

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	1179
Convención sobre los Derechos del Niño	1193
Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 25.043)	1214
Resoluciones aprobadas por la Asamblea General sin remisión previa a una comisión principal	1214
50/155 Cooperación de los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño	1214
Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Aprobada por la XXIV Asamblea General de la Organización de Estados Americanos)	1217
Jerarquía constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	1223
Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad	1225
Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Aprobación.	1228
Otorgamiento de jerarquía constitucional a la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad aprobada por ley 24.584.	1229
Bibliografía	1231
Jurisprudencia	1269
A) FALLOS DE LA CSJN	1269
1) Por nombre de los autos	1269
2) Por la colección de Fallos de la CSJN	1286
B) FALLOS DE OTROS TRIBUNALES	1296
C) FALLOS EXTRANJEROS	1302
D) OPINIONES CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS .	1304

PREÁMBULO

Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, 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 Nación Argentina.

Concordancias: Arts. 2º; 4º; 19; 20; 21; 33; 37; 45; 129; C.N y art. 22, ap. 6 a 8, CADH.

I. CONCEPTO Y CONTENIDO

El Preámbulo de la Constitución Nacional es una declaración formal y solemne que motiva y otorga fundamento a la Ley Suprema. En tal sentido, en la República Argentina, constituye expresión del *estado de derecho* en tanto da razón de su origen y fines y liga a los que ejercen y a los destinatarios del poder con igual fuerza normativa.

El contenido del Preámbulo indica el titular del poder constituyente; señala la continuidad histórica y política que da nacimiento al Estado Argentino; enuncia los objetivos de la Constitución, manifestando sus valores esenciales y su filiación iusnaturalista; establece el destino, amplio y generoso de la Ley Suprema; formula una peculiar invocación a Dios y dispone la plena juridicidad del texto constitucional.

2. SUJETO DEL PODER CONSTITUYENTE

En el Preámbulo se mencionan tres sujetos de los que emana poder constituyente y que tienen un significativo lugar en la construcción histórica e ideológica del poder en la República Argentina.

En primer lugar, en el Preámbulo se expresa la declaración, en primera persona del plural, de los representantes del *pueblo*, depositario y fuente de legitimación democrática del poder. El mismo principio fundamenta el reconocimiento de los derechos implícitos que surgen de la *soberanía del pueblo*

(art. 33). Concepción que prevaleció en la reforma constitucional de 1994, pues en el nuevo art. 37 se garantizan los derechos políticos conforme al principio de *soberanía popular*.

No obstante, el término pueblo posee otras significaciones constitucionales —las únicas aceptables, según *Bidart Campos*— de *población y cuerpo electoral* (1). En efecto, la Constitución Nacional se refiere a la población como el conjunto de las personas que conforman la sociedad, en el art. 4º —norma, ésta, que establece los recursos del Estado Federal— y, como cuerpo electoral, en el art. 45, disposición que establece la integración de la Cámara de Diputados con representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias. De todos modos, en el Preámbulo y en la Constitución, el término pueblo se cubre de significación política, ligado a la democracia del modo en que la tomó de su modelo norteamericano (2) y al liberalismo francés, tan unido a la idea de nación. Este último criterio no fue abandonado del todo por los constituyentes de 1994, pues, por ejemplo, según dispone el art. 40, la consulta popular establecida requiere el voto afirmativo del *pueblo* de la Nación y, en el art. 129, al declararse la autonomía de la ciudad de Buenos Aires se prescribe que su jefe de gobierno será elegido directamente por el *pueblo* de la ciudad.

En segundo lugar, el pueblo mentado en el Preámbulo lo es de la *Nación Argentina*. Sin duda, en el texto de la Constitución, la palabra nación es empleada como sinónimo de Estado, de organización jurídica de la sociedad. En el art. 1º, sobre la forma de gobierno, la identificación es clara. En el art. 4º, en cambio, la Nación indica al Estado Federal, para diferenciarla de los estados locales. En fin, en los arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 26, 31 de la Constitución histórica de 1853/60 (3) y en el 41 de la Constitución, introducido por la reforma de 1994, el vocablo nación se emplea en uno u otro de los sentidos indicados.

(1) Conf. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1979, pág. 95.

(2) Como es sabido, el Preámbulo de la Constitución Argentina tiene notables semejanzas con el Preámbulo de la Constitución norteamericana. Por ello, resulta significativo reparar en lo sostenido por uno de los Presidentes de la Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, Taney, en el caso *Dred Scott vs. Stanford* (1857) "Las palabras 'pueblo de los Estados Unidos' y 'ciudadanos' son sinónimas... En los dos casos se describe al cuerpo político que, de acuerdo con nuestras instituciones republicanas, forma la soberanía y que ejerce el poder y dirige el gobierno a través de sus representantes. Son lo que familiarmente denominamos pueblo 'soberano' y cada ciudadano es miembro de ese pueblo, y miembro constituyente de esa soberanía". Citado —al comentar el Preámbulo de la Constitución— por CORWIN, EDWARD S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Editorial Fraterna. Traducción de Anibal Leal. Buenos Aires, 1987, pág. 20.

(3) El uso de la expresión "Constitución histórica de 1853/60" ha recibido la crítica de un estudioso de la historia constitucional argentina, quien ha calificado aquella designación de "sincretismo conceptual" por carencia, en los patrocinadores de aquella expresión, de "bases doctrinarias firmes y sólidas". Conf. DÍAZ RICCI, SERGIO —*Sesquicentenario de la Constitución*— El Derecho. Serie Especial. Constitucional. Buenos Aires, 6 de octubre de 2003. Nota 3, pág. 11.

