realización.

Seis: H. G. Wells “inventó” en 1896 una máquina del tiempo⁶⁷. Su gran descubrimiento –en la más imaginativa de las ficciones– fue permitir el movimiento en el tiempo: un viajero a través del tiempo. Queda en la ficción, en su idónea y mágica originalidad, porque el hombre no puede viajar en todas las direcciones del tiempo.

Siete: Las constituciones, elementos sumamente sofisticados, son o deberían ser una suerte de instrumentos que permitan a las generaciones el diálogo entre sí. Que contraten y recontraten sobre el pacto fundacional, en igualdad de condiciones, hombres igualmente libres. Porque toda generación tiene el derecho a deliberar y disponer, en tiempo siempre presente, su forma de organización jurídica, empezando por la constitucional.

La máquina simple es una de las primeras invenciones humanas. Permitió y permite a los hombres alcanzar y disfrutar todo aquello que, por y con su individual energía, no lograrían.

Las constituciones también son una invención y también son susceptibles de producir un poder organizacional superior al de cada ciudadano. Son importantísimas instituciones sociales⁶⁸.

Ocho: Las constituciones pueden ser entendidas, metafóricamente, como máquinas simples, porque son capaces de definir y organizar una fuerza ciudadana, con racionalidad y dirección.

Nueve: Naturalmente, las constituciones no son, en rigor, una máquina del tiempo. Aunque las generaciones presentes, al nacer, ya tenían organizadas sus instituciones. Fijadas allí determinadas idealidades, que muchísimas veces serán muy complejas de cambiar en el futuro. El presente lo pueden vivir con plenitud, ya sea para conservarlo o cambiarlo radical o progresivamente. Y el pasado para elogio o crítica cerrada, que se encontraba regulado.

Diez: Alberdi, con sus luces y sus defectos, sirve de guía. No hay dudas. Los argentinos no son descendientes, solamente, de la inmigración (“de los barcos”, como suele decirse). Tienen una herencia específica; en este caso las ideas de Alberdi para cultivar o desestimar, si se desea con beneficio de inventario; pero, en cualquier caso, para desmentir

⁶⁷ Wells, Herbert G., *La máquina del tiempo*, Buenos Aires, Centro Editor de Cultura.

⁶⁸ V. Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Buenos Aires, Paidós, 1992, p. 76.

rotundamente que se ha copiado, literalmente, la constitución de un país extranjero.

Hay originalidad en el proyecto de Alberdi, como la tuvo la Constitución de 1853 también a su modo en la recepción de aquél y en sus redacciones propias, pulcras y originales –Art. 19 de la CF de 1853, por ejemplo–, pese a los manifiestos defectos que ambos poseen en la dimensión de los derechos, en la concepción de la democracia y en la exclusión o afán conservador que fueron sus objetivos manifiestos.

Recuérdese, además, que Alberdi pensó un sistema de reglas jurídicas para una comunidad que apenas superaba el millón de personas. Alberdi no era ni fue un filósofo. Siguió postulados del romanticismo y, en muchísimo menor medida, del pensamiento ilustrado.

Hay ideas de Alberdi que resultan imposibles de compartir. Por ejemplo, sus pensamientos en torno a la necesidad de organizar un presidencialismo fuerte. O sus ideas en materia de derechos políticos, que limitaban el acceso al voto de la ciudadanía. O sus ideas económicas basadas en formas libertarias de capitalismo, que 160 años después han devenido o degenerado en una nueva forma de explotación salvaje del hombre por el hombre. O sus ideas relativas a la mujer en su individualidad y en la comunidad. O sus ideas relacionadas con la civilización, que quedaba identificada con la ganancia, antes que con el bienestar y el no dañar al otro. El no dañar al otro es uno de los blancos principales para criticar concienzudamente a Alberdi. ¿Cómo resolvía la vida de los indios y criollos? ¿Por simbiosis al extranjero? ¿Por desnaturalización de su cultura? ¿Serían sepultados por la inmigración?

Imposible compartir las ideas de Alberdi sobre derecho de propiedad: no resolvían la manifiesta desigualdad, heredada en gran parte del sistema colonial.

Las ideas alberdianas, en relación con la organización de los poderes constituidos, son bien modestas. No se puede compartir que gobernase una élite. Alberdi fue un conservador porque aspiró a que se mantuviesen casi intactas las garantías pre-políticas de existencia: vida, libertad y propiedad. Para ser presidente, senador o diputado, el aspirante debía gozar de una renta anual importante. Pienso, además, que su concepción del proceso político contenía rasgos oligárquicos (dinero) y aristocráticos (saber) casi por igual. Eso sí: olvidó proyectar los recaudos para ser juez. No obstante, el modelo de Alberdi fue significativamente compatible con los modelos existentes en el tiempo que fue pensado y escrito. La comunidad estatal de Alberdi se edificaba de arriba hacia abajo. La voluntad del

ciudadano y sus propias ideas de soberanía personal no fueron objeto de privilegio.