Coincido con el profesor DÍAZ RICCI acerca de que la Constitución histórica fue sancionada en 1853, en la ciudad de Santa Fe. Ese proceso constituyente, desde la perspectiva jurídica concluyó en esa ocasión. Pero el proceso político permaneció abierto, por la ausencia de la

Desde luego, la reiterada apelación al término nación en el texto constitucional no es jurídicamente afortunada. Pero indica una tradición histórica y la filiación política del país, reunida en la Constitución *Nacional*, la *ley que une a todos*, pese a la diversidad, en una sociedad plural. Con ese significado, ajeno a los nacionalismos de peor cuño (4), cobra especial relevancia lo sostenido por el Procurador General ante la Corte Suprema, acerca de que "... la *Nación Argentina* —en cuanto integrado conjunto humano— está entrañable e inseparablemente unida, por mandato de su historia, a la *República Argentina* —en cuanto estilo de vida— con sus propios valores, simbolizados por la Constitución Nacional y los derechos por ella protegidos" (5).

En tercer lugar, el Preámbulo se refiere a las *provincias* que componen la Nación. He ahí, nuevamente, una identificación de nación con Estado Federal. No obstante, cobra importancia la mención de las provincias —de la preexistencia histórica (6) y jurídica de ellas— y de los pactos preexistentes por aquellas celebrados (7), a la hora de resolver uno de los problemas interpretativos del art. 30 sobre reforma constitucional. En efecto, aun cuando las provincias no ejercieron directamente el poder constituyente, pues otorgaron mandato para que el pueblo de la Nación lo desempeñara, esa *procuración originaria* no debe diluirse cuando se computen los dos tercios del Congreso, requeridos para declarar necesaria una reforma constitucional: el cómputo debe realizarse en ambas Cámaras por separado, también por disposición del Preámbulo de la Constitución.

esa provincia se incorporó al Estado Federal pudo revisar en su totalidad el texto de 1853 e imponer las reformas que propició. Reconocer esa realidad política no significa restar mérito a la labor de los constituyentes de 1853, sino examinar ese proceso histórico desde el objetivo de constituir la unión nacional, proclamada por el Preámbulo de la Constitución, objetivo que, hasta 1860, no se había obtenido.

(4) En la lúcida indagación acerca de los nacionalismos, CARLOS FLORIA, señala la influencia de los nacionalismos en las crisis argentinas, en especial del nacionalismo antiliberal, fuertemente antidemocrático. Conf. FLORIA, CARLOS, *Pasiones nacionalistas*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1998, pág. 63. Diría que ese nacionalismo, y el concepto de nación que subyace en él, constituyen la contrafigura de la nación perfilada en el Preámbulo y en los valores de la Constitución histórica de 1853/60.

Como espejo deformado de esta nación liberal y democrática, algunas experiencias institucionales, en la República Argentina, focalizaron en la uniformidad cultural el sentido nacional.

(5) Dictamen del Procurador General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, MARIO JUSTO LÓPEZ, en "*Carrizo Coito, Sergio c. Dirección Nacional de Migraciones*", *Fallos* 302:604. En el caso se trataba de la expulsión del país ordenada contra un ciudadano uruguayo, habitante de la República Argentina, por imputársele peligrosidad para la tranquilidad del Estado en razón de su pertenencia a la secta Testigos de Jehová. La Corte Suprema, siguiendo el dictamen del Procurador, consideró irrazonable la expulsión y la dejó sin efecto.

(6) Conf. ZARINI, HELIO JUAN, *Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, 2ª ed., actualizada y comentada, Buenos Aires, 1999, pág. 47. El Preámbulo indica la preexistencia de las provincias y la voluntad de ellas de conformar el Estado Nacional.

(7) Entre los pactos preexistentes, es relevante el Acuerdo de San Nicolás. En realidad, con la firma de este pacto nació el Estado Federal argentino, desde que en él las provincias no se reservaron la atribución de aprobar o desaprobar la Constitución que el Congreso General sancionase en definitiva. Sin duda pesaba en el ánimo de los firmantes del Acuerdo de San Nicolás los fracasos constitucionales de 1819 y 1826. En cambio, no considero que deba incluirse entre los *pactos preexistentes* al denominado *Pacto de Olivos* —que dio origen

3. OBJETIVOS

Los objetivos del Preámbulo denotan, en primer lugar, una voluntad política —constituir la unión nacional— en torno a los valores, principios y normas constitucionales. Lejos, pues, de la uniformidad en el pensamiento o la unanimidad en la toma de decisiones (8). La Constitución misma, ya antes de la reforma constitucional de 1994 que acentuó esas notas, es expresión de la libertad más alta al consagrar, en el art. 19, un área de reserva personal ajena a la intromisión estatal.

Los restantes objetivos constituyen un programa valorativo, cuya realización depende del cumplimiento de la Constitución Nacional, desarrollando sus principios. Los objetivos enunciados son de carácter general y su alcance se establece tanto por el contenido que las políticas públicas definidas por el Congreso le asignen, cuanto por la interpretación judicial, en especial de la Corte Suprema, en los casos concretos que se le sometan. Todos ellos resumen el ideal axiológico de los constituyentes y permiten la concreción situada, en el tiempo y en el espacio, de esos valores propios del derecho natural. En particular, el objetivo de *afianzar la justicia*, interpretado y aplicado por la Corte Suprema en los casos particulares denotó esa raíz iusnaturalista y sirvió, también, para otorgar valor operativo al Preámbulo.

Pero, como es sabido, no hay una sino varias corrientes iusnaturalistas. Lo que todas esas líneas de pensamiento tienen en común es que reconocen un principio de justicia anterior al Estado, que éste está obligado a respetar. Entre las principales nociones sobre derecho natural cabe destacar la *realista*, originada en el pensamiento de *Aristóteles* y desarrollada por *Tomás de Aquino* —quien la ligó a la teología cristiana— y la *racionalista*, propia del liberalismo francés (9). Existe discrepancia en la doctrina argentina acerca de cuál de ellas hizo suya la Constitución Nacional y, en especial, el Preámbulo de la Ley Suprema (10). En mi opinión, en la Constitución argentina se cruzaron ambas líneas ideológicas, fruto de las diversas concepciones de los convencionales constituyentes, pero, en el Preámbulo, prevaleció la liberal teísta (11) como se advierte en el tipo de invocación a Dios que se formula.

(8) Aunque, debe decirse, no siempre en la historia institucional argentina el sentido de unidad nacional fue entendido de ese modo. Las luchas civiles, primero, y, más tarde, la intención de prevalecer por sobre el adversario político —convertido en enemigo— concluyó bien entrada la década de 1980. La alternancia aceptada en el poder constituye un fenómeno reciente en la República Argentina, sin embargo no del todo consolidada, si nos atenemos a las dificultades del partido radical para que los presidentes postulados por esa agrupación concluyan el período de sus mandatos, tales los casos de los presidentes Alfonsín y de la Rúa.

(9) He examinado la cuestión en MILLER, JONATHAN - GELLI, MARÍA ANGÉLICA - CAYOSO, SUSANA, *Constitución y Derechos Humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991, t. I, pág. 2, con cita de MASSINI CORREAS, *Iusnaturalismo y derechos humanos*, E.D., 124-753: *Los derechos humanos en cuestión*, E.D., 106-949.

(10) Una exhaustiva enunciación de las interpretaciones doctrinarias acerca de la raíz ideológica del Preámbulo de la Constitución Argentina puede verse en SEISDEDOS, FELIPE, *El Preámbulo*, E.D., 91-913, en especial págs. 918 y 925.

(11) Y se dejó de lado la confesional.

4. SIGNIFICADO DE LA INVOCACIÓN DE DIOS

En la invocación a Dios está presente la concepción teísta —ni atea, ni neutra (12), tampoco confesional (13)— aunque los constituyentes tuvieron, en lo personal, una creencia religiosa. Es la fe en un Dios, único, personal y providencial, *fuerza de toda razón y justicia* el que se invoca al momento de dictar la ley de leyes y que se convierte, así, en fundamento del orden legal pero sin sujeción a ninguna iglesia en particular. Así pues, la Constitución no es indiferente a lo religioso —en su significado de religión del mundo con Dios— ni agnóstica, pues no suspende el juicio acerca de si Dios existe o no existe, ya que afirma todo lo contrario, aunque, desde luego, ello no implica menosprecio para ninguna ideología religiosa o filosófica desde que los arts. 14 y 19 reconocen la libertad de culto y la libertad de conciencia, respectivamente (14).

5. DESTINATARIOS

El Preámbulo proclama los objetivos de la Constitución Nacional para beneficio de la generación constituyente, para su posteridad y *para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*. Esta frase sintetiza tanto la generosidad de los propósitos como la idea de *contrato social abierto*, al que podían unirse quienes lo desearan. Toda una novedad para la época, que favoreció las políticas inmigratorias y —pasadas las décadas— el progreso de la diversidad social en la República Argentina.

No obstante, esa invitación no genera derechos subjetivos absolutos para los extranjeros que quieran aceptarla. El Estado argentino puede limitar sus políticas inmigratorias, conforme a las leyes *razonables* que reglamenten su ejercicio. Tal lo decidido por la Corte Suprema en "*Scheimberg (los deportados en el "Transporte Chaco" de la Armada Nacional)*" (15). Ello es consistente con lo dispuesto en la primera frase del art. 14, en tanto se declaran derechos de los habitantes, conforme a las leyes que los reglamentan y sería absurdo sostener que los extranjeros que aún no son habitantes tienen más derechos que éstos.

(12) Conf. BIDART CAMPOS, GERMÁN, ob. citada, pág. 37.

(13) En contra, disidencia en "*Correa*" (1893) *Fallos* 53:188. En el caso, la minoría sostuvo que ... "según se desprende de las cláusulas dispositivas que siguen al Preámbulo (que el Dios invocado) no es sino el Dios único que veneran los católicos". Ver examen de esta sentencia en el análisis del art. 2º, C.N.

(14) Al analizar el Preámbulo, QUIROGA LAVIÉ sostiene la opción del agnosticismo. Conf. QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*. Zavalía Editor, Buenos Aires, 1996, pág. 11. Por el contrario, estimo que la opción —válida constitucionalmente— deriva de un derecho reconocido, pero que en el Preámbulo se declara, sostiene e invoca la existencia de Dios, fuerza de toda razón y justicia. Es decir que, al igual que lo afirmara la minoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos (Conf. "*Engel vs. Vitale*" 370 US 421-1962), nuestro país reconoce una amplísima libertad religiosa y de conciencia, pero proclama la existencia de Dios.

(15) *Fallos* 164:344 (1932).

La invitación del Preámbulo proporciona mayor amplitud, si cabe, a lo preceptuado por los arts. 20 y 21 de la Constitución Nacional en tanto estas disposiciones reconocen, respectivamente, expresos derechos a los extranjeros y, a los que obtienen la ciudadanía, los exime de cumplir con las obligaciones militares (16).

Así, al interpretar el alcance de las obligaciones que el Estado argentino asume para con los extranjeros que han ingresado legalmente al país, esta parte del Preámbulo exige un mayor *control de razonabilidad* de los requisitos que, eventualmente, se impongan a aquéllos (17).

En otros términos, los beneficios de la libertad constitucional se garantizan a todos los extranjeros que quieran habitar el suelo argentino y sean *aceptados* en esa calidad por el Estado, de acuerdo a las políticas razonables que establezca el Congreso de la Nación y a las prioridades, circunstancias y posibilidades concretas de dar respuesta a las demandas sociales que las inmigraciones suscitan. En consecuencia, la apertura a la inmigración debe ser compatible con los términos amplios del Preámbulo, con las garantías de los derechos humanos —clausurando el tráfico de personas, a que en ocasiones aquélla da lugar— y con el caudal de riqueza y desarrollo con el que cuenta, en cada etapa, el país.

6. VALOR JURÍDICO DEL PREÁMBULO

Es la cuestión más controvertida y sustancial respecto al Preámbulo y está unida a un interrogante anterior acerca de si, aquél, integra, forma parte, de la Constitución.

Desde una perspectiva normativista el Preámbulo parece no constituir, en sí mismo, una disposición jurídica dado que carecería de sanción. Así se le ha negado hasta el ser parte de la Constitución y constituir sólo una guía acotada de interpretación (18). Sin embargo, respecto al Preámbulo, debe tenerse en cuenta que en su parte final contiene una disposición expresa: "*ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución*". La frase indica el valor jurídico del Preámbulo y de la Constitución, ésta también con fuerza normativa (19).

(16) Conf. "*Gorza, Yaki G.D.*", C.Nac.Ap. en lo Federal Cont.Ad. de la Capital Federal, sala 4 (1981), ED, 97-311.

(17) En una interesante disidencia, cuando aún la jurisprudencia no acogía plenamente la libertad de los padres de elegir el nombre de sus hijos, el juez VERNENGO PRACK sostuvo que: "El generoso principio del Preámbulo y el art. 20 de la Constitución Nacional, acogen casi en forma privilegiada al extranjero, a quien si no le imponen que conozca el idioma nacional, no pueden imponerle éste para nombrar la entrañable persona de sus hijos". Conf. "*Federico, Osvaldo L. c. Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas*", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala B (1983), La Ley, 1984-A, 277.

(18) También sobre el punto ver SEISDEDOS, FELIPE, ob. citada, págs. 913/14, quien señala y critica, con acierto, esa doctrina.

(19) BIDART CAMPOS examina el valor de la Constitución como norma con plena obligatoriedad y operatividad para sus destinatarios, en especial para los poderes públicos. Ver

Por otro lado, el derecho judicial —también derecho positivo— ha evolucionado desde el reconocimiento del valor interpretativo —en ocasiones limitado— de sus cláusulas (20) hasta la aceptación de su valor legal, otorgando a sus objetivos —en especial el de *afianzar la justicia*— plena operatividad.

En mi opinión, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha expandido los derechos constitucionales, o reconocido otros, mediante la aplicación situada del principio de justicia, en sus tres variantes clásicas de justicia conmutativa, distributiva y social.

Según se ha sostenido, diversas tradiciones acerca de la *equidad* anidan en sentencias de la Corte Suprema para la resolución de *casos difíciles*. *Rabbi-Baldi Cabanillas* ha identificado cuatro: a) la desarrollada por la filosofía griega, en especial por Aristóteles, en la que la equidad *completa y corrige* lo que el legislador no pudo prever, "por la propia naturaleza de las cosas", diría por la singularidad y peculiaridad que pueden presentar aquellos casos difíciles; b) la propia de la tradición romana clásica, en la que el derecho se identifica con la justicia, en términos que recoge Aquino, *la misma cosa justa*. En esta tradición, los jueces disciernen, en los casos concretos, el derecho que no puede ser sino justo; c) la equidad romana en la tradición que desarrolla el cristianismo aportando la piedad y la benignidad corrigiendo, para asegurar estas virtudes, no ya la ley, sino el derecho mismo impregnado de la moral judeo-cristiana; y c) la equidad en el control de constitucionalidad de las leyes. En otros términos —y en lo que constituye un análisis poco frecuente y muy interesante de la cuestión— *Rabbi-Baldi Cabanillas* incluye el control de constitucionalidad dentro de los "juicios de equidad" (21)

Al mismo tiempo, los Tribunales han intensificado las obligaciones del Estado en el logro del bienestar general —interpretándolo como parte de la justicia social— a fin de que todos y cada uno de los miembros de la comunidad participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. En ese sentido, se ordenó al Estado el cumplimiento del compromiso que él mismo había asumido —a través del Ministerio de Salud y Acción Social— de

dos imperativamente por todas y cada una de sus normas. El profesor argentino lo hace en una obra cuyo título constituye toda una definición. Conf. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *La fuerza normativa de la Constitución*, Ed. Ediar, Buenos Aires 1995. El mismo autor señala, como una de sus fuentes, el libro clásico de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

(20) En un caso de deportación de extranjeros, la Corte Suprema sostuvo que el valor del Preámbulo como elemento de interpretación no debe ser exagerado —a propósito de la invitación a todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino— y que ésta debía armonizarse con los restantes objetivos del Preámbulo. Conf. "*Scheimberg (Los deportados del Transporte Chaco de la Armada Nacional)*", Fallos 164:344 (1932). Consid. 8.

(21) Conf. RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, *Actualidad de la jurisprudencia "de equidad" en la Corte Suprema de Justicia*, La Ley, 1999-F, 1148. El autor examina varias sentencias de la Corte Suprema en las que lucen, a su juicio, las tradiciones que ha reseñado.

Acerca del control de constitucionalidad ver análisis del art. 31 de la Constitución Nacio-

...la vacuna contra la fiebre hemorrágica, en el entendimiento de que había probado la eficacia del medicamento contra la mencionada enfermedad (22).

7. JURISPRUDENCIA

La Corte Suprema reconoció un derecho constitucional de los acreedores a recibir la equivalencia de la contraprestación, al admitir la actualización monetaria de la indemnización por despido ilegítimo en el empleo público. El Tribunal sostuvo que en situaciones regidas por los principios de la *justicia conmutativa* ha de estarse a la igualdad estricta de las prestaciones recíprocas conforme a las circunstancias del caso (pues) *el principio de afianzar la justicia (del) Preámbulo* exige la referida equivalencia (23). En idéntico sentido, aunque sin mencionar el Preámbulo pero haciendo mérito de la justicia conmutativa, la Corte Suprema reconoció la actualización monetaria por mora culpable en el pago de alquileres en "*Vieytes de Fernández c. Provincia de Buenos Aires*" (24).

El valor normativo del Preámbulo y la obligación de todos los poderes del Estado de cumplir con sus objetivos —en el caso, afianzar la justicia— fue reconocido por la Corte Suprema en una acción directa por desaparición de personas. El Tribunal, que claramente no tenía competencia en el caso, proclamó en "*Pérez de Smith, Ana M. y otros s/pedido*", sus poderes implícitos para salvaguardar la *administración de justicia* y, a la vez, *afianzar la justicia*. En consecuencia, la Corte Suprema decidió oficiar al Poder Ejecutivo a fin de que urgiera las medidas adecuadas para que el Poder Judicial cumpliera con aquel objetivo preambular —y resguardara la libertad de las personas— sin por ello preterir los otros objetivos de unión nacional, paz interior y defensa común (25).

El carácter operativo del Preámbulo y la identidad entre el objetivo de *afianzar la justicia* y el *valor justicia* fue declarado expresamente en una causa

(22) Conf. "*Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social*", CNFed. Cont.Ad., Sala IV (1998), La Ley, 1998-F, 305. Debe advertirse que la Cámara *no* *sustituyó* el criterio de conveniencia u oportunidad de la autoridad administrativa para calibrar la pertinencia del medicamento, dado que ésta aparecía comprobada en autos. De ahí que el fallo no contradujo lo resuelto en el caso de la crotoxina "*C., M. del C. B. de c. Estado Nacional, Ministerio de Salud y Acción Social*", Fallos, 310:120 (1987). Ver nota 59 en el análisis del art. 1º, C.N.

(23) Conf. consid. 5 de "*Valdez, José R. c. Gobierno Nacional S/ reincorporación*", Fallos 295:937 (1976) La Ley 1976-D, 248. Énfasis agregado.

(24) "*Vieytes de Fernández c. Provincia de Buenos Aires*", Fallos 295:973 (1976), La Ley, 1976-D, 241.

(25) Conf. consid. 3 y 6 de "*Pérez de Smith, Ana M. y otros s/pedido*", Fallos 300:1282 (1978), La Ley, 1979-A, 430.

En el caso, se hizo mérito del bloqueo en que se hallaba la justicia para controlar las detenciones producidas durante el gobierno militar (1976-1983). Los hábeas corpus interpuestos fracasaban, pues las autoridades militares y las fuerzas de seguridad negaban la detención de las personas reclamadas. La tristemente célebre desaparición de personas tuvo, entonces, reconocimiento jurídico en la sentencia de la Corte Suprema.

—"*Saguir y Dib, Claudia G. s/autorización*"— en la que los padres de una menor de dieciocho años, hermana del paciente enfermo, solicitaban autorización judicial para que la primera donara un órgano al segundo. La ley entonces vigente autorizaba los trasplantes de donantes vivos mayores de dieciocho años, con determinado grado de parentesco. Al hacer lugar al pedido, la Corte Suprema también invocó los principios del derecho natural para reinterpretar las normas aplicables conforme a los efectos de la sentencia de los que no cabía desentenderse al Tribunal (26).

También del Preámbulo han emanado deberes de los poderes políticos. Así, en "*Barrionuevo, César C. y otro*", se ha reconocido que la atribución de declarar el estado de sitio deriva de la obligación de tutelar uno de los valores fundacionales del orden institucional, reflejado en las *pautas orientadoras del Preámbulo*, proveer a la paz interior y promover el bienestar general (27).

Del mismo modo, del propósito de afianzar la justicia incorporado al Preámbulo de la Constitución Nacional, se ha derivado el derecho al acceso gratuito e irrestricto a los tribunales judiciales, aunque ello no implique que —finalizado el proceso— quien resulte vencido deba pagar la tasa respectiva, entre otras cosas, para resarcir a la comunidad los gastos irrogados por quien litigó sin derecho (28).

(26) Conf. consid. 7 y 8 de "*Saguir y Dib, Claudia G. s/autorización*", Fallos 302:1284 (1980), La Ley, 1981-A, 397.

(27) Conf. "*Barrionuevo, César C. y otro*" CNCrim. y Correc. Sala V, junio 4 de 1989. La Cámara usó este argumento en un caso en el que admitió la constitucionalidad de una declaración de estado de sitio por decreto del Poder Ejecutivo —alegando urgencia— sin receso del Congreso. Ver análisis del art. 23, C.N.

(28) Conf. consid. 4 y 5 del voto en concurrencia del ministro VÁZQUEZ en "*Resolución 1404/2003*" C.S., 21-8-2003. La Ley, 2003-F, 16. En el caso, el Procurador del Tesoro de la Nación se había presentado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de que el Tribunal instrumentara el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien había condenado al Estado argentino en el caso "*Cantos*". El Tribunal, por mayoría, desestimó la intervención que se le solicitaba. Analicé brevemente la Resolución de la Corte Suprema en GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *La Supremacía de la Corte argentina y la jurisprudencia internacional*, La Ley, 2003-F, 1454.

CAPÍTULO PRIMERO

DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS

El capítulo primero de la primera parte de la Constitución Nacional distingue tres tipos de normas: las que contienen *declaraciones*, las que expresan *derechos* y las que disponen *garantías*. Todas ellas con igual valor jurídico.

Pueden definirse las *declaraciones* como las manifestaciones políticas, económicas, sociales, religiosas, culturales que configuran y perfilan la Nación argentina como entidad social (arts. 15 y 16); la forma de gobierno y Estado (arts. 1º, 5º, 6º y 22); los recursos económicos y financieros de éste (art. 4º); la relación con la Iglesia Católica (art. 2º); el establecimiento de la Capital del estado Federal (art. 3º); la importancia de la agricultura, la industria y las ciencias y las artes (art. 25).

Los *derechos* enunciados se identifican con las facultades de obrar, de no hacerlo y de exigir el proceder o la omisión del Estado y de terceros para lograr el disfrute de los derechos personales y sociales, reconocidos en sendas etapas de la historia constitucional argentina. La declaración de derechos emana de varias de las disposiciones de esta primera parte, tales como los arts. 14; 14 *bis* y 33.

Las *garantías* se conforman con una serie de instrumentos de protección de los derechos de las que derivan, también, otras facultades personales o colectivas (29) y se abren en varias direcciones.

En principio se declaran las protecciones específicas que aseguran la libertad personal en sentido amplio (art. 18). De ellas se han derivado dos garantías en sentido estricto: el *hábeas corpus*, regulado por ley y el *amparo*, en principio una creación jurisprudencial. Del mismo modo, el art. 17 enumera una serie de garantías de la propiedad, declarada como derecho en el art. 14.

En segundo término, de las declaraciones y derechos subjetivos pueden inferirse *garantías institucionales*, tales como las que conforman el estado de derecho. En esa línea deben anotarse, la *división de poderes* en sus tres modalidades: la clásica de la república entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial

(29) El segundo Capítulo de la primera parte de la Constitución Nacional incorporado en la reforma de 1994 consagra específicamente tres garantías en sentido estricto: el *hábeas corpus*; el *amparo* y el *hábeas data*. De esta última garantía la Corte Suprema derivó otros derechos constitucionales, como el derecho a la verdad sobre el destino de familiares desanunciados durante el último gobierno de facto (1976-1983). Ver análisis del art. 43, C.N.

1º); (30) la federal, entre el gobierno central y los gobiernos locales (arts. 1º y 5º) (31) y la constitucional, entre el poder constituyente originario, el poder reformador y los poderes constituidos (art. 30); (32) el *derecho a la jurisdicción* (art. 5º); el *principio de razonabilidad*, que debe presidir—con la motivación y la fundamentación— todo acto de poder (art. 28); el *principio de legalidad y limitación del poder* (arts. 19 y 29) y la *libertad de prensa* (arts. 14 y 32) garantía, ésta, del proceso democrático (33).

En suma, el primer capítulo de la primera parte de la Constitución Nacional, condensa la ideología y los valores propios de las democracias liberales en la formulación de 1853/60, cuando se sancionó la constitución histórica de la República Argentina (34).

Así pues, en el liberalismo personalista (35) por un lado, se consagraron con igual jerarquía los principios de igualdad (art. 16) y de autonomía personal al establecerse límites a la acción del Estado en los derechos a la privacidad y a la intimidad (art. 19). Esta última norma es de tal importancia que si sólo ella se hubiese sancionado, sería posible construir sobre la base de esa disposición una teoría de los derechos personales que respetara la libertad y dignidad humanas.

El art. 19 garantiza, a la vez, el principio de legalidad—lo que no está prohibido por ley está permitido— y el derecho a la privacidad, al reconocer un núcleo personal ajeno a la intervención de los órganos del Estado (36). Esa norma constituye el núcleo duro de la libertad en la República Argentina, pues asegura que no basta con el dictado de una ley legítimamente sancionada para cumplir con el mandato constitucional. Consagra, expresamente, un área de privacidad e intimidad reservada a la elección personal de los habitantes del país, ajena a las interferencias del poder.

El desarrollo doctrinario y jurisprudencial del art. 19 de la Constitución argentina amplió los horizontes de la libertad y del respeto a las *opciones* de las

(30) Después de 1994, el perfil del Ministerio Público establece, a mi modo de ver, un nuevo poder del Estado. Ver análisis del art. 120, C.N.

(31) La reforma de 1994 creó un nuevo ente local—la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, algo más que un municipio y menos que una provincia— y la autonomía municipal. Ver análisis de los arts. 123 y 129, C.N.

(32) El Preámbulo de la Constitución, identifica al poder constituyente originario. Ver su análisis.

(33) Esta libertad preferida opera—más allá de su calidad de derecho personal— como control del poder. Ver análisis del art. 14, C.N. sobre libertad expresiva.

(34) En 1853, la Provincia de Buenos Aires no había concurrido a la sanción de la Constitución Nacional, pues se había separado de la entonces Confederación. En 1860 se incorporaron las reformas propuestas por aquella Provincia y se selló la unión federal. Por esa circunstancia política, a la primera Constitución del Estado argentino se la suele denominar Constitución histórica y se la identifica con las dos fechas que cerraron el proceso de unificación e incorporación de las entonces catorce provincias. Sobre la crítica a esa denominación, ver nota 3.

(35) El liberalismo de la Constitución histórica de 1853/60 no es puro individualismo. Desde el Preámbulo y los objetivos allí declarados, hasta las atribuciones del Congreso Federal en el entonces art. 67, inc. 16 (hoy art. 75, inc. 18, que permaneció inalterado) emergen funciones estatales enderezadas a construir el progreso y el bienestar general, es decir, para todos los habitantes del país y no sólo para los argentinos, sean éstos nativos, por opción o naturalizados.

(36) El art. 19 de la Constitución argentina dispone: "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".

personas en la sociedad democrática—la libertad de elegir el propio plan de vida, en palabras de la Corte Suprema— no sólo frente al Estado sino también ante las acciones de terceros (37).

La igualdad garantizada en este primer capítulo es la *formal* ante la ley, de todos los habitantes del país, sin prohibir, expresamente, discriminaciones por categorías legales creadas en base a las condiciones o características de las personas. Categorías que, de todos modos, deben pasar el test de razonabilidad para ser constitucionales.

Por otro lado, la libertad y la igualdad se refuerzan con la abolición absoluta de la esclavitud—quizá una forma implícita y temprana de igualdad material— y, la igualdad, con el reconocimiento a los extranjeros de los mismos derechos civiles que a los ciudadanos (38).

Sin embargo, debe decirse que pese al ofrecimiento formulado a *todos los hombres del mundo*, del disfrute de los derechos y garantías constitucionales proclamado en el Preámbulo, la Ley Suprema privilegió el fomento de la inmigración *européa* (art. 25).

Al mismo tiempo que se declaran los derechos de la igualdad y la libertad personal, se consagran, expresamente, el derecho de propiedad (arts. 14 y 17) e, implícitamente, la libertad contractual (arts. 14 y 33) como dos pilares fundamentales del sistema político y económico de la República.

La declaración y reconocimiento de derechos y libertades civiles, llamados de la primera generación, admiten la limitación en su ejercicio por medio de la reglamentación legal o *poder de policía*. La sanción de esas leyes por el Congreso Federal—en virtud de lo dispuesto por la primera parte del art. 14— garantizan el cumplimiento del principio de legalidad.

A fin de evitar la extralimitación reglamentaria, la Constitución estableció un límite expreso—aunque de contornos no siempre nítidos— imponiendo al Poder Legislativo—y por extensión a los demás poderes— la obligación de *no alterar* los derechos y garantías constitucionales (art. 28).

El desarrollo interpretativo de esa norma por los tribunales argentinos—y en especial por la Corte Suprema de Justicia de la Nación— dio alcance y extensión al llamado control de *razonabilidad* empleado para declarar inaplicables normas—no sólo leyes— y actos gubernamentales que vulneraban derechos constitucionales.

Por cierto, la delimitación de las reglamentaciones razonables o irrazonables—y por tanto inconstitucionales estas últimas— constituye una cuestión problemática. La Corte Suprema argentina ha elaborado diferentes *standards* de razonabilidad, a fin de examinar la relación entre los medios elegidos por el legislador y el fin buscado por la ley; la proporcionalidad de aquellos medios e, incipientemente, un análisis de los intereses en juego; un balance entre todos ellos; y un escrutinio estricto de los intereses estatales invocados, en conexión con el menor daño posible a los derechos reglamentados (39).

(37) Ver análisis del art. 19, C.N.

(38) Ver análisis de los arts. 15 y 20, respectivamente, de la C.N.

(39) Ver análisis del art. 14, punto 1 y la bibliografía crítica allí citada, y el art. 28, C.N.

A partir de 1957 —con la sanción del art. 14 *bis*— en el diseño normativo de la Constitución argentina confluyeron los principios del liberalismo personalista y del estado social de derecho, en una difícil síntesis que no siempre se trasladó al ámbito de las normas operativas (40).

En los hechos, varias de las declaraciones del art. 14 *bis* se transformaron —por medio de las decisiones que dictaban los jueces— en derechos programáticos sin vigencia efectiva alguna (41) y, al mismo tiempo, las libertades económicas se desdibujaron por la intensa regulación estatal sobre ellas, dictadas hasta fines de la década de 1980. A comienzos de 2002 la crisis económica financiera que estalló en el país dio paso a una normativa de emergencia que afectó no sólo las libertades económicas sino también las garantías judiciales. Cuando el pico de la crisis pasó y sus consecuencias sociales se amortiguaron —en parte debido a los términos del intercambio comercial que favorecieron a la República Argentina en el año 2003— la discusión acerca de las responsabilidades por la emergencia del *default* declarado en el país (42) dio paso al debate sobre el papel del Estado y la extensión reglamentaria de los derechos constitucionales, en especial de los económicos y sociales. La cuestión de los límites al poder y el alcance de los derechos y garantías se intensifica en épocas de crisis. No obstante, aunque en sordina, las discrepancias permanecen, también por motivos ideológicos.

Artículo 1º — La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 5º; 6º; 16; 22; 23; 29; 30; 31; 33; 36; 37; 38; 39; 40; 44; 50; 53; 54; 56; 59; 75, incs. 12, 19, 24; 76; 80; 83; 99, inc. 3; 109; 110; 115; 116, 124; C.N., art. 28 C.A.D.H.

1. FORMA DE GOBIERNO Y FORMA DE ESTADO. INTERPRETACIÓN GENERAL DE LA NORMA

Una expresión y una frase del texto constitucional son particularmente importantes para la hermenéutica de este artículo. En efecto, los constituyentes de 1853 no crearon una forma de gobierno sino que —según los miem-

(40) En rigor, el constitucionalismo social se incorporó al sistema constitucional argentino en 1949, con la reforma de entonces. La constitución de 1949 fue derogada en 1956 por el gobierno de *facto* que había destituido a las autoridades *de jure*. El gobierno militar convocó a una Convención Constituyente que, en 1957, introdujo el art. 14 *bis*, con mayores derechos sociales que en el paradigma de 1949. Ver análisis del art. 30, punto 3.3. y del art. 14 *bis*.

(41) El art. 14 *bis*, reconoció derechos individuales del trabajador; derechos sindicales y derechos de la seguridad social. Entre los derechos que nunca se convirtieron en operativos por falta de reglamentación legal o porque no fueron aplicados por parte de los jueces, puede anotarse el derecho de los trabajadores a participar en las ganancias de la empresa, con control de la producción y colaboración en la dirección de aquella.

(42) He examinado el problema, a propósito de los contratos en GELLI, MARÍA ANGELICA, *La*

bros informantes de la Comisión que redactó el proyecto, Gorostiaga y Gutiérrez— la *adoptaron*, tomándola del modelo norteamericano. Pero la elección de ese modelo —representativo, republicano y federal— lo fue conforme lo establecido por la misma Constitución (43).

Esa decisión constituyente de adoptar un sistema de gobierno ya creado, pero otorgándole perfiles propios, ha constituido el fundamento para que la Corte Suprema argentina haya interpretado la Constitución a la luz de la jurisprudencia creada por la Corte Suprema de los Estados Unidos elaborando, al mismo tiempo, una doctrina propia a partir de las demás disposiciones constitucionales y en armonía con ellas (44).

De ese modo, el gobierno de la república democrática en la Argentina tiene las notas y características que emanan de la Constitución Nacional y el Estado federal está diseñado a través de las relaciones establecidas entre la Nación y las provincias, en el texto de la Ley Suprema originaria y en las normas incorporadas por las sucesivas reformas. Por eso, una regla hermenéutica, establecida por la Corte Suprema y mantenida a través de sus diferentes integraciones, exige que al examinarse el alcance y límites de las atribuciones de los poderes establecidos por la Constitución se interpreten en armonía con todo el ordenamiento constitucional, de modo tal que ninguno de aquéllos resulte anulado por los otros.

Si bien es cierto que, en principio, el art. 1º es formalmente una declaración que no crea derechos subjetivos para las personas (45), esta norma se ha constituido como una fuente relevante en el desarrollo de los derechos y en el afianzamiento de las garantías constitucionales, pues ha marcado los límites del poder en la reglamentación de aquéllos. Así pues, pueden alegarse los principios y notas de la república y las demarcaciones de competencias del federalismo en la defensa administrativa o judicial de derechos y garantías.

contrato Administrativo en la actualidad, Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires, mayo de 2004, pág. 19.

(43) Conf. GONZÁLEZ CALDERÓN, JUANA A., *Derecho Constitucional Argentino*, J. Lajouane y Cía. Editores, Buenos Aires, 1917, t. I, pág. 382.

(44) El empleo de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica por parte de la Corte Suprema argentina resulta controversial en un doble sentido. Por una parte se ha puesto en entredicho si ese uso ha sido fiel al original o se ha tratado, en cambio, de una transferencia parcial e inexacta. Por otro parte, se ha discutido la conveniencia o inconveniencia del traspaso jurisprudencial de una Corte a la otra en ocasiones operado sin necesidad alguna. Aunque, la influencia del máximo tribunal de justicia de los Estados Unidos es notoria, por lo menos en las citas —“presencia”— que la Corte Argentina ha efectuado de los precedentes de aquella, coincido acerca de que “los mecanismos de recepción (se han discernido) en pautas heterogéneas...” y que “...esa influencia no puede, por ende, reducirse a un concepto simple, mucho menos degradarla al terreno binario de la apología o el rechazo”. Conf. ARBALLO, GUSTAVO, *La angustia de la influencia. El derecho constitucional de los Estados Unidos y su selectiva recepción en la jurisprudencia de la Suprema Corte argentina* - Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina. Número Especial. 140 años de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires, 26 de noviembre de 2003/ JA, 2003-IV, fascículo nº 9, pág. 11.

En algunos casos, debe decirse, la Corte argentina, aun invocando la jurisprudencia norteamericana por el nombre por el cual se la conoce en ese país, ha elaborado una peculiar doctrina nacional propia, por ejemplo, acerca de la “real malicia”. Me he referido a ello en GELLI, MARÍA ANGELICA, *Dismensiones de la “real malicia” y afectación del honor en el caso “Gesualdi”*, La Ley, 1997-B, 753.

(45) Conf. SABSAY, DANIEL A., y ONAINDIA, JOSÉ M., *La Constitución de los Argentinos. Análisis* de su texto luego de la reforma de 1994. Errepar, 1ª ed., Buenos Aires, 1994, pág. 21.