Las ideas alberdianas, en relación con los derechos fundamentales, son pulcras, escuetas, pero abiertas. Imaginó extensamente los derechos civiles para todos aquellos que podían titularizar derechos civiles. Imaginó los derechos políticos no para todos los que podían ejercerlos. Pese a ello, el modelo es francamente superior a muchos existentes en su tiempo. Nótese que no fue él quien redactó el artículo 19 de la CF, viga fundamental en el diseño constitucional de 1853.

Un arquitecto nunca hace solo un edificio. Ni podría. Intervienen decenas, cientos de personas, entre su concepción y la producción final. Del mismo modo, la organización constitucional de un Estado jamás puede depender o hacer que ensillen en una sola persona, más allá de sus infinitas cualidades morales o técnicas o científicas. Conceptualmente, además, las constituciones son producto de asambleas que ejercen el poder constituyente. Suma de individualidades, sí; nunca individuos, separados o solos. Porque el constitucionalismo es sinónimo de pluralismo.

¿Alberdi tomó ideas de otros modelos normativos? Sin dudas. Es indisputable, por simple cotejo: Massachusetts, 1780; EE.UU., 1787⁶⁹; California, 1849, por citar sólo algunos ejemplos. No ahuyentar del recorrido a los proyectos de 1819 y 1826. Es verdad: cada uno de los 107 artículos del proyecto alberdiano pueden ser diseccionados, separados, individualizados y pesquisados... y así establecer cuál ha sido la fuente de cada uno de ellos, en otros documentos. ¿Esta circunstancia elimina o devalúa su originalidad? No. Porque el suyo fue un plan total. Fue él, y no otro ni otros, quien las maquetó, en globo, por primera vez.

¿O es que acaso en algún tiempo desconocido existió un primer y único legislador?

Las ideas capitales de Alberdi, concretamente las normativas escritas en *Bases 1852* (2ª), fueron las de un arquitecto. En el tiempo, *Bases 1852* (2ª) es, indirectamente, una fuente inobjetable de la CF de 1853.

Podría decirse que Alberdi fue el arquitecto de la máquina del tiempo.

⁶⁹ Hago una pequeña incisión en el objeto aquí planteado, según se esboza en la sección I: *Bases 1852* (2ª). Alberdi, en sus *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, escribió sin solemnidades, característica habitual en su prosa: "Para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos". V. Alberdi, Juan Bautista, *Obras completas*, t. 5, Buenos Aires, La Tribunal Nacional, 1886, p. 148.

Arturo Enrique Sampay (1911-1977)

Se recibió de abogado en 1932 en la Universidad Nacional de La Plata, donde también fue docente. Realizó estudios de posgrado en Europa. Autor intelectual de la Reforma de la Constitución Federal de 1949: fue convencional constituyente y miembro informante y a su pensamiento se debe el determinante artículo 40 sobre la organización de la riqueza y la explotación para el bienestar del pueblo argentino. Profesor de Derecho Constitucional en la UBA. Autor de numerosos ensayos, artículos y notas sobre Derecho Constitucional, Teoría del Estado y Filosofía. Probablemente una de sus obras más caracterizadas sea su *Introducción a la Teoría del Estado*, publicada originalmente en 1951. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Peter Häberle

Doctor en Derecho por la Universidad de Friburgo. Catedrático en las Universidades de Friburgo, Mannheim, Marburgo y Bochum. Catedrático de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (Alemania), donde ejerce actualmente sus tareas docentes e investigadoras. Publicó más de 50 libros sobre Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Filosofía del Derecho y temas afines y cerca de mil artículos, ensayos y notas en libros colectivos, revistas y periódicos de Alemania y del extranjero. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires y Miembro del Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Abogado (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral). Profesor Emérito de la UBA. Convencional Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires. Desde 2003 es juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ha sido distinguido con más de 20 doctorados *honoris causa* en diversas universidades nacionales y extranjeras. Director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Autor de una veintena de libros y más de 200 artículos sobre derecho penal, criminología, derecho constitucional, filosofía jurídica y política, publicados en la Argentina, Latinoamérica y Europa. Su última obra se titula *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar* y fue publicada en 2011 por Editorial Ediar.

Raúl Gustavo Ferreyra

Abogado y Doctor en Derecho (Facultad de Derecho-UBA). Subdirector del Departamento de Derecho Público I, Profesor Titular de Derecho Constitucional y Profesor del Doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA. Investigador del Instituto de Investigaciones “Ambrosio Lucas Gioja” de la Facultad de Derecho de la UBA. Publicó 6 libros (el último se titula *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007) y más de cincuenta artículos sobre Derecho Constitucional en diversas publicaciones argentinas, latinoamericanas y europeas. Conferencista, disertante y panelista. Abogado con ejercicio ininterrumpido ante los tribunales de la República Argentina desde 1984. Desde 1999 es Consultor de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires