

**¿PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD  
O PRESUNCIÓN DE LIBERTAD?  
UN ANÁLISIS DESDE EL ARTÍCULO 33  
DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

*Comunicación del doctor Manuel José García-Mansilla,  
en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional,  
el 4 de septiembre de 2013*

*Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.*

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

[ancmyp@ancmyp.org.ar](mailto:ancmyp@ancmyp.org.ar)

[www.ancmyp.org.ar](http://www.ancmyp.org.ar)

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones ([www.imagenimpresa.com.ar](http://www.imagenimpresa.com.ar))  
en el mes de julio de 2014.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS  
MORALES Y POLÍTICAS  
JUNTA DIRECTIVA 2013 / 2014**

*Presidente* . . . . . Académico Ing. MANUEL A. SOLANET  
*Vicepresidente* . . Académico Dr. SANTIAGO KOVADLOFF  
*Secretario* . . . . . Académico Dr. LEONARDO MC LEAN  
*Tesorero* . . . . . Académico Dr. RODOLFO A. DÍAZ  
*Prosecretario* . . . Académico Dr. JOSÉ CLAUDIO ESCRIBANO  
*Protesorero* . . . . Académico Dr. ROSENDO FRAGA

**ACADÉMICOS DE NÚMERO**

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE ....	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA .....	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA .....	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI .....	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Leonardo MC LEAN .....	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI .....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ .....	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO .....	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez

ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO .....	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN .....	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI .....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. René BALESTRA .....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA .....	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA .....	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS....	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO .....	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET .....	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO .....	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ .....	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF .....	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT .....	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE .....	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. María Teresa CARBALLO .....	26-10-11	Roque Sáenz Peña
Dr. Héctor A. MAIRAL .....	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes
Dra. María Angélica GELLI .....	12-12-12	Antonio Bermejo
Dr. Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI.	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO .....	12-12-12	José de San Martín

**ACADÉMICO EMÉRITO**

Dr. Carlos María BIDEGAIN

## Índice

<b>Introducción</b> .....	8
<b>I. La Presunción de Constitucionalidad</b> .....	12
<b>II. Los Derechos Naturales y el Constitucionalismo</b> . . . .	23
a) Un concepto problemático .....	23
b) El constitucionalismo y la era de las revoluciones: similitudes y contrastes .....	28
c) Los “Founding Fathers” y los “Natural Rights” . . . .	38
<b>III. La idea de los derechos naturales en nuestro país</b> . . .	46
a) Ejemplos anteriores a Mayo .....	48
b) A partir de Mayo .....	50
c) Alberdi .....	53
d) Sarmiento .....	58
<b>IV. Los derechos naturales en la Constitución de 1853 y la Reforma de 1860</b> .....	62

<b>V. Crítica a la Presunción de Constitucionalidad . . . . .</b>	<b>72</b>
a) La presunción no puede apoyarse en el principio de la separación de poderes . . . . .	73
b) La presunción no puede apoyarse en el principio de no interferencia a las decisiones dictadas por los órganos políticos resultantes de la elección popular .	77
c) La presunción no puede basarse en la superioridad institucional del Congreso . . . . .	84
d) ¿Presunción de constitucionalidad o presunción de libertad? . . . . .	87
 <b>Conclusión . . . . .</b>	 94
 <b>Bibliografía . . . . .</b>	 101

# ¿PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD O PRESUNCIÓN DE LIBERTAD? UN ANÁLISIS DESDE EL ARTÍCULO 33 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Por el Dr. MANUEL JOSÉ GARCÍA-MANSILLA<sup>1</sup>

*“I am so skeptical as to our knowledge about goodness and badness of laws  
that I have no practical criticism except what the crowd wants”*<sup>2</sup>

**Oliver Wendell Holmes**

*“Gesetze sind wie Würste, man sollte besser nicht dabei sein,  
wenn sie gemacht werden”*<sup>3</sup>

**Otto von Bismarck**

*“Corruptissima re publica plurimae leges”*<sup>4</sup>

**Cayo Cornelio Tácito, Anales, Libro III**

---

<sup>1</sup> Este trabajo habría quedado incompleto sin la colaboración de José Sebastián Elías, que me ayudó a conseguir material que no resulta de fácil acceso en nuestro país. Tuvo, además, la generosidad de leer el primer borrador y me hizo valiosas observaciones y sugerencias. Se lo dedico, entonces, como muestra de sincero agradecimiento. Obviamente, soy el único responsable de los errores que el trabajo pueda tener.

<sup>2</sup> “Soy tan escéptico respecto de nuestro conocimiento acerca de la bondad o maldad de las leyes, que no tengo forma objetiva de criticarlas, sino [aceptar] lo que la muchedumbre quiere”.

<sup>3</sup> “Las leyes son como las salchichas, sería mejor no estar presente cuando se hacen”.

<sup>4</sup> “Cuánto más corrupta es la República, más leyes tiene”.

## Introducción

La presunción de constitucionalidad de los actos de gobierno es aceptada en nuestro país, sin mayor debate o discusión. Un breve repaso de la literatura jurídica local, así como de la jurisprudencia de nuestros tribunales, es suficiente para mostrar cuán arraigado está este principio. De ahí que el saber convencional indique que los actos de gobierno en Argentina, sean leyes o actos administrativos, gozan de una presunción de validez que obliga a aquellos que pretendan impugnarlos a probar que los mismos son manifiestamente irrazonables<sup>5</sup>.

En lo que a las leyes respecta, los argentinos no somos originales, ni mucho menos. El mexicano Miguel Carbonell nos recuerda que “en la gran mayoría de los Estados democráticos del mundo rige el principio de presunción de constitucionalidad de la ley. [...] Las normas de rango legislativo están, por tanto, asistidas de esa presunción. Esto significa que a quien le incumbe la carga de la prueba es a quienes sostienen la inconstitucionalidad y no al revés”<sup>6</sup>.

En los Estados Unidos este principio ha sido reconocido y aplicado en general por sus tribunales, en especial por la Corte Suprema. Uno de los fundamentos de esta postura judicial lo podríamos encontrar en las razones expuestas por Charles Beard en un viejo artículo: “la forma más efectiva [que tienen los jueces] de evitar leer predilecciones personales en la Constitución es ejercitar la autolimitación y asumir que una ley es constitucional a menos que colisione en forma evidente con un mandato claro y expreso de la Constitución”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Cfr., entre otros, Linares Quintana, Segundo V., *Reglas para la Interpretación Constitucional según la Doctrina y la Jurisprudencia*, Pus Ultra, Buenos Aires, 1987, p. 136.

<sup>6</sup> Carbonell, Miguel, “¿Son Constitucionales las Iniciativas del Presidente?”, en *Metapolítica*, Nro. 60, p. 73 (2008).

<sup>7</sup> Beard, Charles A., “The Act of Constitutional Interpretation”, en *National Lawyers Guild Quarterly*, Tomo 1, p. 16 (1938).



Algo similar ocurre en Europa, donde se acepta igualmente la presunción de constitucionalidad de las leyes. No sólo eso, sino que también se aplica la llamada interpretación conforme a la Constitución: en caso que una ley sea susceptible de dos interpretaciones, una que obligue a declararla inconstitucional y otra que la repunte conforme a la Constitución, habrá de preferirse esta última<sup>8</sup>.

Considerando lo arraigado que se encuentra este principio a nivel mundial, no tendría mayor sentido cuestionarlo. El hecho de que la mayoría de los sistemas democráticos acepte la presunción de constitucionalidad debería ser suficiente razón para no encarar una tarea que, a primera vista, parecería ser un ejercicio académico estéril. Sin embargo, un análisis detenido de los fundamentos y consecuencias de esta presunción, así como de los orígenes e ideas centrales que conforman ese movimiento al que llamamos “constitucionalismo”, me sugiere que la cuestión no es tan clara y sencilla como parece. Por el contrario, como intentaré demostrar en este trabajo, existe una indudable tensión entre la presunción de constitucionalidad de los actos de gobierno y una de las características fundamentales del constitucionalismo: el reconocimiento y protección de los llamados “derechos naturales” de las personas, así como los límites que éstos implican para el ejercicio del poder gubernamental.

El concepto “derechos naturales” resulta clave para entender las dos grandes revoluciones que se producen a fines del Siglo XVIII y que dan origen al constitucionalismo moderno. Me refiero, naturalmente, a las revoluciones norteamericana y francesa, de las cuales surgieron sendos modelos constitucionales. La idea de reconocer y proteger esos derechos está fuertemente ligada a

---

<sup>8</sup> Ver, entre otros, García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 4ta. ed., Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 101 y sgtes. La Corte Suprema estadounidense aplica un criterio similar desde hace más de 100 años (ver, por ejemplo, “Kaoru Yamataya v. Fisher”, 189 U.S. 86, p. 101 [1903]).

ambas revoluciones y constituye el núcleo alrededor del cual giran y se forman ambos modelos constitucionales. Sin embargo, como veremos más adelante, los mecanismos diseñados para obtener esa protección terminarían siendo radicalmente opuestos en ambos lados del Atlántico. El fin sería idéntico. Los medios para hacerlo realidad, en cambio, serían completamente distintos. Por eso, para contextualizar el análisis que propongo, resulta de gran importancia ubicar a nuestro sistema constitucional en el cuadrante que le corresponde, que es, obviamente, el norteamericano.

Pese a que se trata de un concepto prácticamente olvidado, nuestro sistema constitucional reconoce y protege esos “derechos naturales” desde su origen en 1853. Algunos fueron enumerados en diversos artículos al momento de sancionarse la Constitución Nacional. El resto de los derechos naturales que la Constitución no enumera e individualiza, se encuentra amparado por el artículo 33, que fuera incorporado por la reforma de 1860. El texto constitucional en cuestión dispone expresamente que:

“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Si bien con fuertes discusiones y polémicas, los derechos naturales son considerados anteriores y superiores a la propia Constitución. De hecho, para el constitucionalismo moderno, el fundamento mismo del poder gubernamental radica en la protección de esos derechos. Esta postura implica el reconocimiento de un ámbito de jurisdicción personal o una esfera de autonomía privada e individual en la que cada persona tiene libertad de acción y elección. Dicho de otro modo, se trata de derechos de libertad (*liberty rights*) o, genéricamente, libertades, que pueden ser ejercidas siempre que se respete el idéntico derecho que corresponde al resto de las personas. En consecuencia, operan como límite o vallado y deben ser respetados, tanto por los órganos de gobierno

como por el resto de los individuos. Además, entre otras funciones, el respeto de esos derechos naturales constituye la medida o vara para determinar si una medida de gobierno es justa o no<sup>9</sup>.

Analizada dentro de ese marco conceptual, a la hora de interpretar la Constitución Nacional, la presunción de constitucionalidad no resulta tan obvia: si nuestros constituyentes reconocieron la existencia de derechos naturales con el alcance mencionado ¿por qué se protege el accionar de los órganos de gobierno con una presunción que no surge expresamente de la Constitución y que, en todo caso, debería volcarse a favor de los titulares de esos derechos? ¿No sería más razonable y acorde con los fundamentos del constitucionalismo que los órganos de gobierno sean los que tengan que justificar que las reglamentaciones que emiten son necesarias y adecuadas para la efectiva protección de esos derechos? En suma, ¿es compatible la presunción de constitucionalidad, tal como se la concibe hoy, con la protección de los llamados “derechos naturales”?

En este trabajo pretendo sentar las bases para dar respuesta a estos difíciles interrogantes. Para ello, resulta necesario reconstruir previamente el contexto en que se inserta el planteo formulado. He dividido el trabajo en seis partes. En la primera, haré un repaso de los fundamentos y consecuencias de la presunción de constitucionalidad. En la segunda, revisaré los orígenes del constitucionalismo, haciendo hincapié en el concepto de los derechos naturales y las ideas sostenidas al respecto en las dos grandes revoluciones de fines del Siglo XVIII, con especial énfasis en lo que respecta al constitucionalismo estadounidense que nos sirvió de

---

<sup>9</sup> Una función, tal vez más importante aún, está relacionada con la legitimidad de la Constitución. Podría argumentarse que, debido a la imposibilidad de sustentar esa legitimidad del sistema constitucional en el consentimiento de los gobernados, el reconocimiento y protección de esos derechos naturales es lo que, en última instancia, legitima efectivamente a la Constitución. Aunque no analizaré esta cuestión, dejo planteado el interrogante ya que, en general, la legitimidad de la Constitución se asume y no se demuestra. Para ampliar el punto, ver Barnett, Randy E., “Constitutional Legitimacy”, en *Columbia Law Review*, Tomo 103, p. 111 (2003).

modelo<sup>10</sup>. En las dos partes siguientes, recordaré las ideas sostenidas en nuestro país acerca de los derechos naturales. A tal fin, repasaré brevemente ese ideario, desde la Revolución de Mayo hasta la Reforma de 1860, año en que se incorporó el actual artículo 33 de la Constitución Nacional. Analizaré también su impacto en el pensamiento de Alberdi y Sarmiento. En la quinta parte, a la luz del concepto de los derechos naturales y el contexto previamente analizado, haré un análisis crítico de la presunción de constitucionalidad. Finalmente, daré mis conclusiones.

## I. La Presunción de Constitucionalidad

Linares Quintana afirma que “los actos públicos se presumen constitucionales en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan ser armonizados con ésta”<sup>11</sup>. En similar sentido, Badeni sostiene que “[u]na ley, decreto, sentencia, ordenanza o un simple acto administrativo, cuya validez formal es incuestionable, no puede ser calificada de inconstitucional aunque, en el intérprete, se suscite una duda razonable sobre el particular. Tampoco si el intérprete está convencido sobre la injusticia o inconveniencia de la norma, pero no encuentra un reparo constitucional claramente definido para disponer su invalidez”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Junto con Ricardo Ramírez Calvo hemos demostrado en sendos libros que nuestra Constitución Nacional tomó de la Constitución norteamericana los elementos determinantes que conforman su estructura fundamental. También hemos analizado las consecuencias que genera el aceptar la filiación norteamericana de nuestro sistema constitucional (ver García-Mansilla, Manuel José y Ramírez Calvo, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los Principios Fundamentales del Derecho Público Argentino*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, y *La Constitución Nacional y la Obsesión Antinorteamericana*, Virtudes, Salta, 2008).

<sup>11</sup> Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 583.

<sup>12</sup> Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2004, Tomo I, p. 103.

Vemos así que el principal ámbito de aplicación de la presunción de constitucionalidad sería el de la interpretación constitucional.

Ahora bien, ¿quién es el “intérprete” que debería presumir la constitucionalidad de los actos de gobierno según esta doctrina? Dependiendo de la respuesta que se dé a este interrogante, la presunción necesitaría de diversos fundamentos para ser adecuadamente defendida. Asumamos, por ejemplo, que el sujeto obligado a presumir esa constitucionalidad fuera una población determinada cuyos gobernantes pretendiesen aplicarles una norma de carácter general (i.e. una ley). En este caso, la presunción tendría un sentido obvio: podría argumentarse sin mayor esfuerzo que ningún sistema de gobierno podría funcionar sin una presunción similar que ampare, por ejemplo, las leyes que dicte el Congreso. Aceptar la postura contraria implicaría un caos, ya que la aplicación de las leyes dependería de la interpretación que hiciese cada uno de los sujetos obligados a cumplirlas. Y eso, obviamente, sería inaceptable para cualquier persona razonable. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. El “intérprete” obligado a aplicar la presunción de constitucionalidad conforme esta doctrina no es la población, sino uno de los tres órganos de gobierno de la clásica tríada: el Poder Judicial. ¿De dónde surge, entonces, esta presunción? ¿En qué consiste? ¿Cuál es su alcance y fundamento? Sin ánimo de brindar respuestas exhaustivas a estos interrogantes elementales, resulta necesario formular algunas precisiones para empezar a contextualizar el planteo que formulo.

La presunción de constitucionalidad de los actos públicos no surge en forma expresa del texto la Constitución Nacional. Se trata solamente de una regla procesal que los mismos jueces crearon por vía de “construcción” del texto constitucional<sup>13</sup>. Bajo esta

---

<sup>13</sup> En el marco de la teoría constitucional, sigo la corriente que distingue conceptualmente entre interpretación y construcción. La “interpretación” se aplica a fin de determinar el sentido lingüístico de un texto legal. La “construcción”, en cambio, se aplica para darle efecto legal al contenido semántico de ese texto. A su vez, esa misma distinción se puede usar para distinguir la acción de determinar (i) el sentido lingüístico de un texto legal ambiguo (interpretación) y (ii) el

regla procesal, la carga de la prueba de la inconstitucionalidad de la norma que se pretende impugnar en un caso judicial concreto se pone en cabeza de la persona que alega una violación de alguno de sus derechos constitucionales. En consecuencia, el supuesto damnificado es quien debe demostrar ante un tribunal, de forma concluyente y mas allá de toda duda razonable, que la norma cuestionada es inconstitucional.

Vemos así que la presunción de constitucionalidad rige principalmente en el ámbito procesal: en realidad, constituye el punto de partida de todo el debate constitucional en sede judicial. Por vía de esta presunción, no solo se condiciona al supuesto damnificado que tiene a su cargo el *onus probandi*, sino que, además, la propia labor de los jueces se ve limitada: cuanto más amplia sea la presunción de constitucionalidad que ampare el accionar del gobierno, más restringida y limitada será la actuación del Poder Judicial<sup>14</sup>.

Además de la presunción de constitucionalidad, quien pretenda impugnar una norma en sede judicial deberá sortear aun

---

sentido lingüístico de un texto legal vago (construcción). En ese marco conceptual, la corrección o no de una interpretación de un texto legal no depende de una teoría normativa acerca de lo que ese mismo texto debería ser. No ocurre lo mismo con la construcción de ese texto legal: las teorías acerca de la corrección o no de la construcción de un texto legal son, en el fondo, teorías normativas. Su justificación incluye premisas que van más allá del sentido lingüístico del texto legal (para profundizar el punto, ver Solum, Lawrence B., “The Interpretation-Construction Distinction”, en *Constitutional Commentary*, Tomo 27, p. 95 [2010]). Aunque no puedo analizar el punto en detalle por razones de espacio, cabe aclarar que esta corriente no acepta la idea de que el texto constitucional adolezca de una “indeterminación radical”, con la consiguiente amplitud para el intérprete (la idea de la indeterminación radical ha sido expuesta, por ejemplo, en Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 31 y sgtes.). Por el contrario, esta corriente entiende que la eventual “textura abierta del lenguaje” de un texto jurídico, aun del constitucional, no implica su indeterminación, sino eventualmente la “subdeterminación” (*underdeterminacy*) de ese mismo texto. Esa subdeterminación limita al intérprete ya que reduce el número de aplicaciones posibles que podría dar a ese texto (al respecto, ver Solum, Lawrence B., “On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma”, en *The University of Chicago Law Review*, Tomo 54, p. 462 [1987]).

<sup>14</sup> Cfr. Sánchez Gil, Rubén, “La Presunción de Constitucionalidad”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008, Tomo VII, p. 366.

más obstáculos, ya que existen otras reglas jurisprudenciales que protegen el accionar gubernamental, tales como la doctrina del sometimiento voluntario a un régimen jurídico, la interpretación conforme a la Constitución, o la de considerar que “la declaración de la inconstitucionalidad de una ley es acto de suma gravedad institucional [...] *ultima ratio* del orden jurídico”<sup>15</sup>.

A nivel doctrinario, el fundamento de esta presunción no suele presentarse en nuestro país con base en alguna teoría normativa determinada. Tampoco se la defiende mediante el planteo de una concepción política o filosófica concreta acerca de la relación que debe existir entre las personas y el gobierno. Vemos así que hay autores que, por ejemplo, pretenden presentar la presunción como fundada en el principio de la separación de poderes y el recíproco respeto que cada órgano de gobierno se debe entre sí. Según esta corriente doctrinaria, a consecuencia de esa separación y respeto que se deben los órganos de gobierno, se impone “que rija siempre una presunción de constitucionalidad en favor de la constitucionalidad de la norma cuestionada”<sup>16</sup>. En otros casos, se defiende la presunción de constitucionalidad por considerarla indispensable para “la preservación del principio de autoridad cuando se basa efectivamente sobre el orden jurídico”<sup>17</sup>. Con ciertos matices, esta corriente doctrinaria entiende que la razón de ser de la presunción radica en que toda declaración de inconstitucionalidad que niega la aplicación de un acto gubernamental “configura

<sup>15</sup> Ver, entre otros, “P. D. Rasse Söhne v. Nación Argentina”, Fallos: 249:51, p. 59 (1961). El *Justice* Holmes fue un ferviente defensor de una postura similar en la Corte Suprema estadounidense. A manera de ejemplo, recuérdese el caso “Blodgett v. Holden” (275 U.S. 142 [1927]), donde Holmes sostuvo: “Although research has shown and practice has established the futility of the charge that it was a usurpation when this Court undertook to declare an Act of Congress unconstitutional, I suppose that we all agree that to do so is the gravest and most delicate duty that this Court is called on to perform. Upon this among other considerations the rule is settled that as between two possible interpretations of a statute, by one of which it would be unconstitutional and by the other valid, our plain duty is to adopt that which will save the Act” (275 U.S. 142, pp. 147 y 148).

<sup>16</sup> Linares Quintana, *Reglas para la Interpretación Constitucional...*, p. 136.

<sup>17</sup> Badeni, *Tratado...*, Tomo I, p. 104.

una grave perturbación para el desarrollo de la actividad del Estado y para el orden jurídico que establece”. Así, la declaración de inconstitucionalidad sería solamente aceptable “en su condición de solución última e ineludible para preservar el principio de supremacía constitucional”<sup>18</sup>.

En los Estados Unidos, cuya constitución fue el modelo en que se basó la nuestra, la presunción de constitucionalidad es aplicada en general por sus tribunales. Aunque a primera vista resulte paradójico, es al célebre *Chief Justice* John Marshall a quien se debe la formulación de los primeros rudimentos de la *presumption of constitutionality* en ese país. A partir de casos como “Fletcher v. Peck”<sup>19</sup>, Marshall fue apartándose gradualmente de la doctrina sentada previamente en “Marbury v. Madison”<sup>20</sup>, en la que expuso los lineamientos del control judicial de constitucionalidad. De esta forma, terminaría adoptando un criterio de absoluta deferencia hacia el Poder Legislativo. El punto cúlmine de este proceso se da en el caso “Brown v. Maryland”<sup>21</sup>, donde Marshall establece (i) que todas las leyes se presumen válidas y (ii) que quien tiene la carga de la prueba es aquel que pretende impugnar la ley<sup>22</sup>. Esta deferencia hacia el Legislativo no debiera ser motivo de sorpresa: recuérdese que, en el marco del *impeachment* al *Justice* Samuel Chase, Marshall llegó al extremo de proponer que se le concediera al Congreso federal la autoridad de revocar las decisiones judiciales que la Corte Suprema dictara sobre cuestiones constitucionales<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Badeni, *Tratado...*, Tomo I, pp. 104 y 105. Badeni también defiende un principio de interpretación al que denomina “*in dubio pro libertate*” (ob. cit., pp. 105 y 106). Volveremos sobre este punto más adelante.

<sup>19</sup> 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810).

<sup>20</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>21</sup> 25 U.S. (12 Wheat.) 419 (1827).

<sup>22</sup> En palabras de Marshall: “it has been truly said, that the presumption is in favor of every legislative act, and that the whole burthen of proof lies on him who denies its constitutionality” (25 U.S. (12 Wheat.) 419, p. 436).

<sup>23</sup> Cfr. Rehnquist, William H., “Political Battles for Judicial Independence”, en *Washington Law Review*, Tomo 50, p. 840 (1974).



El paradigma de esta visión deferente hacia el legislador y, como corolario, de la aplicación de la presunción de constitucionalidad de las leyes en el ámbito judicial tuvo un primer hito importante luego de la publicación de un famoso artículo en octubre de 1893: “The Origins and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, de James Bradley Thayer<sup>24</sup>. Se trata, tal vez, de uno de los trabajos académicos más influyentes en la historia de los Estados Unidos<sup>25</sup>. Este autor afirmaba que la Corte Suprema debía ser deferente frente a las decisiones emanadas de los poderes políticos y sugería que los jueces tenían que obrar con extrema prudencia y auto limitación (*self restraint*) a la hora de ejercer la *judicial review*. Además, Thayer proponía la regla del *clear mistake*: un mero error de parte de los poderes políticos en el ejercicio de sus atribuciones no era suficiente para poder declarar la inconstitucionalidad de sus acciones. El contraste entre las acciones del Legislativo o Ejecutivo y la Constitución tenía que ser más que evidente para que un juez pudiera invalidar lo actuado por los poderes políticos<sup>26</sup>. Según este autor, el criterio a seguir es el siguiente: habida cuenta de las complejidades que implica el ejercicio del gobierno, hay que considerar que lo que a ciertas personas puede parecerles inconstitucional, a otras les puede parecer razonable y, por ende, constitucional. Como la Constitución se presta a diversas interpretaciones, ese abanico de opciones está siempre a disposición del legislador. En consecuencia, cualquier elección del legislador que pueda ser considerada racional, debe

<sup>24</sup> Publicado en el *Harvard Law Review*, Tomo 7, p. 129 (1893).

<sup>25</sup> Este artículo también influyó en nuestro país y fue citado en numerosas oportunidades por nuestra Corte Suprema.

<sup>26</sup> Thayer, “The Origins and Scope...”, pp. 140 a 144. Esa posición deferente de los jueces hacia el Poder Legislativo es la visión que subyace en varios de los planteos y críticas que se hacen a la *judicial review* en el ámbito académico estadounidense. Hemos tratado esta cuestión en detalle en García-Mansilla, Manuel José, “Estado Actual del Debate sobre el Control Judicial de Constitucionalidad en los Estados Unidos”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXXV, Parte II, p. 303 (2009).

considerarse “constitucional”<sup>27</sup>. En última instancia, en opinión de Thayer, los jueces no deben preocuparse acerca de cuál es el verdadero significado de la Constitución, sino verificar si la legislación es sostenible o no<sup>28</sup>.

Importantes *Justices* de la Corte Suprema, tales como Oliver Wendell Holmes, Louis Dembitz Brandeis y Félix Frankfurter, adhirieron a la postura minimalista del Poder Judicial sugerida en el artículo de Thayer<sup>29</sup>. Y, en consonancia con esa propuesta, defendieron, consolidaron y ampliaron vigorosamente el alcance de la presunción de constitucionalidad. En efecto, a partir de casos como “O’Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Insurance Co.”<sup>30</sup>, se impuso una corriente que amplía la presunción y obliga a los jueces a elaborar diversos supuestos, tanto teóricos como fácticos, con el fin de salvar la constitucionalidad de las normas cuestionadas. De esta forma, además de ser deferentes, los jueces deben fabricar no sólo los hipotéticos motivos por los cuales una norma puede ser considerada razonable, sino también los hechos que el legislador podía haber tenido en mente a la hora de dictar la ley. Aun cuando nada de esto se haya dicho, hecho o considerado al momento de legislar.

La Corte estadounidense, además, ideó nuevos mecanismos para garantizar la inmunidad de las leyes frente a eventuales planteos de inconstitucionalidad. A modo de ejemplo, vale la pena

<sup>27</sup> La cita completa en idioma original es la siguiente: “This rule recognizes that, having regard to the great, complex, ever-unfolding exigencies of government, much which will seem unconstitutional to one man, or body of men, may reasonably not seem so to another; that the constitution often admits of different interpretations; that there is often a range of choice and judgment; that in such cases the constitution does not impose upon the legislature any one specific opinion, but leaves open this range of choice; and that whatever choice is rational is constitutional” (Thayer, “The Origins and Scope...”, p. 144).

<sup>28</sup> Thayer, ob. cit., p. 150.

<sup>29</sup> Al respecto, ver Mendelson, Wallace, “The Influence of James B. Thayer Upon the Work of Holmes, Brandeis and Frankfurter”, en *Vanderbilt Law Review*, Tomo 31, p. 71 (1978).

<sup>30</sup> 282 U.S. 251 (1931).

recordar el caso “Ashwander v. Tennessee Valley Authority”<sup>31</sup>, donde el *Justice* Brandeis delineó una serie de reglas de interpretación tendientes a asegurar la postura deferente hacia el legislador y evitar, en la medida de lo posible, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes<sup>32</sup>. Entre otras reglas, Brandeis propuso lo que se conoce como el *canon of avoidance*: aun cuando existan serias dudas acerca de la constitucionalidad de la ley cuya validez haya sido cuestionada, ésta debe ser interpretada de forma tal que se evite en lo posible su declaración de inconstitucionalidad. Con posterioridad, la Corte norteamericana mantuvo ese criterio. En el caso “United States v. Gambling Devices”<sup>33</sup>, la Corte aclaró que esa deferencia hacia el Poder Legislativo no era un mero gesto de cortesía, sino que se trataba de una obligación de respeto hacia las decisiones constitucionales adoptadas por la mayoría en el Congreso, previo debate y deliberación en las dos Cámaras<sup>34</sup>. Más recientemente, en el caso “Rust v. Sullivan”<sup>35</sup>, la Corte explicó que esa postura estaba basada en el respeto al Congreso, sobre quien se asume que legisla respetando sus límites constitucionales<sup>36</sup>.

En definitiva, los fundamentos que se esgrimen a favor de la presunción de constitucionalidad en los Estados Unidos podrían reducirse a tres: la necesidad de (i) demostrar el debido respeto que corresponde a las decisiones tomadas por otro órgano o poder,

<sup>31</sup> 297 U.S. 288 (1936).

<sup>32</sup> Ver Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, 2da. ed., Ábaco, Buenos Aires, 2002, Tomo 1, pp. 99 a 101.

<sup>33</sup> 346 U.S. 441 (1953).

<sup>34</sup> “This Court does and should accord a strong presumption of constitutionality to Acts of Congress. This is not a mere polite gesture. It is a deference due to deliberate judgment by constitutional majorities of the two Houses of Congress that an Act is within their delegated power or is necessary and proper to execution of that power. The rational and practical force of the presumption is at its maximum only when it appears that the precise point in issue here has been considered by Congress and has been explicitly and deliberately resolved” (346 U.S. 441, p. 449).

<sup>35</sup> 500 U.S. 173 (1991).

<sup>36</sup> “This canon is followed out of respect for Congress, which we assume legislates in the light of constitutional limitations” (500 U.S. 173, p. 191).

separado y autónomo, cuyos integrantes, además de jurar defender la Constitución, son electos por el pueblo; (ii) impedir que los jueces interfieran con las decisiones de un órgano de gobierno democrático, que representa la voluntad popular y cuyos integrantes resultan responsables ante el pueblo; o (iii) reconocer la superioridad institucional del Congreso, especialmente en lo que se refiere a la construcción y análisis del marco empírico necesario para el dictado de cualquier legislación<sup>37</sup>.

La Corte Suprema norteamericana estableció algunas pocas excepciones a la presunción de constitucionalidad. En la célebre nota al pie número cuatro del fallo “United States v. Carolene Products Co.”<sup>38</sup>, luego de reafirmar la presunción de constitucionalidad para la legislación que regule transacciones comerciales ordinarias, la Corte estableció una limitación para el caso en que la legislación aparezca como contraria a las prohibiciones contenidas en el *Bill of Rights* y la Catorceava Enmienda<sup>39</sup>. A partir de este fallo, surge en la jurisprudencia norteamericana lo que se conoce como la doctrina de los “fundamental rights”: la presunción cede siempre que esté en juego alguna prohibición específica respecto de un derecho expresamente enumerado en la Constitución norteamericana. Algo similar ocurre respecto de ciertos derechos no enumerados a los que la Corte considera importantes (i.e. el derecho a la privacidad)<sup>40</sup>. Sin embargo, a partir del fallo “Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc.”<sup>41</sup>, la presunción de constitucionalidad respecto de legislación que afecte otros derechos no

<sup>37</sup> Cfr. Hessick, Andrew F., “Rethinking the Presumption of Constitutionality”, en *Notre Dame Law Review*, Tomo 85, Nro. 4, p. 1461 y sgtes. (2010).

<sup>38</sup> 304 U.S. 144 (1938).

<sup>39</sup> La Corte también dejó sentado que la presunción puede ceder en otros dos supuestos: cuando la legislación afecte el proceso político y cuando perjudique a ciertas minorías. Para un interesante análisis del caso ver Balkin, Jack, “The Footnote”, en *Northwestern University Law Review*, Tomo 83, p. 275 (1988).

<sup>40</sup> Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 4ta. ed., Wolters Kluwer, Nueva York, 2011, p. 812 y sgtes.

<sup>41</sup> 348 U.S. 483 (1955).

enumerados que no gozan de esa preferencia judicial resulta, en la práctica, irrevocable<sup>42</sup>.

Nuestros tribunales también aceptan pacíficamente la presunción de constitucionalidad de los actos de gobierno. Desde hace más de 100 años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido y aplicado esta presunción en diversos fallos<sup>43</sup>. Así lo explica la Corte en el célebre caso “Cine Callao”: “esta Corte ha admitido reiteradamente el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, lo que, naturalmente, supone la de su razonabilidad”<sup>44</sup>. Además, se engloba dentro de esta presunción tanto a las leyes sancionadas por el Congreso, como a los actos administrativos dictados por el Poder Ejecutivo y la Administración Pública<sup>45</sup>. Al respecto, Linares afirma que “[n]uestra Corte Suprema, a diferencia de la de Estados Unidos, ha aplicado siempre la regla de la *presunción de constitucionalidad* de todo acto legislativo y aun ejecutivo, lo que presupone la presunción de su racionalidad”<sup>46</sup>. La consecuencia de esa presunción no se agota

<sup>42</sup> Cfr. Barnett, Randy E., “Scrutiny Land”, en *Michigan Law Review*, Tomo 106, pp. 1483 a 1485 (2008).

<sup>43</sup> Ver, entre otros, “The River Plate Fresh Meat Company Ltd. c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 100:318, p. 323, Considerando 9º) (1904); “Sardi c/ Provincia de Mendoza”, Fallos: 171:79, p. 89 (1934); “Pereyra Iraola c/ Provincia de Córdoba”, Fallos: 207:238, p. 248 (1947), etcétera.

<sup>44</sup> Fallos: 247:121, p. 135 (1960).

<sup>45</sup> En relación con los actos administrativos, recuérdese el caso “S.A. Ganadera Los Lagos”, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1941. Allí, la Corte sostuvo que los actos administrativos “tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada en juicio” (Fallos: 190:142, p. 154 [1941]). Este criterio fue posteriormente receptado por la primera parte del artículo 12 del Decreto/Ley Nro. 19.549 de Procedimientos Administrativos, que dispone que “el acto administrativo goza de presunción de legitimidad”. En este sentido, los efectos de la presunción de legitimidad de los actos administrativos son idénticos a los de la presunción de constitucionalidad de las leyes. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que la misma corresponde “en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos (art. 12 de la ley 19.549), por cuyo mérito se presume que toda la actividad de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente” (“Alcántara Díaz Colodrero”, Fallos: 319:1476, p. 1478, Considerando 6º) [1996]).

<sup>46</sup> Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía*

en la reversión de la carga de la prueba y la necesidad de que el individuo afectado por la norma impugnada alegue y demuestre su irracionalidad. Según Linares, si el impugnante no logra sortear esa pesada carga argumentativa y probatoria, “aun cuando el Estado no aporte prueba acerca de la razonabilidad de la ley, frente a la presunción de constitucionalidad ya referida, la demanda debe rechazarse”<sup>47</sup>.

A pesar de lo expuesto, existen algunas excepciones notables, tomadas también de la jurisprudencia estadounidense. Por un lado, la presunción no aplica en aquellos casos que involucran una discriminación a personas nacidas en el extranjero, donde la Corte revierte la carga de la prueba a través de la aplicación de una “presunción de inconstitucionalidad”. En estos casos, el Estado es el que tiene que probar (i) que los fines que pretende alcanzar a través de la normativa cuestionada son “sustanciales” (no alcanza con invocar su conveniencia), (ii) que los medios utilizados a ese efecto son necesarios, es decir, “que los promueven efectivamente”, y, finalmente, (iii) que no existen alternativas menos restrictivas para los derechos en juego<sup>48</sup>.

Por el otro, nuestra Corte Suprema sostiene un criterio similar en materia de censura previa. En efecto, la Corte considera que cuando se encuentra en juego la libertad de expresión frente a actos de la autoridad estatal “debe reconocerse como regla que cualquier restricción o censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad”<sup>49</sup>. Este criterio fue recogido luego por todos los jueces de la Corte en el caso “Servini de Cubría”: “Dado que

---

*innominada en la Constitución Argentina*, 2da. ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 213. Énfasis en el original.

<sup>47</sup> Linares, *Razonabilidad de las leyes...*, p. 218.

<sup>48</sup> Ver, entre otros, el considerando 5° del voto mayoritario en el caso “Gottschau, Evelyn Patrizia”, Fallos: 329:2986 (2006) y el considerando 5° de la disidencia de la Jueza Argibay en el caso “De Narváez Steuer, Francisco”, Fallos: 330:1114 (2007), respectivamente.

<sup>49</sup> Considerando 14° del voto en disidencia del Juez Fayt en el caso “Verbitsky, Horacio y otros / denuncia apología del crimen”, Fallos: 312:916, p. 941 (1989).

los medios de comunicación constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por la libertad de expresión que a ese contenido dedican primordialmente su actividad, toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad”<sup>50</sup>.

En resumen, la presunción de constitucionalidad se aplica de forma general, salvo notables excepciones respecto de ciertos derechos que gozan de un estatus preferente en sede judicial. Ese trato diferencial entre los derechos tampoco surge de la Constitución Nacional, sino que ha sido igualmente establecido por los jueces por vía de construcción del texto constitucional. Seguidamente veremos que, a contramano de lo que ocurre con la regla de la presunción de constitucionalidad, tanto la noción como el alcance de los derechos naturales son objeto de numerosas controversias. Sin embargo, veremos también que, a pesar de esas discusiones, el constitucionalismo moderno se construye y comprende solamente alrededor de esta idea fundamental.

## **II. Los Derechos Naturales y el Constitucionalismo**

### **a) Un concepto problemático**

La noción o idea de los derechos naturales ha generado diversos debates y controversias en el mundo académico, especialmente en el ámbito de la filosofía política, la historia y la filosofía del derecho. Las críticas se han encarado desde las visiones más diversas, incluyendo el marxismo, el comunitarismo, el utilitaris-

---

<sup>50</sup> Fallos: 315:1943 (1992). En idéntico sentido, la Corte dijo que “dada la estrecha relación existente entre los medios de comunicación y el concreto ejercicio de la libertad de expresión [...] toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad” (Voto de los Jueces Moliné O’Connor y López, en autos “S., V. c/ M. , D. A. s/ medidas precautorias”, Fallos: 324:975 [2001]).

mo, etc.<sup>51</sup>. La literatura al respecto es tan voluminosa que resulta imposible abarcarla en un solo trabajo. Sin embargo, vale la pena señalar algunas de las posturas más conocidas que se asumen en torno a esos debates.

Hay autores que sostienen que los derechos naturales no existen: serían apenas un invento, “lenguaje terrorista”, mera “estupidez retórica, estupidez sobre zancos”<sup>52</sup>. Algo similar a creer en brujas y unicornios<sup>53</sup>. Para otros, los derechos naturales tienen un alcance tal que tornan ilegítima e indefendible cualquier noción acerca del Estado<sup>54</sup>. Hay autores que sostienen que se tratan solamente de valores morales que no pueden probarse científicamente; por ende, no puede haber certeza acerca de los mismos<sup>55</sup>. Otros, en un plano menos controversial, han concluido que existen algunos derechos naturales, aunque difieren acerca de cuáles son<sup>56</sup>.

Especialmente debatida se encuentra la cuestión acerca del origen histórico de los derechos naturales. Para autores como Michel Villey, por ejemplo, el concepto de derechos naturales habría implicado una ruptura radical con el mundo antiguo que, siguiendo a Aristóteles, sólo habría aceptado la noción de derecho (*dikaion*,

<sup>51</sup> Al respecto, ver Waldron, Jeremy, *Nonsense Upon Stilts'. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, Nueva York, 1987, p. 151 y sgtes.

<sup>52</sup> Bentham, Jeremy, “Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declaration of Rights Issued During the French Revolution”, en *The Works of Jeremy Bentham*, Simpkin, Marshall & Co., Edimburgo, 1843, Tomo II, pp. 500 y 501. Para Bentham, los únicos derechos que existen son *legales*, es decir que deben su existencia al gobierno.

<sup>53</sup> MacIntyre, Alasdair, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, 3ra. ed., University of Notre Dame Press, Indiana, 2007, p. 69. Cabe aclarar que, al igual que otros autores, MacIntyre no distingue entre derechos naturales y derechos humanos.

<sup>54</sup> Paradigmática en este sentido es la prolífica obra de Murray Newton Rothbard. Al respecto, sugerimos consultar *The Ethics of Liberty*, New York University Press, Nueva York, 1998, especialmente los capítulos 1 a 5 y 22 a 29.

<sup>55</sup> MacDonald, Margaret, “Natural Rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Tomo 47, p. 250 (1947).

<sup>56</sup> Ver, por ejemplo, Hart, Herbert L.A., “Are There Any Natural Rights?”, en *The Philosophical Review*, Tomo 64, Nro. 2, p. 175 (1955); Brown, Jr., Stuart M., “Inalienable Rights”, en *The Philosophical Review*, Tomo 64, Nro. 2, p. 192 (1955); Frankena, William K., “Natural and Inalienable Rights”, en *The Philosophical Review*, Tomo 64, Nro. 2, p. 212 (1955).



en griego y *ius*, en latín) en sentido objetivo, es decir, como un mandato para hacer lo justo<sup>57</sup>. Villey sostiene que la noción de derechos subjetivos es una noción propia del mundo moderno<sup>58</sup>, que habría surgido gracias a una supuesta revolución en el lenguaje ocurrida a principios del Siglo XIV. El culpable de esa revolución sería Guillermo de Occam, quien habría desarrollado esta idea en el marco de la célebre polémica en torno al ideal de pobreza de la orden franciscana<sup>59</sup>. Según Villey, en el curso de esta polémica, Occam modificó el uso del vocablo *ius* el que, a partir de entonces, habría perdido su carácter esencialmente objetivo, para adquirir un novedoso y radical carácter subjetivo e individual, reflejo de la filosofía nominalista profesada por Occam<sup>60</sup>.

Leo Strauss sugiere una idea similar a la de Villey, aunque ubica el cambio lingüístico 300 años después, junto con el nacimiento de la economía de mercado y el individualismo moderno. Para Strauss, entre los siglos XVII y XVIII se produce un quiebre en la tradición del derecho natural, a partir del cual deja de ponerse el énfasis del lado de los deberes naturales de los hombres para pasar, en cambio, a enfocarse en sus derechos naturales. El culpable de esa ruptura sería Thomas Hobbes, el “imprudente, dañi-

<sup>57</sup> Villey desarrolla su crítica en una larga serie de trabajos y libros, incluyendo, entre otros, “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’ Occam”, en *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 9, p. 97 (1964).

<sup>58</sup> En un sentido similar, recuérdese que Marx sostenía que la noción de derecho subjetivo era una forma lingüística propia de la sociedad capitalista, mero fruto del egoísmo burgués (Marx, Karl, “On the Jewish Question”, en *The Portable Karl Marx*, Penguin Books, Nueva York, 1983, p. 105 y sgtes).

<sup>59</sup> El origen de la polémica en cuestión se remonta al año 1321, cuando el Papa Juan XXII comienza a cuestionar teológica y jurídicamente el alcance de la bula *Exiit qui seminat*, que defendía a la pobreza como parte de la fe cristiana y regulaba el estilo de vida de los frailes franciscanos. Para un análisis general de las distintas posturas sostenidas en el curso de esta polémica, ver Mäkinen, Virpi, “Property Rights in the Late Medieval Discussion on Franciscan Poverty”, en *Recherches de Théologie et Philosophie Médiévales. Bibliotheca*, Peeters, Leuven, 2001, Vol. 3, pp. 143 a 173.

<sup>60</sup> Otros autores afirman que, en realidad, lo que Occam hizo fue dar justificación filosófica a ciertos derechos positivos preexistentes, cuyo origen sería consecuencia de actos de autolimitación de reyes y señores feudales que aceptaban liberar a sus siervos de ciertas obligaciones (ver Rommen, Heinrich A., “The Genealogy of Natural Rights”, en *Thought*, Tomo 29, p. 403 [1954]).

no e iconoclasta extremista”. Para Strauss, la noción de derechos naturales sería una creación moderna, consecuencia del deseo de auto-preservación alrededor de la cual se centra la teoría del autor del “Leviatán”<sup>61</sup>.

Las posturas de Strauss y Villey –que aún hoy concitan numerosos apoyos–, así como la de otros autores que sostienen teorías similares<sup>62</sup>, han sido rebatidas de forma convincente tanto por Charles Reid, como por Brian Tierney, uno de los máximos especialistas en derecho medieval en los Estados Unidos. Ambos autores sostienen que la noción de derechos naturales es más antigua y su origen menos radical de lo que se suele sugerir. En diversos trabajos demostraron que la revolución en el lenguaje que dio origen a la idea de los derechos naturales se dio a mediados del Siglo XII, en los trabajos de los decretistas Rufino y Huguccio de Pisa, cerca de 1160 y 1190, respectivamente<sup>63</sup>.

Estas no son las únicas discusiones que genera la cuestión. La relación que existe entre los derechos naturales y el Derecho Natural también suscita diversas polémicas. Algunos sugieren, por ejemplo, que se trataría de conceptos lógicamente incompatibles<sup>64</sup>; otros, por el contrario, sostienen que son conceptos perfec-

---

<sup>61</sup> Strauss, Leo, *Natural Right and History*, 7ma. reimpresión, The University of Chicago Press, Chicago, 1971, p. 165 y sgtes. Strauss indica a Hobbes como el fundador del liberalismo.

<sup>62</sup> Ver, por ejemplo Tuck, Richard, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge University Press, Nueva York, 2002. En este libro, publicado originalmente en 1979, Tuck sostiene que el creador de la teoría de los derechos naturales fue Jean Gerson (ob. cit., p. 25 y sgtes).

<sup>63</sup> Ver, entre otros, Reid, Jr., Charles J., “The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry”, en *Boston College Law Review*, Tomo 33, p. 37 (1991); y Tierney, Brian, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law. 1150-1625*, Wm. B. Eerdmans Publishing Co., Michigan, 1997, pp. 60 a 69 y pp. 175 a 203; “Historical Roots of Modern Rights: Before Locke and After”, en *Ave Maria Law Review*, Tomo 3, p. 23 (2005), etc. Para una postura contraria, ver Fortin, Ernest, “On the Presumed Medieval Origin of Individual Rights”, en Hassing, Richard F. (editor), *Final Causality in Nature and Human Affairs. Studies in Philosophy and the History of Philosophy*, The Catholic University of America Press, Washington D.C., 1997, Tomo 30, p. 86 y sgtes.

<sup>64</sup> Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, 4ta. ed., Montchrestien, París, 1975, p. 227.

tamente compatibles entre sí<sup>65</sup>; hay quienes proponen hacer una distinción conceptual y normativa entre ambos<sup>66</sup>; otros sugieren que los derechos naturales implican una forma de corrección y perfeccionamiento político respecto de la tradición del Derecho Natural<sup>67</sup>; en cambio, hay quienes ven en los derechos naturales sólo una forma de extensión del Derecho Natural<sup>68</sup>; se afirma, desde otra óptica, que los derechos naturales derivan del concepto de Derecho Natural permisivo<sup>69</sup>; otros sostienen que los derechos naturales no derivan del Derecho Natural<sup>70</sup>; etc.

Cualquiera sea la postura filosófica moderna que se asuma en torno a los derechos naturales, lo cierto es que se trata de un concepto clave para entender los modelos constitucionales que surgen luego de las dos grandes revoluciones de fines del Siglo XVIII. Resulta de especial interés repasar la relación entre este concepto y la Constitución de los Estados Unidos. Como veremos seguidamente, los revolucionarios norteamericanos creían en la existencia de derechos inalienables, inherentes a las personas, esto es, derechos que los individuos tienen en forma independiente de cualquier otro que pudiera otorgarles o reconocerles el poder gubernamental. Esos derechos, bajo los cuales se juzga la justicia o no de las decisiones u órdenes adoptadas por el gobierno, son los

---

<sup>65</sup> Black, Virginia, “On Connecting Natural Rights with Natural Law”, en *Persona y Derecho*, Tomo 22, p. 183 (1990). Este artículo resulta de interés para una visión de la cuestión desde la perspectiva clásica del derecho natural.

<sup>66</sup> Barnett, Randy E., “A Law Professor’s Guide to Natural Law and Natural Rights”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Tomo 20, p. 655 (1997).

<sup>67</sup> Den Uyl, Douglas J. y Rasmussen, Douglas B., “Ethical Individualism, Natural Law, and the Primacy of Natural Rights”, en *Social Philosophy and Policy*, Vol. 18, Nro. 1, p. 66 y sgtes. (2001).

<sup>68</sup> Finnis, John Mitchell, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 2004, p. 205 y sgtes.

<sup>69</sup> Tierney, Brian, “Natural Law and Natural Rights. Old Problems and Recent Approaches”, en *The Review of Politics*, Tomo 64, Nro. 3, p. 389 (2002).

<sup>70</sup> Zuckert, Michael P., “Do Natural Rights Derive from Natural Law?”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Tomo 20, p. 695 y sgtes. (1997). Para Zuckert, los derechos naturales desde la perspectiva lockeana son y deben ser derechos negativos.

que los *Founding Fathers* denominaban como “natural rights”<sup>71</sup>. Tal como expuse en la Introducción, la consecuencia de esta concepción de derechos implica el reconocimiento de un ámbito de jurisdicción personal o una esfera de autonomía privada e individual en la que la persona tiene libertad de acción y elección, y en la que ni el Estado ni el resto de los individuos pueden interferir sin una debida justificación. En definitiva, para el constitucionalismo moderno, los derechos naturales representan un límite concreto al accionar gubernamental: no sólo restringen los fines concretos a los que el gobierno puede aspirar, sino también los medios para hacerlos realidad.

### **b) El constitucionalismo y la era de las revoluciones: similitudes y contrastes**

Como es sabido, el constitucionalismo moderno surge históricamente entre los Siglos XVII y XVIII con el objeto de limitar el poder de la autoridad gubernamental<sup>72</sup>. McIlwain nos recuerda que “en todas sus sucesivas etapas, el constitucionalismo tiene una cualidad esencial: es una limitación legal al gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario; es lo contrario del gobierno despótico, del gobierno del capricho en vez del derecho. [...] [L]a más antigua, la más persistente, y la más duradera de las características esenciales del verdadero constitucionalismo sigue siendo, como lo ha sido casi desde el comienzo, la limitación del gobierno por medio del derecho”<sup>73</sup>. Del mismo modo, Sánchez Viamonte explica

---

<sup>71</sup> Barnett, Randy E., *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, 2005, p. 54.

<sup>72</sup> Tal vez sea por eso que el constitucionalismo ha sido caracterizado por algunos como “una ideología política” (Henkin, Louis, “A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects”, en *Cardozo Law Review*, Tomo 14, p. 533 [1992]).

<sup>73</sup> McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Liberty Fund, Indianapolis, 2007, p. 21.

que “la historia del constitucionalismo es, también, la historia de las limitaciones al poder público”<sup>74</sup>.

¿A través de qué medios se intenta limitar el poder del gobierno? Por un lado, creando barreras jurídicas específicas para impedir el despotismo. Por el otro, regulando el accionar del gobierno en sí mismo. Sin embargo, el contenido del constitucionalismo moderno no se agota en el respeto de meras fórmulas de procedimiento: comprende y, más aún, requiere un contenido sustancial de reconocimiento y protección de los derechos naturales de las personas<sup>75</sup>. De hecho, el primer deber del gobierno es proteger esos derechos naturales.

Las notas descriptas están presentes en los sistemas constitucionales que surgen de las revoluciones iniciadas con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, el 4 de julio de 1776, y la toma de la Bastilla, el 14 de julio de 1789. Estos sistemas, es cierto, presentan notorias diferencias en su origen, muchas de las cuales persisten hasta la fecha. Sin embargo, me interesa destacar un objetivo común: la protección de los derechos naturales como uno de los ejes centrales alrededor del cual giran originalmente los sistemas constitucionales creados a ambos lados del Atlántico<sup>76</sup>.

Dado que las instituciones surgidas de la Revolución Norteamericana son las que mayor influencia ejercieron en nuestro sistema constitucional, haré mayor hincapié en las ideas sostenidas en los Estados Unidos respecto de los derechos naturales. En cambio, el tratamiento sobre este mismo tema en la Revolución Francesa será más escueto. Más allá de la influencia concreta del modelo,

---

<sup>74</sup> Sánchez Viamonte, Carlos, *El Constitucionalismo. Sus problemas*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 21.

<sup>75</sup> Se ha dicho, con razón, que “[e]l principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas o de libertad individual es, en efecto, un principio esencial del constitucionalismo” (García de Enterría, *La Constitución...*, p. 52).

<sup>76</sup> Cfr. Berman, Harold J., “The Impact of the Enlightenment on American Constitutional Law”, en *Yale Journal of Law and the Humanities*, Tomo 4, Nro. 2, p. 323 y sgtes. (1992).

no hay que olvidar que el constitucionalismo norteamericano significó una innovación radical<sup>77</sup>: además de crear (i) un concepto de Constitución completamente nuevo, (ii) la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, (iii) la supremacía formal de la Constitución, (iv) un esquema especial de separación de poderes (*checks and balances*), (v) el sistema federal, (vi) el sistema presidencial, y (vii) el control judicial de constitucionalidad, la Revolución Norteamericana nos trae las primeras declaraciones de derechos<sup>78</sup>. En efecto, las principales figuras de la Revolución Norteamericana eran fervientes defensores de los derechos naturales y dejaron testimonio de ello en diversas cartas, panfletos, libros y documentos constitucionales. Veamos algunos ejemplos:

- (i) En la célebre Declaración de Independencia de los Estados Unidos, redactada principalmente por Thomas Jefferson, se afirma: “Sostenemos estas verdades como evidentes por sí mismas: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos Derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. Que para garantizar estos derechos, los Gobiernos se instituyen entre los hombres, derivando sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos fines, el pueblo tiene el Derecho a reformarla, o abolirla, e instituir un nuevo Gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su Seguridad y Felicidad”<sup>79</sup>;

<sup>77</sup> Cfr. Jiménez Asensio, Rafael, *El Constitucionalismo. Proceso de Formación y Fundamentos del Derecho Constitucional*, 2da. ed., Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 59.

<sup>78</sup> Cfr. Jiménez Asensio, *El Constitucionalismo...*, pp. 47 y 48.

<sup>79</sup> Kurland, Philip B. y Lerner, Ralph, *The Founders Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis, 1987, Tomo V, p. 4. Pocos días antes de su muerte, Jefferson rechazaba por carta una invitación a celebrar el cincuenta aniversario de la Declaración de Independencia. Allí señalaba

- (ii) A su vez, el artículo 1° de la Declaración de Derechos de Virginia, redactada por George Mason el 12 de junio de 1776, dispone que: “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; expresamente, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios para adquirir y poseer propiedad, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad”<sup>80</sup>;
- (iii) Algo similar ocurre con la Constitución de Massachusetts de 1780, redactada por John Adams<sup>81</sup>. En su artículo 1°, se establece lo siguiente: “todos los hombres nacen libres e iguales, y tienen ciertos derechos naturales, esenciales e inalienables; entre los que puede reconocerse el derecho a disfrutar y defender sus vidas y libertades; el de adquirir, poseer y proteger propiedad; en definitiva, de buscar y obtener su seguridad y felicidad”<sup>82</sup>;
- (iv) Finalmente, recordemos la opinión de James Wilson, uno de los principales actores de la Convención de Filadelfia de 1787<sup>83</sup>. Luego de explicar el funcionamiento del sistema de gobierno estadounidense, Wilson planteaba lo siguiente: “¿Con qué propósito es que se ha

---

orgullosamente que con la Revolución Norteamericana todos habían abierto los ojos a los “derechos del hombre” (ver carta de Thomas Jefferson a Roger C. Weightman, de fecha 24 de junio de 1826, en Jefferson Randolph, Thomas (editor), *Memoir, Correspondence and Miscellanies from the Papers of Thomas Jefferson*, F. Carr & Co., Charlottesville, 1829, Tomo IV, p. 441). Como es sabido, Jefferson murió pocos días después, el 4 de julio de 1826, el día en que se cumplían los 50 años de la Declaración de Independencia.

<sup>80</sup> Kurland y Lerner, *The Founders...*, Tomo V, p. 3.

<sup>81</sup> Adams colaboró con Jefferson en la redacción de la Declaración de Independencia. Curiosamente, al igual que Jefferson, Adams murió el 4 de julio de 1826, el día en que se cumplían los 50 años de esa Declaración.

<sup>82</sup> Kurland y Lerner, *The Founders...*, Tomo V, p. 7.

<sup>83</sup> Wilson fue, además, *Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos y profesor de derecho en el *College* de Filadelfia.

levantado este magnífico palacio? Para la residencia y hospedaje del soberano, el Hombre. ¿El hombre existe para beneficio del gobierno? ¿O el gobierno es instituido en beneficio del hombre?”<sup>84</sup>. Luego de criticar a Edmud Burke y a William Blackstone por sostener que cuando el hombre instituye el gobierno renuncia a toda su libertad para asegurar algo de ella, Wilson sostiene que el gobierno debe formarse para asegurar y ampliar el ejercicio de los derechos naturales de los individuos. Y concluye que resulta ilegítimo todo gobierno que no tenga esto en vista como su principal objeto<sup>85</sup>.

Ahora veamos brevemente qué ocurre en la Francia revolucionaria. Ya al comienzo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se hace referencia a los derechos naturales: “Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobernantes, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, para que esta declaración esté presente constantemente en todos los miembros del cuerpo social y les recuerde sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y ejecutivo, al poder ser comparados en cualquier momento con la finalidad de toda institución política, sean más respetados; para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en adelante en principios simples e indiscutibles, contribuyan siempre al mantenimiento de la Constitución y el bienestar de todos”. A su vez, el artículo 2 de la Declaración dispone lo siguiente: “El fin de toda asociación política es el man-

<sup>84</sup> Wilson, James, *The Works of the Honourable James Wilson, LL.D.*, Bronson and Chauncey, Filadelfia, 1804, Tomo II, p. 453.

<sup>85</sup> Wilson, *The Works of...*, p. 466. Entre otros derechos naturales, Wilson sostiene que el hombre tiene un derecho natural sobre su propiedad, sobre sus opiniones, a la libertad y a la seguridad (*ob. cit.*, p. 467).



tenimiento de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”<sup>86</sup>.

Obsérvese que la protección de los derechos naturales fue proclamada como un fin en sí mismo tanto por la revolución norteamericana como por la francesa. De hecho, no es casual que se discuta el grado de influencia que tanto la Declaración de Independencia, como la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, ejercieron en los revolucionarios franceses, especialmente en Lafayette<sup>87</sup>. Sin embargo, ya desde el inicio, las diferencias entre ambos sistemas constitucionales son evidentes: aunque el fin general era idéntico, los medios que diseñaron los revolucionarios norteamericanos fueron radicalmente distintos de los ideados en Francia. Es que, como sostiene Michel Troper, las funciones de las declaraciones de derechos nacidas al amparo de ambas revoluciones eran divergentes: en Francia se intentaba fundar el poder; en los Estados Unidos, en cambio, se intentaba limitarlo<sup>88</sup>. Por ello es que existen tantas diferencias en la concepción de sus constituciones: lo que en Francia es un documento de orientación política, en Estados Unidos se considera una norma jurídica suprema, a

<sup>86</sup> Duguit, Leon y Monnier, Henry, *Les Constitutions et Les Principales Lois Politiques de la France depuis 1789*, 5ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1932, pp. 1 y 2.

<sup>87</sup> Cfr. Berman, “The Impact...”, p. 324; Sánchez Viamonte, Carlos, *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa*, UNAM, Ediciones de la Facultad de Derecho, México, 1956, pp. 13 a 16; etc. Vale la pena recordar el carácter simbólico de la entrega de las llaves de la Bastilla que Lafayette hizo a Thomas Paine (uno de los grandes ideólogos de la revolución norteamericana), para que éste se las entregara a George Washington. Paine, a su vez, defendió la Revolución Francesa frente a las duras críticas de Edmund Burke (Paine, Thomas, “Rights of Man, Being an Answer to Mr. Burke’s Attack on the French Revolution”, en *Common Sense, Rights of Man, And Other Essential Writings of Thomas Paine*, New American Library, Nueva York, 2003, p. 129). Paine era otro ferviente defensor de la doctrina de los derechos naturales y sostenía que éstos no eran una creación o donación de un hombre a un grupo de hombres, sino que derivaban del hombre mismo, por el solo hecho de su existencia (ob. cit., p. 169).

<sup>88</sup> Troper, Michel, “Jefferson y la Interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nro. 8, Madrid, p. 550 (2000). Aclaro al lector que no comparto todas las posiciones que Troper sostiene en este interesante artículo.

la que las restantes normas inferiores debían adecuarse<sup>89</sup>. Lo que en Francia era separación radical entre los poderes, en Estados Unidos era, a instancias de James Madison, separación y control recíproco entre ellos, a través de los *checks and balances*<sup>90</sup>. Finalmente, lo que en Francia era simple administración de justicia, en Estados Unidos era un Poder Judicial independiente, con la facultad de ejercer la *judicial review*. Esta última nota se convertiría en una de las contribuciones más importantes que los revolucionarios norteamericanos hicieron a la teoría política moderna, ya que ni Locke, ni Montesquieu habían pensado en el rol que Madison, Jefferson o Hamilton asignaron a los jueces<sup>91</sup>.

Tanto o más importancia reviste la diferencia acerca de las declaraciones de derechos. Tal como explica Fioravanti, “precisamente aquí, en la garantía de los derechos, está *el punto débil* y más problemático de la revolución [francesa]”<sup>92</sup>. En efecto, si bien se concibió a la Declaración de 1789 como una verdadera declaración de derechos naturales, no se le reconoció carácter normativo y, por ende, no podía invocarse para limitar el poder del

<sup>89</sup> Para García de Enterría, la idea de constitución que manejaban los revolucionarios franceses no era muy distinta de la que se sostenía en Estados Unidos. Sin embargo, para el jurista español, esa idea “va a perecer en Europa a raíz de la Restauración que subsigue a la aventura napoleónica” (García de Enterría, *La Constitución...*, p. 138). No comparto esa opinión. Basta analizar la primera Constitución francesa, aprobada el 3 de septiembre de 1791, para apreciar que, ya desde el comienzo mismo de la Revolución Francesa, la forma de concebir la Constitución no puede haber sido más diferente (al respecto, ver García-Mansilla y Ramírez Calvo, *Las Fuentes...*, pp. 93 a 106).

<sup>90</sup> Tal como explica Gargarella, Madison fue “el principal ideólogo del sistema de ‘frenos y contrapesos’”, al que consideraba como “el único remedio institucional adecuado frente al egoísmo y la ambición de poder que parecía inherente a la naturaleza del hombre” (Gargarella, Roberto, “El Contenido Igualitario del Constitucionalismo”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo I - Democracia, p. 16). Para un análisis detallado del pensamiento constitucional de Madison y su influencia en nuestro país, ver García-Mansilla, Manuel José y Ramírez Calvo, Ricardo, “James Madison y la Constitución Nacional”, en *Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en el sesquicentenario de su sanción*, Instituto Urquiza de Estudios Históricos, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 2003, p. 139.

<sup>91</sup> Cfr. Berman, “The Impact...”, p. 328.

<sup>92</sup> Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, 4ta. ed., Trotta, Madrid, 2003, p. 70.

gobierno en consonancia con el ideal del constitucionalismo. Por ello, Carré de Malberg aclara que la Declaración de 1789, “no es propiamente hablando una declaración de derechos, sino únicamente una declaración de principios: no formula reglas jurídicas que sean susceptibles de aplicación práctica por un juez; no coloca a los ciudadanos en estado de alegar ante los tribunales tal o cual facultad individual claramente delimitada; las afirmaciones vagas y generales a que se reduce dejan intocada la cuestión de la reglamentación legislativa de los derechos individuales que pudo consagrar implícitamente, y por consiguiente, deja también sin tocar la potestad del legislador sobre esta reglamentación”<sup>93</sup>. Fácil es apreciar las diferencias con el modelo norteamericano.

En relación con este último punto, aparece un matiz adicional que refuerza las tajantes diferencias que existen entre ambos modelos: la relación entre las declaraciones de derechos y el poder del legislador. Y es que, siguiendo a Rosseau, los franceses consideraban que “el legislador *no puede lesionar* los derechos individuales porque es *necesariamente* justo; y es tal porque encarna en sí la voluntad general del pueblo o nación. Se explica así que la Declaración de Derechos agote el sistema de garantías en el envío obligado a la ley. [...] Cuanto más fuerte es el legislador mejor refleja la voluntad general y, en consecuencia, más seguras están las libertades y derechos. En la revolución no existe entonces ningún intento serio de contraponer el derecho natural de las libertades al derecho positivo dado por la ley del Estado, individualizando en el primero un verdadero límite externo a la autoridad del segundo del cual partir para construir un sistema de garantías”<sup>94</sup>. Esa posición preferente que el legislador ocupa en el sistema francés, por el sólo hecho de considerarlo como expositor genuino de la *volonté générale*, contrasta notablemente con la prevista en el sistema nor-

---

<sup>93</sup> Carré de Malberg, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 1245 y 1246.

<sup>94</sup> Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales...*, p. 73.

teamericano. Como veremos en el punto siguiente, los *Founding Fathers* tenían una marcada desconfianza respecto del poder del legislador y de las mayorías. Y, teniendo en mente esas previsiones, idearon un sistema constitucional que limitaba a todas las ramas del gobierno, como forma de evitar los peligros derivados de sus eventuales excesos.

Queda claro así que, en la Francia revolucionaria, la idea de los derechos aparece independizada de todo carácter normativo. No se pretende consagrar jurídicamente los derechos que se declaran o, dicho de otro modo, no se intenta incorporar al derecho positivo los derechos naturales que las declaraciones reconocen. Por el contrario, la intención es plasmar en un documento perdurable un catálogo de derechos de forma independiente de su posterior protección o reconocimiento jurídico. Los constituyentes franceses pretendieron crear un documento de naturaleza meramente política, destinado a servir de guía no sólo al legislador francés, sino y principalmente, al mundo entero<sup>95</sup>.

Teniendo en cuenta la importancia de las diferencias apuntadas, llama la atención que juristas de la talla de Linares afirmen que las declaraciones de derechos en nuestro país “tienen una prosapia más francesa que americana”<sup>96</sup>. Me resulta imposible compartir esa opinión: si bien es cierto que, tal como ya expliqué, el reconocimiento y protección de los derechos naturales formaba parte de un ideario común en Francia y Estados Unidos, no puede

---

<sup>95</sup> Si bien es cierto que después de la Segunda Guerra Mundial el derecho constitucional europeo dio un giro importante en relación con el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución, las diferencias con el modelo norteamericano, y por ende el argentino, siguen siendo notorias. Algo similar ocurre en materia de derechos: “Da la impresión de que el estatuto teórico de los derechos fundamentales está muy influido en Europa por la idea de que todos ellos son encuadrables en ‘generaciones’ que se suceden a ritmo distinto, y con efecto acumulativo sobre una supuesta ‘lista’ final. Una cultura jurídica sobre la que aún pesa la impronta de la codificación no es seguramente ajena a semejante modo de entender las cosas” (Revenga Sánchez, Miguel, “Sobre (Viejos) Modelos de Justicia Constitucional y Creación de (Nuevos) Derechos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Tomo 64, p. 104 [2002]).

<sup>96</sup> Linares, Juan Francisco, “El Derecho Natural y su Invocación en la Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *La Ley*, Tomo 28, p. 916 (1942).

minimizarse el carácter decididamente estadounidense que adoptó nuestro sistema constitucional. De otro modo, se corre el riesgo de confundir la evidente similitud que existe en relación con los fines de ambas revoluciones y olvidar las enormes diferencias respecto de los medios propuestos para hacerlos realidad<sup>97</sup>. A fin de dar por tierra con la pretendida ascendencia francesa de los derechos reconocidos en la Primera Parte de la Constitución Nacional, resulta sumamente ilustrativa recordar una frase de Taine, el gran historiador de la Revolución de 1789: “Nada hay aquí parecido a las Declaraciones precisas de la Constitución americana, a esas prescripciones positivas que pueden servir de soporte a un reclamo judicial, a esas prohibiciones expresas que impiden por adelantado varias especies de leyes, que trazan un límite a la acción de los poderes públicos, que circunscriben territorios donde el Estado no puede entrar porque están reservados al individuo. Por el contrario, en la Declaración de la Asamblea nacional, la mayoría de los artículos no son más que dogmas abstractos, definiciones metafísicas, axiomas más o menos literarios, es decir, más o menos falsos, ya vagos, ya contradictorios, susceptibles de varios sentidos, y susceptibles de sentidos opuestos, buenos para una arenga de aparato y no para un uso efectivo, simple decoración, especie de enseña pomposa, inútil y pesada, que erguida sobre el frente de la casa constitucional y sacudida a diario por manos violentas, no puede menos que caerse al fin sobre la cabeza de los transeúntes”<sup>98</sup>. Es evidente que, en lo que a la declaración de derechos respecta, existe un abismo entre ambos sistemas. Y no cabe duda de que nuestra Constitución estuvo muy lejos de seguir en este punto al modelo francés. Por el contrario, su impronta es decididamente estadounidense.

---

<sup>97</sup> Además, no se puede olvidar que la prosapia misma de la Declaración de Derechos francesa parecería ser, en realidad, norteamericana (ver, entre otros, Waldron, *Nonsense Upon Stilts*..., p. 23). El propio Linares se ve obligado a reconocer esa influencia estadounidense y apela, entonces, sin aclaración o matiz alguno, a la existencia de “un estado cultural colectivo” (Linares, “El Derecho Natural...”, p. 917, n. 7).

<sup>98</sup> Taine, Hippolyte, *The French Revolution*, Liberty Fund, Indianapolis, 2002, Tomo I, p. 244.

Pero, ¿cuál fue el tratamiento constitucional que se le dio a los derechos naturales en los Estados Unidos? Contrariamente a lo ocurrido en Francia, el compromiso con los derechos naturales era tan grande que los constituyentes norteamericanos omitieron incluir una declaración de derechos en la Constitución federal de 1787. Esto, que parece una contradicción, merece una explicación adicional.

### c) Los “Founding Fathers” y los “Natural Rights”

Para muchos autores, el pensador más influyente en el ideario de la Revolución Norteamericana fue John Locke<sup>99</sup>. De hecho, algunos lo sindicaron como “el filósofo de América”<sup>100</sup>. Como es

<sup>99</sup> La cita de autores europeos en Estados Unidos era frecuente durante el período revolucionario: Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, Emerich de Vattel, Jean Jacques Burlamaqui, John Locke, Algernon Sidney y otros eran constantemente citados. Coincido con Hamburger, quien sostiene que si bien es discutible si fue Locke, Sidney u otro escritor europeo el que mayor influencia ejerció en la Norteamérica revolucionaria, queda claro que los colonos generalmente extraían de estas fuentes nociones altamente generalizadas acerca de los derechos naturales, el estado de naturaleza y los orígenes del gobierno (Hamburger, Philip A., “Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions”, en *Yale Law Journal*, Tomo 102, p. 914 [1993]).

<sup>100</sup> Cfr. Zuckert, Michael, “Natural Rights and Imperial Constitutionalism: The American Revolution and the Development of the American Amalgam”, en *Social Philosophy and Policy*, Vol. 22, Nro. 1, p. 27 (2005). No desconozco el debate historiográfico que existe en los Estados Unidos acerca de los orígenes ideológicos de la Revolución Norteamericana. En el marco de ese debate, muchos autores ponen el acento en lo que se denomina la “síntesis republicana” y los deberes del hombre, mientras que otros ponen el acento en los derechos naturales. Esta última lectura es la que, entiendo, se ajusta más a la realidad histórica y al pensamiento expuesto por los *Founding Fathers*. El lector interesado en esta cuestión puede consultar obras tales como: Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1992; Gerber, Scott D., *To Secure These Rights*, New York University Press, Nueva York, 1995; Lutz, Donald S., *The Origins of American Constitutionalism*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1988; McDonald, Forrest, *Novus Ordo Seclorum. The Intellectual Origins of the Constitution*, University Press of Kansas, Lawrence, 1985; Pocock, John Greville Agard, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, Princeton, 2003; Rakove, Jack N., *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Vintage Books, Nueva York, 1997; Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1998; Zuckert, Michael P., *The Natural Rights Republic: Studies in the Foundation of the American Political Tradition*, University of Notre Dame Press, Indiana, 1996, etc.

sabido, entre otras cosas, Locke hizo un valioso aporte a la teoría de los derechos naturales, al declarar que el gobierno debía proteger esos derechos y si los infringía de forma arbitraria podía ser abolido por medio de una revolución<sup>101</sup>.

En consonancia con el ideario lockeano, los *Founding Fathers* creían firmemente en la existencia de esos derechos naturales y en la obligación del gobierno de protegerlos<sup>102</sup>. Como contrapartida, defendían también el derecho a deponer un gobierno tiránico. Sin embargo, a pesar de que la influencia de Locke resulta indiscutible, los constituyentes norteamericanos no siguieron la doctrina del autor inglés al pie de la letra y se apartaron sutilmente de sus enseñanzas en dos puntos importantes. Por un lado, Locke sostenía que cuando un cierto número de hombres brinda su consentimiento para crear una comunidad o gobierno, éstos pasan a formar un solo cuerpo político en que la mayoría tiene un amplio derecho a tomar decisiones. De esta forma, todos quedan obliga-

<sup>101</sup>Locke, John, *Two Treatises of Government*, (Peter Laslett ed.), 13ª reimpression, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, Capítulo XIX, p. 412 y sgtes.

<sup>102</sup>La fórmula clásica con la que se definía el alcance de los derechos naturales durante el período revolucionario era “vida, libertad y propiedad” o “vida, libertad y búsqueda de la felicidad”. Algunos han pretendido ver en esta diferencia, especialmente en la Declaración de Independencia, como una nota de radicalismo por parte de Jefferson, quien de esta forma habría negado al derecho de propiedad el carácter de derecho natural e inalienable. Como sostiene Rahe, esta postura es obviamente falsa (Rahe, Paul A., “The Political Needs of a Toolmaking Animal: Madison, Hamilton, Locke and the Question of Property”, en Frankel Paul, Ellen, Miller, Jr., Fred D. y Paul, Jeffrey (editores), *Natural Rights Liberalism from Locke to Nozick*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005, p. 5). En efecto, Jefferson no solo manifestó en numerosas oportunidades que el derecho de propiedad era un derecho natural e inalienable, necesario para la búsqueda de felicidad, sino que prácticamente todos los integrantes de la generación de los *Founding Fathers* sostuvieron idénticas ideas (Cfr. Rahe, “The Political Needs...”, p. 5 y sgtes.). A modo de comprobación de este aserto, basta con citar la opinión del *Justice Paterson* en el caso “*Vanhorne’s Lessee v. Dorrance*” (2 Dall. 304 [1795]). Allí, Paterson sostiene que “es evidente que el derecho de adquirir propiedad y que ésta sea protegida, es uno de los derechos naturales, inherentes e inalienables del hombre”. La cita completa en idioma original es: “that the right of acquiring [...] property, and having it protected, is one of the natural, inherent, and unalienable rights of man. Men have a sense of property: Property is necessary to their subsistence, and correspondent to their natural wants and desires; its security was one of the objects, that induced them to unite in society. No man would become a member of a community, in which he could not enjoy the fruits of his honest labor and industry. The preservation of property then is a primary object of the social compact [...]” (Cfr. Kurland y Lerner, *The Founders...*, Tomo I, pp. 599 y 600).

dos a someterse al parecer de esa mayoría<sup>103</sup>. Por el otro, Locke afirmaba que al entrar en sociedad, los hombres renunciaban a ciertos derechos naturales<sup>104</sup>. De aquí podría llegar a inferirse que, una vez que el gobierno queda instalado luego del consentimiento de los gobernados, los derechos individuales se encuentran sujetos a las decisiones de las mayorías circunstancialmente a cargo del gobierno<sup>105</sup>. Esta interpretación de la doctrina lockeana, sin embargo, sería inconsistente con la filosofía del constitucionalismo estadounidense<sup>106</sup>. Jefferson lo confirma en una carta en la que rechaza la idea de que los hombres renuncian a alguno de sus derechos naturales una vez que entran en sociedad. En idéntico sentido, destaca que los legisladores deben ser conscientes de que esos derechos de las personas implican un límite preciso a sus poderes<sup>107</sup>. Madison sostuvo una teoría similar, en la que, además, dejó expresada la profunda desconfianza que los constituyentes norteamericanos tenían no sólo respecto del poder del legislador, sino también de las facciones mayoritarias que operan a través

<sup>103</sup> Locke, *Two Treatises...*, Capítulo VIII, pp. 331 y 332.

<sup>104</sup> Locke, *Two Treatises...*, Capítulo IX, p. 353.

<sup>105</sup> Cabe aclarar, de todos modos, que el propio Locke está lejos de reconocer al gobierno facultades omnímodas. Por el contrario, sostuvo que sólo puede tomar medidas tendientes al bien común, entendido éste como el bien de cada uno de los integrantes de la comunidad (Locke, *Two Treatises...*, Capítulo IX, p. 353). En idéntico sentido, sostuvo que el poder absoluto o arbitrario era incompatible con los fines del gobierno y que “es un error pensar que el Poder Supremo o Legislativo de cualquier comunidad política puede hacer lo que quiera y disponer arbitrariamente de las posesiones de sus súbditos o tomar parte de las mismas si le place” (Locke, *Two Treatises...*, Capítulo XI, p. 361).

<sup>106</sup> Cfr. Manion, Clarence, “The Founding Fathers and the Natural Law: A Study of the Source of Our Legal Institutions”, en *American Bar Association Journal*, Tomo 35, p. 463 (1949).

<sup>107</sup> Ver carta de Jefferson a Francis Gilmer, del 7 de junio de 1816: “Our legislators are not sufficiently apprized of the rightful limits of their power; that their true office is to declare and enforce only our natural rights and duties, and to take none of them from us. No man has a natural right to commit aggression on the equal rights of another; and this is all from which the laws ought to restrain him; every man is under the natural duty of contributing to the necessities of the society; and this is all the laws should enforce on him; and, no man having a natural right to be the judge between himself and another, it is his natural duty to submit to the umpirage of an impartial third. When the laws have declared and enforced all this, they have fulfilled their functions, and the idea is quite unfounded, that on entering into society we give up any natural right” (Jefferson Randolph, *Memoir, Correspondence...*, Tomo IV, p. 278).



del gobierno<sup>108</sup>. En palabras de Madison: “allí donde quiera que resida el poder real del Gobierno, existe el riesgo de opresión. En nuestros Gobiernos el poder real reside en la mayoría de la Comunidad, y la invasión de los derechos privados es de esperarse que proceda, principalmente, no de actos de Gobierno contrarios al sentir de sus ciudadanos, sino de actos en los que el Gobierno es un mero instrumento del mayor número de ellos”<sup>109</sup>.

Teniendo en cuenta esa desconfianza a las mayorías o facciones, los *Founding Fathers* idearon la Constitución como medio para estructurar y limitar el gobierno y, a través de esa regulación, garantizar la protección de los derechos naturales. Sin embargo, no incluyeron en ella una declaración de derechos. ¿Cómo se explica esta omisión?

La explicación es más sencilla de lo que se puede suponer: los *Founding Fathers* omitieron incluir un *Bill of Rights* por temor a que la enumeración de ciertos derechos fuera interpretada implícitamente como negación de todos aquellos que no fueran enumerados en el texto constitucional. Los revolucionarios norteamericanos tenían una concepción muy amplia de los derechos naturales, entendidos éstos como sinónimo de “libertades”<sup>110</sup>. Considerando que enumerar esos derechos era prácticamente imposible y, por ende, peligroso, prefirieron en un primer momento enfocarse solamente en la forma de organizar el poder gubernamental y, de esa forma, limitarlo. De hecho, Hamilton argumentaba que la forma en la que la Constitución estructuraba ese poder era, en sí misma,

---

<sup>108</sup>Para ver la evolución del pensamiento de Madison al respecto, ver Rakove, Jack. N., “James Madison and the Bill of Rights: A Broader Context”, en *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 22, No. 4, p. 667 (1992).

<sup>109</sup>Ver carta de Madison a Thomas Jefferson, del 17 de octubre de 1788, en Madison, James, *Writings*, The Library of America, Nueva York, 1999, p. 420.

<sup>110</sup>Cfr. Barnett, *Restoring...*, p. 57 y sgtes. Conforme explica Barnett, esos derechos de libertad eran para actuar o pensar en cierta forma. No incluían la posibilidad de reclamar una prestación específica, sea en dinero o en especie, tanto al gobierno como a otras personas.

una Declaración de Derechos<sup>111</sup>. Sin embargo, durante el proceso de ratificación en los diferentes estados de la Unión, los Antifederalistas criticaban la Constitución, fundamentalmente, por haber omitido una declaración de derechos<sup>112</sup>.

La falta de un *Bill of Rights* tuvo que ser explicada, entonces, en las convenciones estatales en las que se discutía si se ratificaba o no la Constitución de Filadelfia. En Carolina del Sur, por ejemplo, Charles Pickney justificaba la ausencia de una declaración de derechos y explicaba que “como tal vez podríamos haber omitido la enumeración de algunos de nuestros derechos, entonces podría decirse que habíamos delegado en el gobierno general el poder de sacarnos aquellos de nuestros derechos que no hubiésemos enumerado”<sup>113</sup>. De forma similar, durante la convención de ratificación en Pensilvania, James Wilson explicaba que “si intentamos una enumeración, todo lo que no esté enumerado se presumirá como entregado. La consecuencia es que, una imperfecta enumeración arrojará todos los poderes implícitos en manos del gobierno, y así los derechos de las personas quedarán incompletos”<sup>114</sup>. El trasfondo del problema, insisto, es la visión expansiva que los constituyentes norteamericanos tenían respecto de los derechos naturales o “libertades”. Eso hacía prácticamente imposible su enumeración. A modo de ejemplo, vale la pena recordar la opinión que James Iredell, *futuro* Justice de la Corte Suprema, expresara durante la Convención de Carolina del Norte. Luego de rechazar las críticas por la falta de una declaración de derechos, Iredell sostuvo la imposibilidad de enumerarlos y la

---

<sup>111</sup> Ver el Nro. 84 de “El Federalista”, en Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *The Federalist Papers*, Penguin Group, Nueva York, 2003, p. 514.

<sup>112</sup> Levy, Leonard W., *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press, New Haven, 1999, p. 25 y sgtes.

<sup>113</sup> Elliot, Jonathan (editor), *The Debates in the Several State Conventions, on the Adoption of the Federal Constitution, as recommended by the General Convention at Philadelphia in 1787*, 2da. ed., Washington, 1836, Tomo IV, p. 316.

<sup>114</sup> Elliot, *The Debates*..., Tomo II, p. 436.

consiguiente peligrosidad de incluir una lista incompleta. Y remató su exposición del siguiente modo: “Permitid a cualquiera que elabore la colección o enumeración de derechos que le plazca, e inmediatamente mencionaré veinte o treinta derechos más no contenidos en la misma”<sup>115</sup>.

La solución al problema planteado por esa visión expansiva y la consiguiente imposibilidad de enumerar todos los derechos naturales fue ideada por James Madison. Pese a que originalmente era escéptico acerca de la necesidad de incluir un catálogo de derechos, Madison finalmente lideró la propuesta de adopción del *Bill of Rights*<sup>116</sup>. Para ello, propuso una reforma que permitía proteger la concepción amplia de los derechos naturales y evitar el peligro de la enumeración. Su propuesta sería finalmente reflejada en la Enmienda IX de la Constitución estadounidense: “La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no será interpretada para denegar o menoscabar otros retenidos por el pueblo”.

Madison defendió la inclusión del *Bill of Rights* en un discurso pronunciado en la Cámara de Representantes, el 8 de junio de 1789. Allí dijo: “Creo que la mayoría de las personas que se opusieron a ella [la Constitución], lo hicieron porque no contenía disposiciones efectivas contra las violaciones de los derechos individuales ni aquellas salvaguardias que hace tiempo se acostumbran a inter-

---

<sup>115</sup>La frase completa en idioma original es: “it would not only be useless, but dangerous, to enumerate a number of rights which are not intended to be given up; because it would be implying, in the strongest manner, that every right not included in the exception might be impaired by the government without usurpation; and it would be impossible to enumerate every one. Let any one make what collection or enumeration of rights he pleases, I will immediately mention twenty or thirty more rights not contained in it” (Elliot, *The Debates...*, Tomo IV, p. 167).

<sup>116</sup>Jefferson es quien terminaría convenciendo a Madison de la necesidad de incluir el *Bill of Rights*, en una carta enviada el 15 de marzo de 1789, en la que resalta la importancia del control judicial sobre las leyes: “In the arguments in favor of a declaration of rights, you omit one which has great weight with me, the legal check which it puts into the hands of the judiciary. This is a body, which if rendered independent, and kept strictly to their own department merits great confidence for their learning and integrity” (Koche, Adrienne y Peden, William (editores), *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, Random House, Nueva York, 2004, p. 426).

poner entre ellos y el magistrado que ejerce el poder soberano”<sup>117</sup>. Fácil es advertir en este punto que Madison considera a la declaración de derechos como un límite al poder del Estado y una protección de esos derechos frente a los posibles abusos de éste.

Más adelante, en el mismo discurso, Madison compara la declaración de derechos británica con la que él propone para los Estados Unidos. Allí deja claro que la Constitución tiene el carácter de norma jurídica directamente invocable por los particulares para resistir los abusos del gobierno: “En la declaración de derechos establecida por ese país [Gran Bretaña], la verdad es que no han hecho más que establecer una barrera contra el poder de la corona, pero el poder de la legislatura permanece ilimitado. [...] Aunque el caso pueda ser totalmente diferente y no se haya considerado necesario establecer límites al poder legislativo en ese país, una opinión diferente prevalece en los Estados Unidos. El pueblo de los diferentes Estados ha creído necesario establecer barreras contra el poder en todas las formas y departamentos de gobierno [...]”<sup>118</sup>.

Finalmente, luego de insistir en la importancia del *Bill of Rights* para prevenir y resistir los posibles abusos cometidos por el gobierno o la comunidad, Madison sostuvo que la incorporación de los derechos naturales a la Constitución iba a tener un efecto saludable. La protección contra esos abusos de poder estaría en mano de los jueces. En palabras de Madison: “tribunales de justicia independientes se considerarán a sí mismos de forma peculiar como los guardianes de esos derechos; se convertirán en un baluarte inexpugnable frente a cualquier asunción de poder por parte del legislativo o el ejecutivo; serán llevados naturalmente a resistir cualquier violación de los derechos expresamente contemplados en la Constitución a través de la declaración de derechos”<sup>119</sup>. Queda claro, entonces, que Madison pretendía que la declaración de

<sup>117</sup> Madison, *Writings*, p. 441.

<sup>118</sup> Madison, *Writings*, p. 445.

<sup>119</sup> Madison, *Writings*, p. 449.

derechos pudiera ser invocada por los particulares ante los poderes públicos y muy especialmente en juicio, poniendo de esa manera un límite estricto a las facultades de aquéllos.

Así ocurrió durante largos años en los Estados Unidos. Tal como explica Corwin, durante el primer período del derecho constitucional norteamericano los jueces apelaban libremente a los derechos naturales como límite del poder legislativo y así fundamentaban sus decisiones. Lo mismo hacían los grandes abogados estadounidenses de ese período<sup>120</sup>. Recién a partir de las primeras décadas del Siglo XX, especialmente luego de la crisis de 1929 y el surgimiento del *New Deal*, la doctrina de los derechos naturales sería gradualmente abandonada por los jueces norteamericanos<sup>121</sup>. Esta actitud, especialmente en el caso de la Corte Suprema, dejó sin protección judicial específica tanto al derecho de propiedad como a la mayoría de los derechos naturales no enumerados. Esa situación generó un debate académico muy rico en los últimos 25 años, durante los que se publicaron importantes estudios acerca del origen y alcance de la Enmienda IX<sup>122</sup>. La cuestión sigue siendo objeto de discusión y está lejos de haber sido zanjada.

<sup>120</sup>Corwin, Edward, "The Debt of American Constitutional Law to Natural Law Concepts", en *Notre Dame Lawyer*, Tomo 25, p. 265 (1950).

<sup>121</sup>Pound afirma que ese abandono se debió al "individualismo abstracto y extremo" que surgiría de esa teoría (Pound, Roscoe, *The Ideal Element in Law*, Liberty Fund, Indianapolis, 2002, p. 196).

<sup>122</sup>Al respecto, resulta indispensable la consulta de los dos volúmenes editados por Randy E. Barnett (*The Rights Retained by the People. The History and Meaning of the Ninth Amendment*, George Mason University Press, Fairfax, 1989 y *The Rights Retained by the People. The History and Meaning of the Ninth Amendment. Volume 2*, George Mason University Press, Fairfax, 1993). Asimismo, entre muchos otros, sugiero consultar: Cooper, Charles J., "Limited Government and Individual Liberty: The Ninth Amendment's Forgotten Lessons", en *Journal of Law & Politics*, Vol. 4, p. 63 (1987); Barnett, Randy E., "Reconceiving the Ninth Amendment", en *Cornell Law Review*, Tomo 74, p. 1 (1988); McAfee, Thomas B., "The Original Meaning of the Ninth Amendment", en *Columbia Law Review*, Tomo 90, p. 1215 (1990); Lash, Kurt T., "The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment", en *Texas Law Review*, Tomo 83, p. 597 (2005); Barnett, Randy E., "The Ninth Amendment: It Means What It Says", en *Texas Law Review*, Tomo 85, p. 1 (2006); Lash, Kurt T., "A Textual-Historical Theory of the Ninth Amendment", en *Stanford Law Review*, Tomo 60, p. 895 (2008); Barnett, Randy E., "Kurt Lash's Majoritarian Difficulty: A Response to a Textual-Historical Theory of the Ninth Amendment", en *Stanford Law Review*, Tomo 60, p. 937 (2008); McConnell, Michael W., "Natural Rights and the Ninth Amendment: How Does Lockean Theory Assist in Interpretation?", en *New York University Journal of Law & Liberty*, Vol. 5, p. 1 (2010); etc.

En los dos puntos siguientes veremos que la importancia de los derechos naturales fue reconocida en nuestro país de forma ininterrumpida: desde antes de la Revolución de Mayo hasta después de sancionada la Constitución Nacional.

### III. La idea de los derechos naturales en nuestro país

La doctrina de los derechos naturales en nuestro país es tan o más antigua que la Revolución de Mayo<sup>123</sup>. Se trataba, en realidad, de una corriente de ideas arraigada no sólo en Estados Unidos, sino en todo el continente americano. Soto Cárdenas explica que “cuando se constituyeron las naciones latinoamericanas, se tuvo plena conciencia de que los nuevos estados se preocuparían primordialmente de resguardar ciertos derechos individuales, que se consideraron inherentes e inalienables del ser humano como tal. A este conjunto de prerrogativas, se las llamó derechos individuales o derechos naturales. [...] Quienes lucharon por la independencia de América creyeron honestamente que se estaban esforzando por hacer de nuestro continente, considerado en su totalidad, una región en donde debían reinar, sin contrapeso, el más absoluto respeto por los derechos naturales”<sup>124</sup>.

A la hora de analizar el origen de las ideas filosóficas sostenidas en nuestro país en relación con los derechos naturales durante el proceso iniciado en la Revolución de Mayo, no hay que

<sup>123</sup>En particular, debido al influjo del derecho natural racionalista (cfr. Peña, Roberto I., “Los Derechos Naturales del Hombre en la Ideología del Siglo XVIII Rioplatense”, en *Cuadernos de Historia*, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1992, Vol. 2, p. 11 y sgtes.). A pesar de haber sido en gran parte prohibidas, las obras de autores tales como Grocio, Pufendorf, de Vattel, Burlamaqui, Rousseau, Montesquieu, Locke, etc. tuvieron gran difusión en el Río de la Plata (Cfr. Seco Villalba, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943, p. 13 y sgtes.).

<sup>124</sup>Soto Cárdenas, Alejandro, *Influencia de la independencia de los Estados Unidos en la Constitución de las Naciones Latinoamericanas*, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1979, p. 111.

perder de vista el hecho de que, ya desde fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, esta doctrina había sido objeto de duras críticas en Europa<sup>125</sup>. No deja de llamar la atención que, a pesar de esas críticas supuestamente demoleadoras, la idea de los derechos naturales fuera sostenida en nuestro país en forma constante, antes y después de la Revolución de Mayo<sup>126</sup>.

<sup>125</sup>Varias de esas críticas, especialmente en los trabajos de Burke y Bentham, surgieron como reacción frente a los excesos cometidos por el jacobinismo durante la Revolución Francesa (al respecto, sugiero consultar a Waldron, Jeremy, "The Decline of Natural Right", en Wood, Allen W. y Hahn, Susan Songsuk (editores), *The Cambridge History of Philosophy in the Nineteenth Century (1790-1870)*, Cambridge University Press, Nueva York, 2012, p. 623 y sgtes.). Respecto de la supuesta influencia de la Revolución Francesa en el proceso constituyente en nuestro país, conviene recordar las palabras de Enrique de Gandía, quien sostenía que "en nada influyó en nosotros la Revolución Francesa. Tuvo, en cambio, una influencia, como ejemplo y como enseñanza ideológica, la revolución de Estados Unidos" (de Gandía, Enrique, *La Revisión de la Historia Argentina*, Ediciones Antonio Zamora, Buenos Aires, 1952, p. 28). Este autor describe con gran acierto los motivos que llevaron en nuestro país al rechazo de la Revolución Francesa como ejemplo de libertad: "La Revolución francesa, no obstante, no fue la Revolución estadounidense. Lo que en esta última era ideal de libertad, en la primera no pasó de odio a los ricos y a los nobles. Hay una diferencia inmensa entre ambas revoluciones. La americana es libertad; la francesa es tiranía; la americana es justicia; la francesa es crimen. No nos engañemos ni sigamos repitiendo las vulgaridades de quienes hablan de la Revolución francesa como de un movimiento regenerador. Una revolución en que los crímenes y las muertes dictadas por la envidia, el robo o el odio son incontablemente mayores que los actos dignos de aplauso no es un hecho histórico que pueda ser alabado. La revolución en sí no tuvo otras ideas que las de hundir una determinada clase social. Sus reformas económicas fueron desastres insuperados en la historia. Sus otras medidas se perdieron en el ridículo y no quedó de ellas ni una sombra útil" (de Gandía, Enrique, *Historia de las Ideas Políticas en la Argentina*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1960, Tomo I, p. 200). En una obra posterior, este autor sostiene que "la leyenda de la fuerte influencia de la Revolución francesa en España y en América hoy se ha disipado por falta de pruebas. En cambio aparecen penetraciones suizas y, en especial, norteamericanas. La revolución francesa fue odiada en España y en América por su anticatolicismo y su antimonarquismo. No hay que confundir, como han hecho muchos autores, iluminismo y revolución francesa. Cronológicamente se continúan y se confunden; pero los autores del iluminismo –Montesquieu, Voltaire, Rousseau, D'Alembert, Diderot y demás enciclopedistas– murieron todos antes de la Revolución. Estos autores eran leídos por españoles y americanos [...]. Las constancias son innumerables. Difícil es hallar un autor de ese tiempo que no confiese haberlos consultado o no los cite. En cambio, no hay una sola prueba de que un personaje de la época a que nos referimos recuerde a un protagonista de la Revolución francesa, a menos que sea para insultarlo" (de Gandía, Enrique, *Historia Política Argentina. El Caudillismo*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1988, Tomo VII, pp. 66 y 67). Esta última observación es importante. No puede dudarse de la influencia de los autores del iluminismo, especialmente Rousseau. Sin embargo, en algunos casos, la influencia de las ideas del ginebrino aparecían matizadas por las de otros autores y, en otros, fue directamente abandonada en nuestro país antes de 1853.

<sup>126</sup>El caso más llamativo, tal vez, sea el de Jeremy Bentham. Su obra tuvo gran difusión, especialmente en nuestro país, a través de su amistad con Bernardino Rivadavia. El propio

Una rápida revisión de las publicaciones de algunos de nuestros próceres, demuestra que no había en nuestro medio mayor discusión acerca de la existencia o no de los derechos naturales, si bien se los designaba de diversos modos (“derechos del hombre”, “derechos esenciales”, “derechos sagrados”, etc.). Por el contrario, esa revisión demuestra que los derechos naturales eran aceptados de forma prácticamente unánime. Más importante aún, veremos que, siguiendo el ejemplo norteamericano, nuestros constituyentes de 1853 y, fundamentalmente, los de 1860 plasmaron esos derechos en la primera parte de nuestra Constitución y que consideraban que esos derechos eran anteriores y superiores a cualquier gobierno e inclusive a la propia Constitución. Y, sobre la base de esa idea, diseñaron nuestro sistema constitucional.

A continuación exponemos una lista de ejemplos que, por razones de espacio, es necesariamente incompleta:

### a) Ejemplos anteriores a Mayo

En su *Autobiografía*, Manuel Belgrano cuenta la impresión que le produjo estar en España en 1789 cuando se desata la Revolución Francesa y explica la poderosa influencia que le generó la idea de los derechos naturales: “se apoderaron de mí las ideas de libertad, igualdad, seguridad, propiedad, y solo veía tiranos en los que se oponían a que el hombre, fuese donde fuese, no disfrutase de unos derechos que Dios y la naturaleza le habían concedido, y aun las mismas sociedades habían acordado en su establecimiento directa ó indirectamente”<sup>127</sup>.

---

Rivadavia se consideraba un discípulo de Bentham (al respecto, ver Harris, Jonathan, “Bernardino Rivadavia and Benthamite ‘Discipleship’”, en *Latin American Research Review*, Vol. 33, Nro. 1, p. 129 y sgtes. [1998]). Sin embargo, sus furibundas críticas hacia la idea de los derechos naturales no tuvieron el menor eco en estas tierras.

<sup>127</sup>Mitre, Bartolomé, *Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina*, Imprenta y Librería de Mayo, Buenos Aires, 1877, Tomo III, p. 333.



Otro ejemplo lo encontramos en Mariano Moreno, que tenía entre sus papeles una copia de su puño y letra de la llamada “Carta de Viscardo”<sup>128</sup>, a la que se considera como uno de los antecedentes revolucionarios previos a Mayo<sup>129</sup>. Allí se afirma que “la conservación de los derechos naturales, y sobre todo de la libertad y seguridad de las personas y haciendas, es incontestablemente la piedra fundamental de toda sociedad humana de cualquiera manera que esté combinada. Es pues una obligación indispensable de toda sociedad, ó del Gobierno que la representa, no solamente respetar, sino aún proteger eficazmente los derechos de cada individuo”<sup>130</sup>. Mariano Moreno terminaría siendo un ferviente defensor de los derechos naturales<sup>131</sup>.

En idéntico sentido, a principios de 1810, circuló profusamente por Buenos Aires una proclama anónima que decía: “Americanos: bajo cualquier aspecto que sea mirada nuestra independencia de la España, se verá que todos nuestros deberes nos obligan a terminarla. Debémoslo a nosotros mismos por la obligación indispensable de conservar los derechos naturales recibidos de nuestro Creador, derechos preciosos que no debemos enajenar, y que bajo el pretexto que se busque, no pueden sernos quitados sin injusticia. El hombre, ¿puede renunciar a su razón, o acaso puede serle arrancada por la fuerza? La libertad personal, ¿no es el primero y el más sagrado de sus derechos? El libre uso de ella es la herencia inestimable que debemos dejar a nuestra posteridad...”<sup>132</sup>.

<sup>128</sup>El autor de la carta es el jesuita Juan Pablo Viscardo y Guzmán. La Carta de Viscardo fue conocida en toda América, a instancias de Francisco de Miranda y sus amigos que la distribuyeron desde Londres (Cfr. de Gandía, Enrique, *Mariano Moreno. Su pensamiento político*, Pleamar, Buenos Aires, 1968, p. 11).

<sup>129</sup>Ver “Carta dirigida a los Españoles Americanos por uno de sus compatriotas”, en Dürnhöffer, Eduardo O., *Mariano Moreno inédito. Sus manuscritos*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1972, p. 129.

<sup>130</sup>Dürnhöffer, *Mariano Moreno...*, p. 138.

<sup>131</sup>Dürnhöffer, Eduardo O., *Mayo y el Antecedente Norteamericano. El primer proyecto constitucional Argentino*, Instituto Bonaerense de Numismática y Antigüedades, Buenos Aires, 1976, p. 49.

<sup>132</sup>Boffi Boggero, Luis María, “Orígenes Inmediatos y Mediatos de la ‘Soberanía Popular’ en el Art. 33 de la Constitución Nacional”, en *La Ley*, t. 148, p. 1008 (1972).

## b) A partir de Mayo

Enrique de Gandía sostiene que el único plan y la única doctrina de Mayo “son los que se refieren a la libertad civil y a los derechos naturales del hombre”<sup>133</sup>. En consonancia, el Deán Funes recordaba que “la revolución de Norte América, y la reciente de la Francia, habían resucitado entre nosotros los derechos naturales de los hombres”<sup>134</sup>. De esta forma, “a partir del Acta capitular del 25 de Mayo de 1810, en todos los estatutos constitucionales, ya se trate de nacionales o provinciales, se fijaron garantías para la libertad individual y límites a la potestad del Estado”<sup>135</sup>.

En la *Gazeta*, fundada por la Primera Junta luego de la Revolución de Mayo para dar a conocer los actos de gobierno, se ponía de manifiesto la importancia de los derechos naturales: “la primera obligacion [de la Nación] qual es proteger los *derechos naturales* del hombre. Estos pues consisten en la libertad de sus personas y de sus opiniones, en la libertad de sus acciones quando no ofendieran el derecho de otro, en el libre exercicio de sus facultades tanto morales como fisicas, y en la propiedad y conservación de sus bienes quando estos fueron el fruto de su trabajo, ó tubieron su origen en los modos autorizados para ello por las leyes; ó mas clara y brevemente los *derechos naturales* del hombre son la libertad, la *igualdad*, la *propiedad* y la *seguridad*...”<sup>136</sup> (énfasis en el original).

<sup>133</sup>de Gandía, *La Revisión...*, p. 238.

<sup>134</sup>Dean Funes, Gregorio, *Ensayo de la Historia Civil del Paraguay, Buenos-Ayres y Tucuman*, Imprenta de Benavente y Compañía, Buenos Aires, 1817, Tomo III, p. 486.

<sup>135</sup>Sampay, Arturo E., “La filosofía del Iluminismo y la Constitución argentina de 1853”, en *Estudios sobre la Constitución Nacional Argentina*, Universidad Nacional del Litoral, Instituto de Investigaciones Jurídico-Políticas, Santa Fe, 1943, p. 370.

<sup>136</sup>*Gazeta de Buenos-Ayres*, Nro. 8, 26 de julio de 1810, pp. 14 y 15. En el número siguiente, se aclara el contenido del concepto de seguridad: “La *seguridad* es la certeza y garantía que nos da la constitucion ó el pacto social de que no seremos inquietados ni en nuestras personas ni en nuestros bienes de modo alguno, ni por persona alguna, y de que si alguno sea el que quiera nos inquietare ó turbare arbitrariamente ó contra la disposicion de la ley sufrirá en el momento la pena que ésta le imponga. Ella es el complemento y la clave de la libertad, de la propiedad y de la igualdad, pues para mantener estos derechos sin lesion alguna se instituyó la sociedad civil. El afianzarlos y garantizarlos es el objeto de toda constitucion politica, aunque realmente no lo sea de todos los gobiernos” (ver *Gazeta de Buenos-Ayres*, Nro. 9, 2 de agosto de 1810, p. 11).

Se ha dicho, con razón, que resulta innegable “que la idea madre que inspiraba y sostenía la política que vemos desarrollar a los hombres de Buenos Aires [a partir de la Revolución de Mayo] y [que] Mariano Moreno exponía y defendía en la *Gazeta*, es la simple y pura libertad, de los derechos naturales del hombre, del principio de que el pueblo es la fuente del poder y en sus manos está la resolución de su destino”<sup>137</sup>. En idéntico sentido se afirma que “el ideario constitucionalista que inspiró a la Revolución de Mayo exigía naturalmente proclamar y proteger los derechos naturales del hombre. [...] Luego, desde 1811, se va procurando dar forma a esos anhelos. Las influencias norteamericana y francesa, con sus respectivas declaraciones de derechos, contribuían a afirmar ese ideario”<sup>138</sup>.

A partir de 1811, aun cuando no alcanzaran a hacerse efectivas en la realidad, las referencias a los derechos naturales, sea de forma directa o indirecta, se multiplican. Entre otras, podemos mencionar las siguientes:

- (i) En el “Reglamento de la División de Poderes”, sancionado por la Junta Conservadora en octubre de 1811, se hace referencia a que “los hombres tienen ciertos derechos que no les es permitido abandonar”<sup>139</sup>;
- (ii) En el manifiesto inaugural de “El Redactor de la Asamblea” del año XIII, se afirma que “la libertad existe en los decretos de la naturaleza, y por su origen es independiente de todas las vicisitudes de los siglos”<sup>140</sup>;

<sup>137</sup>de Gandía, *Mariano Moreno...*, p. 393. Como explicaré más adelante, la posible tensión que podría advertirse entre la idea de proteger los derechos naturales y la de considerar al pueblo como fuente del poder es más aparente que real. La noción de pueblo a la que se hacía referencia entonces era solamente la forma de expresar la suma de los individuos.

<sup>138</sup>Zorraquín Becú, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, 2da. ed., Perrot, Buenos Aires, 1988, Tomo II (1810-1969), p. 237.

<sup>139</sup>Sampay, Arturo Enrique, *Las Constituciones de la Argentina - (1810-1972)*, Eudeba, Buenos Aires, 1975, p. 110.

<sup>140</sup>Sampay, *Las Constituciones...*, p. 123.

- (iii) El artículo 5 del Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica de 1813 dispone que “los derechos del hombre son la vida, la honra, la libertad, la seguridad, la igualdad y la propiedad”<sup>141</sup>;
- (iv) En el artículo 1 del proyecto de Constitución para la Provincia Oriental en 1813, se establece que: “Como todos los hombres nacen libres é iguales, y tienen ciertos dros [sic] naturales, esenciales e inagenibles [sic], entre los cuales puede contar el de gozar y defender su vida y su livertad, el de adquirir, poseer y proteger la propiedad y, finalmente, el de buscar y obtener la seguridad y felicidad; es un dever de la institucion, continuacion y administracion del Gobierno, asegurar estos dros. [sic], proteger la existencia del Cuerpo politico, y el que sus Gobernadores gocen con tranquilidad las vendiciones de la vida, y siempre que no se logren estos grandes objetos [sic], el pueblo tiene un dro. para alteral [sic] el Gobierno, y para tomar las medidas necesarias a su seguridad, prosperidad y felicidad”<sup>142</sup>;
- (iv) En el manifiesto del Soberano Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas de 1819 se explica que “no ha omitido el Congreso Constituyente la declaración de vuestros derechos esenciales, de que ó jamás pudisteis renunciar sino en parte, ó que habia adulterado la corrupcion. Fue preciso á vuestros tiranos que cerrasen los archivos de la naturaleza para que no pudieseis encontrar los justos títulos de vuestra libertad, igualdad y propiedad”<sup>143</sup>;

<sup>141</sup> Sampay, *Las Constituciones...*, p. 177.

<sup>142</sup> González, Ariosto D., *Las primeras fórmulas constitucionales en los países del Plata (1810-1814)*, 2da. ed., Barreiro y Ramos S.A., Montevideo, 1962, pp. 350 y 351. El artículo en cuestión está calcado del Preámbulo y del artículo 1ro. de la Constitución de Massachusetts de 1780, redactados por John Adams.

<sup>143</sup> Sampay, *Las Constituciones...*, p. 289.

- (v) En el manifiesto del Congreso General Constituyente de 1826 se puede leer lo siguiente: “Gravad, ciudadanos, en vuestros ánimos esta profunda verdad: *es libre y feliz un gobierno, que deriva sus poderes de la voluntad del pueblo; que los conserva en armonioso equilibrio, y que respeta inviolablemente los derechos del hombre.* Juzgad después si tiene estos caracteres el gobierno, que os ofrece la constitucion presente. Los derechos del hombre, aquellos derechos esenciales, que no puede renunciar, sin degradar su naturaleza, y por cuya conservación ha sacrificado su independencia natural, asociándose á sus semejantes, ¡cuan respetados han sido por vuestros representantes! Leed la seccion octava de la constitucion, y allí los hallareis todos consagrados: la seguridad personal, la igualdad legal, la inviolabilidad de las propiedades, la libertad de opinion, el reposo doméstico, el derecho de peticion, y el pleno goce de todas las facultades, que la ley no prohíbe”<sup>144</sup>.

Alberdi y Sarmiento sostenían ideas similares. Teniendo en cuenta la importancia e influencia del tucumano y el sanjuanino en el desarrollo de la Constitución Nacional, en los dos acápites siguientes señalaré rápidamente algunos ejemplos que ilustran el impacto que la idea de los derechos naturales tuvo en el pensamiento constitucional de ambos próceres.

### **c) Alberdi**

La protección de los derechos naturales es uno de los pilares sobre los que se asienta el sistema constitucional ideado por Juan

---

<sup>144</sup>Sampay, *Las Constituciones...*, p. 307. Las reminiscencias lockeanas en este párrafo resultan evidentes.

Bautista Alberdi. Si bien es cierto que, en “Bases”, la cuestión de los derechos naturales no es abordada de forma directa y sistemática, las referencias resultan centrales y constituyen uno de los núcleos alrededor de los cuáles gira la teoría constitucional alberdiana. De hecho, resulta iluminador releer las *Bases* teniendo presente este concepto. Si bien esa relectura de Alberdi excede largamente el alcance de este trabajo, a modo meramente ilustrativo, señalo lo siguiente:

- (i) En el capítulo XXVIII, Alberdi sostiene que los principios de la Revolución de Mayo “son el sentido común, la razón ordinaria aplicada a la política. La igualdad de los hombres, el derecho de propiedad, la libertad de disponer de su persona y de sus actos, la participación del pueblo en la formación y dirección del gobierno del país, ¿qué otra cosa [son] sino reglas simplísimas de sentido común, única base racional de todo gobierno de hombres?”<sup>145</sup>;
- (ii) En el capítulo XXXII, explica que su “gobernar es poblar” requería condiciones especiales: “Para poblar el desierto, son necesarias dos cosas capitales: abrir las puertas de él para que todos entren, y asegurar el bienestar de los que en él penetran: la libertad a la puerta y la libertad dentro”<sup>146</sup>. Las libertades a las que se refiere Alberdi no pueden ser alteradas por las leyes que reglamenten el ejercicio de los derechos. En el capítulo XXXIII de *Bases*, Alberdi señala que: “No basta que la constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley

<sup>145</sup> Alberdi, Juan Bautista, “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina”, en *Organización de la Confederación Argentina*, Imprenta de Bailly-Baillière, Madrid, 1913, Tomo I, p. 168.

<sup>146</sup> Alberdi, “Bases...”, p. 187.

que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginables; pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por ley, sugiera ella misma el medio honesto y legal de faltar a todo lo que promete”<sup>147</sup>. A continuación, Alberdi reconoce la relación directa que existe entre la libertad y los derechos naturales: para criticar a la constitución de Bolivia, el tucumano sostiene que “la Constitución de *Massachusetts*, modelo de todas las constituciones de libertad conocidas en este y en el otro continente sobre declaraciones de derechos del hombre, no es tan rica y abundante como la constitución de La Paz, en cuanto a garantías de derecho público. Pero ¿qué importa? Las garantías son concedidas con las *limitaciones y restricciones* que establecen las leyes. Es verdad que fuera de las limitaciones legales no hay otras, según lo declara la constitución. Pero si la ley es un medio de derogar la constitución, ¿para qué necesita de otro el gobierno? [...] Según esto, en Bolivia la constitución rige con permiso de las leyes. En otras partes la constitución hace vivir a las leyes; allí las leyes hacen vivir a la constitución. Las leyes son la regla, la constitución es la excepción”<sup>148</sup>;

- (iii) Cuando Alberdi analiza la necesidad de contar con un poder ejecutivo que pudiera “asumir las facultades de un rey”, se plantea el mismo problema que enfrentaron los padres fundadores de la Constitución estadounidense casi tres cuartos de siglo antes: la necesidad de dotar al gobierno de poderes suficientes como forma de proteger los derechos naturales. Erróneamente se considera

---

<sup>147</sup> Alberdi, “Bases...”, pp. 188 y 189.

<sup>148</sup> Alberdi, “Bases...”, pp. 189 a 191. Énfasis en el original.

a Alberdi como partidario de un gobierno de facultades omnímodas. Nada más errado: Alberdi exigía que el gobierno tuviera importantes facultades destinadas a terminar con la anarquía y el desorden y para garantizar la protección de esos derechos naturales. Pero eso no implicaba que esas facultades fuesen ilimitadas o que carecieran de control. Cabe recordar la explicación que el tucumano nos da acerca de por qué utiliza el método de establecer primero una parte dogmática y luego una parte orgánica en su proyecto de constitución: “¿Que hay, en efecto, en una constitución? Hay dos cosas: 1º. los principios, derechos y garantías, que forman las bases y objeto del pacto de asociación política; 2º. las autoridades encargadas de hacer cumplir y desarrollar esos principios. De aquí la división natural de la constitución en dos partes”<sup>149</sup>. En otras palabras, el fin de la asociación política o el gobierno es la protección de los derechos naturales. El medio para hacer realidad ese fin, son las autoridades encargadas de protegerlos;

- (iv) El método de interpretación que propone Alberdi también merece destacarse: “Cuando la constitución es oscura ó indecisa, se debe pedir su comentario á la libertad y al progreso, las dos deidades en que ha de tener inspiración. Es imposible errar cuando se va por un camino tan lleno de luz”<sup>150</sup>;
- (v) En consonancia con lo expuesto, en el Preámbulo de su Proyecto de Constitución, Alberdi propone como uno

---

<sup>149</sup> Alberdi, “Bases...”, p. 218. Acto seguido, Alberdi explica de dónde tomó la idea: “He seguido en esta división general el método de la constitución de Massachusetts, modelo admirable de buen sentido y de claridad, anterior a las decantadas constituciones francesas, dadas después de 1789, y a la misma constitución de los Estados Unidos” (*ob. cit.*, p. 218).

<sup>150</sup> Alberdi, “Bases...”, pp. 196 y 197. Aunque se podría argumentar la existencia de una posible tensión entre ambas “deidades”, entiendo que para Alberdi no hay progreso sin protección de la libertad.



de los objetivos de la Constitución de la Confederación Argentina el de “fijar los derechos naturales de sus habitantes”<sup>151</sup>. Sin embargo, en ese proyecto de constitución no se los define con precisión. ¿Cuáles eran, entonces, esos derechos para el tucumano? Alberdi nos contesta en una obra posterior: “son derechos naturales del hombre: El pensar y publicar sus ideas, el tener propiedad y disponer de ella, la libertad de su persona, la inviolabilidad de la vida, de la casa, de la dignidad, etcétera”<sup>152</sup>;

- (vi) Finalmente, resulta de importancia recordar que las declaraciones de derechos también son consideradas por Alberdi como límite al ejercicio del poder gubernamental. En “Sistema Económico y Rentístico”, por ejemplo, Alberdi insiste en reiteradas ocasiones acerca de la relación de subordinación que debe existir entre las leyes y los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Nacional. Y, en un párrafo que merece ser resaltado, advierte que: “Lo que debió hacer la Constitución en este punto lo hizo, y fue dar el antídoto, el contraveneno, la garantía para que el poder dado a la ley de hacer efectiva la Constitución, no degenerase en el poder de derogarla con el pretexto de cumplirla. En este punto la Constitución argentina excedió a todas las conocidas de Sud-América, por la seguridad que dio al derecho privado contra el abuso del más temible poder, que es el poder del legislador. En efecto, la Constitución argentina, como todas las conocidas en este mundo, vio el escollo de las libertades, no en el abuso de los particulares tanto como en el abuso del poder. Por eso fue que

---

<sup>151</sup> Alberdi, “Bases...”, p. 220.

<sup>152</sup> Alberdi, Juan Bautista, “Elementos de Derecho Público Provincial”, en *Organización...*, Tomo I, p. 324.

*antes de crear los poderes públicos, trazó en su primera parte los principios que debían servir de límites de esos poderes: primero construyó la medida, y después el poder. En ello tuvo por objeto limitar, no a uno sino a los tres poderes; y de ese modo el poder del legislador y de la ley quedaron tan limitados como el del Ejecutivo mismo”<sup>153</sup> (énfasis agregado).*

#### **d) Sarmiento**

A pesar de sus conocidas polémicas con el tucumano, Sarmiento coincidía en el papel central que asignaba a la protección de los derechos naturales. En Sarmiento no sólo se puede apreciar la importancia de la idea de los derechos naturales, sino también la influencia tanto de Locke como de Madison respecto de su alcance y del medio para hacer más efectiva la protección de esos derechos. Veamos.

En sus *Comentarios*, a la hora de analizar el sentido del objetivo de “Afianzar la Justicia” que formula el preámbulo de la Constitución de 1853, Sarmiento plantea que “[s]in que la justicia sea libre, plena e imparcialmente administrada, ni nuestras personas ni nuestros derechos, ni nuestra propiedad pueden ser protegidos. Y si éstos o alguno de ellos no fuesen reglados por leyes

<sup>153</sup> Alberdi, Juan Bautista, “Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”, en *Organización...*, Tomo II, pp. 70 y 71. Para Alberdi, los derechos naturales constituían un límite y un norte, aun respecto de la actividad del fisco nacional: “Es verdad que la tendencia natural de la renta pública es á ser grande y copiosa; pero en la doctrina económica de la Constitución argentina la abundancia de la renta pública depende del respeto asegurado á los derechos naturales del hombre, en el empleo de sus facultades destinadas á producir los medios de satisfacer las necesidades de su ser. Esos derechos, en que reposa el *sistema rentístico*, el plan de hacienda ó de finanzas, que es parte accesoria del *sistema económico* del país son la propiedad, la libertad, la igualdad, la seguridad en sus relaciones prácticas con la producción, distribución y consumo de las riquezas. La Constitución quiere que la ley fiscal ó rentística respete y proteja esos derechos, lejos de atacarlos” (Alberdi, “Sistema...”, p. 289). Énfasis en el original.

ciertas, y no fuesen sujetos a principios seguros y administrados según cierto sistema, ni enderezados, cuando fuesen violados, por ciertos remedios, la asociación perdería todo valor, y los hombres volverían a un estado de salvaje y bárbara independencia”<sup>154</sup>. Aunque Sarmiento no haga expresa mención a Locke, sus palabras tienen claras reminiscencias de las ideas expuestas en los *Two Treatises of Government*.

Para el sanjuanino, “las Constituciones deben tener, para ser buenas, por base los principios de derecho reconocidos por la conciencia universal, por esfera de acción, no sólo las necesidades momentáneas de la época y sus preocupaciones, sino la más extensa que corresponde al porvenir, y la capacidad territorial para dar lugar al desarrollo de la población y de la riqueza”. A renglón seguido, recuerda que “ninguna provincia en el espacio de cuarenta años ha podido conservar ninguna de las *libertades naturales*, y toda nuestra historia muestra que ellas *per se* y aisladamente son incapaces de garantizar sus propias libertades, habiendo, por el contrario, caído bajo la tutela de un gobierno general que por falta de bases discutidas, y poniendo en conflicto unas provincias con otras, logró imponerles una voluntad y acción que no emanaba de ellas mismas. El hecho existente de una general tiranía, no resistida por los gobiernos de las provincias, muestra la necesidad de un gobierno general en que cada una de las provincias tenga parte, y por la acción moral y física del todo sobre cada una de ellas, garantice las libertades que de otro modo no han podido conservarse”<sup>155</sup>. Dicho de otro modo, el fin del gobierno es la conservación de los derechos y libertades naturales que han sido violados en forma sistemática.

El medio para alcanzar esos fines no es otro que la Constitución. Ahora bien, esa Constitución tiene para Sarmiento ca-

---

<sup>154</sup>Sarmiento, Domingo Faustino, “Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina”, en *El Pensamiento Político Hispanoamericano*, Depalma, Buenos Aires, 1964, Tomo VI, p. 403.

<sup>155</sup>Sarmiento, “Comentarios...”, pp. 422 y 423. Énfasis agregado.

racterísticas especiales: “otro punto que una Constitución general asegura, en cuanto a los beneficios de la libertad, es la existencia, seguridad y libertad de las minorías, en favor de las cuales son casi todas las prescripciones y garantías de una Constitución; pues ellas son por el momento ociosas para las ideas, partidos, opiniones e intereses que ejercen el poder en un momento dado”<sup>156</sup>. Para el sanjuanino, el carácter contramayoritario de la Constitución como medio de protección de los derechos naturales es una de esas características especiales. A continuación, Sarmiento explica el fundamento histórico de esa elección: “La Confederación Argentina, bajo la inspiración de un malvado, ha presentado por veinte años el escándalo de que aún no nos horrorizamos suficientemente, no sólo de un gobierno instituido confesadamente para obrar el exterminio, la ruina de todos los que durante el lapso de veinte años, por los diversos motivos que pueden suscitarse, le fuesen opuestos, sino que también una parte de la población profesaba la doctrina de la extinción, humillación y muerte de la otra parte que era conocidamente hostil al sistema sostenido por los gobiernos irresponsables de entonces. En este designio tan espantosamente seguido en ciertas épocas, los pueblos y gobiernos argentinos descendieron a la condición de tribus salvajes, exterminándose unos a otros, según que el éxito de las armas les proporcionaba ocasión, de donde salió en definitiva la ruina de las propiedades, y con el decrecimiento de la población y de la riqueza, la nulidad e impotencia de esos mismos gobiernos y su ruina y descrédito final. Asegurar la libertad es, pues, asegurar el derecho a todas las disidencias políticas, a todas las opiniones, a todos los errores mismos, cuándo no se traducen en actos violentos. A este respecto la República Argentina debe una satisfacción a la humanidad ultrajada, y nos es grato reconocer que se empieza ya a reparar sus faltas”<sup>157</sup>.

<sup>156</sup>Sarmiento, “Comentarios...”, pp. 423 y 424.

<sup>157</sup>Sarmiento, “Comentarios...”, p. 424.

Para defender ese carácter contramayoritario, Sarmiento se apoya en James Madison: ““En un gobierno republicano, dice el estadista Madison, los grandes abusos vienen más bien de la comunidad que del cuerpo legislativo. Las prescripciones en favor de la libertad deben ser dirigidas hacia el lado de donde está el mayor poder, esto es, la masa del pueblo operando por la mayoría contra la minoría’. Nuestra historia reciente está ahí para mostrar cuánto importa que el pueblo en general conozca los límites en que es lícito ejercer la acción pública. ¡Cuántos crímenes, cuántas desgracias habríanse ahorrado nuestros anales si la conciencia pública hubiese estado más preparada para distinguir lo que era lícito hacer, de lo que entra en el dominio del crimen, ya sea pueblo, legislatura o gobernante quien lo ejecuta!”<sup>158</sup>.

Se aprecia, entonces, una misma opinión en Alberdi y Sarmiento acerca de la importancia de la protección de los derechos naturales, por medio de su positivización en la Constitución, y de reconocer los límites que éstos implican para el ejercicio del poder gubernamental. Esos derechos o libertades naturales a los que se referían ambos próceres tuvieron consagración jurídica en la primera parte de la Constitución Nacional. Es decir, que los derechos naturales fueron incorporados al derecho positivo o positivizados. Primero en 1853 y luego en 1860.

---

<sup>158</sup>Sarmiento, “Comentarios...” p. 428. Para el sanjuanino, la declaración de derechos, además, tiene relevancia desde el punto de vista educativo. En este punto, Sarmiento también sigue a Madison: “Pero todavía esta declaración de derechos y garantías tiene para nosotros objetos especiales y variados que llena cumplidamente. La América española, educada bajo un sistema de servilismo, se arrastra y despedaza en convulsiones que se prolongan después de medio siglo, luchando por establecer en su seno las libertades que hacen la gloria y la prosperidad de la otra parte de la América, contra la grosería de los instintos y pasiones desordenados, contra los resabios y tradiciones de sus antecedentes coloniales. No faltan malos ejemplos en la tierra para cohonestar estas propensiones, ni teorías complacientes que traten de justificarlas. Una declaración de las garantías y derechos que han asegurado a la Unión norteamericana la prosperidad que se desea para la Federación Argentina es un medio de edificar la conciencia pública, mostrándole los instrumentos de ese engrandecimiento, los límites del poder público, y los derechos de los gobernados que no han de atropellarse, so pena de ser sumidos de nuevo en el abismo de males que acabamos de salir. La declaración de derechos tiene, pues, no sólo por objeto poner coto a los desbordes de los poderes públicos, sino educar y edificar la conciencia individual, señalar límites a la voluntad, al ardor, a la abnegación y aun al odio de los partidos, mostrándoles lo que no se debe, ni puede sin crimen desear, querer, pedir o ejecutar” (Sarmiento, ob. cit., pp. 427 y 428).

#### IV. Los derechos naturales en la Constitución de 1853 y la Reforma de 1860

La Constitución de 1853 incluyó una declaración de derechos en la que se reconocieron expresamente ciertos derechos naturales. En la nota que el Congreso General Constituyente de 1853 dirige a Urquiza se hace referencia a que “las revoluciones sólo son legítimas, cuando salvan las ideas, los pueblos, sus intereses esenciales, la honra entre ellos, y los derechos que la humanidad emancipada por el cristianismo, ha afirmado por la civilización”<sup>159</sup>. Los derechos a los que se refiere la nota son los derechos naturales. Sin embargo, el constituyente no se limitó a proteger solamente a estos derechos, sino que se incluyeron otros a los que podríamos denominar “civiles” (i.e. el juicio por jurados). En este sentido, cabe recordar que, además de los derechos explícitos consagrados en los artículos 14 a 19, el artículo 8 de la Constitución de 1853 hace referencia a los “derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano” que todas las provincias deben reconocer a los ciudadanos de las demás. Esta referencia está tomada directamente del Artículo IV, Sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos. Se trata de una fórmula amplia que engloba tanto a los derechos naturales, como a otros derechos adicionales<sup>160</sup>.

Asimismo, la Constitución de 1853 extendió el reconocimiento y protección de los derechos naturales a los extranjeros: así está expuesto en el Informe del 18 de abril de 1853, que la Comisión de Negocios Constitucionales eleva junto con el proyecto de constitución: “como cristianos y demócratas, y teniendo noble emulación a los federales del Norte de América, modelo de engrandecimiento rápido y de libertad civil y política, los argentinos,

<sup>159</sup>Sampay, *Las Constituciones...*, p. 377.

<sup>160</sup>Cfr. Upham, David R., “*Corfield v. Coryell* and the Privileges and Immunities of American Citizenship”, en *Texas Law Review*, Tomo 83, p. 1485 y sgtes. (2005); Barnett, *Restoring...*, p. 61; etc.

en concepto de la comisión, deben mostrarse hospitalarios para con el extranjero, y acordarle en este suelo favorecido, los derechos, prerrogativas y protección que ha conquistado el hombre”<sup>161</sup>.

Vemos así que, emulando el modelo norteamericano, la Constitución de 1853 consagró ciertos derechos naturales, pero sin atender al problema que implicaba una defectuosa enumeración. Ese error sería salvado durante la Reforma de 1860, en la que la cuestión de los derechos naturales recibiría su tratamiento definitivo: todos esos derechos tendrían consagración expresa por vía de la inclusión del artículo 33 de la Constitución Nacional. Recordemos que el texto en cuestión dispone que: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

¿Cuál fue el fundamento central que se esgrimió para incluir el artículo 33? Para poder desentrañarlo, es necesario analizar, en primer lugar, los argumentos expuestos en el Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, presentado el 3 de abril de 1860 ante la Convención del Estado de Buenos Aires<sup>162</sup>. Veamos:

- (i) En el Informe se destaca que la libertad es el fin a que debe subordinarse toda organización política<sup>163</sup>. Luego se explica que todo el plan de reforma está destinado al “restablecimiento del texto [sic] de la Constitución Norteamericana, la única que tiene autoridad en el mundo, y que no puede ser alterada en su esencia, sin que se violen los

---

<sup>161</sup> *La Constitución en el Congreso General Constituyente*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1943, p. 40.

<sup>162</sup> Los firmantes del Informe son Bartolomé Mitre, Dalmacio Vélez Sarsfield, José Mármol, Antonio Cruz Obligado y Domingo Faustino Sarmiento.

<sup>163</sup> *Reforma Constitucional de 1860, Textos y Documentos Fundamentales*, Universidad Nacional de la Plata, La Plata, 1961, p. 108.

principios de la asociación, y se falseen las reglas constitutivas de la República federal [...]”<sup>164</sup>. En consonancia con las ideas expuestas por Sarmiento, aquí se puede apreciar un sesgo claramente lockeano que se traduce en esa referencia a “los principios de la asociación”, a las reglas constitutivas de la forma republicana, y a la identificación de ambos con la “esencia” de la Constitución estadounidense. Lo mismo ocurre con el reconocimiento explícito de la influencia norteamericana: la solución propuesta al problema de la extensión de los derechos naturales sería idéntica a la ideada por Madison;

- (ii) Partiendo de la premisa de seguir fielmente el modelo norteamericano, se proponen ciertas modificaciones al capítulo de Declaraciones, Derechos y Garantías de la Constitución de 1853 y se aclara que en esa parte del texto constitucional “están comprendidos todos aquellos derechos, ó mas bien principios, que son anteriores y superiores á la Constitución misma, que la lei tiene por objeto amparar y afirmar, y que ni los hombres constituidos en sociedad pueden renunciar, ni las leyes abrogar”. A renglón seguido, se expresa lo siguiente: “Los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza, como los derechos de los pueblos que conservando su independenciam se federan con otros, no pueden ser enumerados de una manera precisa. No obstante esa deficiencia de la letra de la ley, ellos forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades, porque fluyen de la razón del género humano, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunidad política, y del fin que cada individuo tiene derecho a alcanzar”<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> *Reforma...*, p. 113.

<sup>165</sup> Aunque la cuestión excede largamente el alcance de este trabajo, cabe señalar aquí la clara influencia del ideario iluminista. Sampay, crítico de la filosofía liberal de la Constitución



Y, finalmente, se explica que: “El objeto primordial de los gobiernos es asegurar y garantizar esos derechos naturales de los hombres y de los pueblos: y toda ley que los quebrantase, destruiría los fundamentos de la sociedad misma, porque iría contra el principio fundamental de la soberanía; porque iría contra la voluntad de los individuos y de los pueblos, aun cuando para ello se invocase la inmolación de los derechos individuales, como en algunas democracias de la antigüedad, el lucro de un gran bien público; porque los derechos individuales siempre deben ser salvados; porque tal es el fin primordial de toda sociedad”<sup>166</sup>;

- (iii) Finalmente, la Comisión aclara que aceptó incluir el artículo 33 “para mayor claridad, para evitar todo avance de los poderes públicos sobre los derechos individuales”<sup>167</sup>. Y remata la propuesta de incorporar la cláusula de los “derechos no enumerados” de la siguiente forma: “Estas estipulaciones, anteriores y superiores á la Constitución misma, son de naturaleza tal, que la discusión acerca de ellas, una vez presentadas por Buenos Aires, solo puede establecerse sobre si ellas pertenecen en efecto á la na-

---

Nacional, reconoce que “el pensamiento determinante del capítulo de las Declaraciones, Derechos y Garantías de la Constitución argentina, en la parte que importa una definición de las relaciones esenciales del hombre con el Estado, corresponde a la antropología filosófica de la modernidad, y las libertades fundamentales que allí se reconocen, están informadas por el Derecho natural del Iluminismo. [...] El valor absoluto hombre, medida de todas las cosas y sujeto de un albedrío incondicionado, es apostado como una realidad anterior y superior al grupo de que forma parte. Apoyadas en estos principios, las distintas expresiones de la filosofía del Iluminismo construyen un orbe práctico autónomo, cuyos conceptos jurídicos, de universal e inmutable validez, creen deducir de la naturaleza racional humana. El Estado se legitima cuando las naturalezas racionales de los miembros de la sociedad, abandonando el estado de naturaleza y reservándose determinados derechos inalienables e inviolables, lo sancionan por medio de un contrato” (Sampay, “La filosofía del Iluminismo...”, pp. 366 y 367). Para una postura diferente, que destaca notas del iusnaturalismo cristiano, ver Sagiés, Néstor Pedro, “Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional”, en *Anticipo de Anales*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Tomo XIV, Buenos Aires, 1985, p. 17 y sgtes.

<sup>166</sup> *Reforma...*, p. 114.

<sup>167</sup> *Reforma...*, p. 115.

turalidad de los derechos originarios, que son propiedad de los pueblos, y que solo ellos pueden dar, sin que la ley convencional tenga poder de apropiárselas; pues lo contrario, (una vez reconocido que tales derechos son originarios) importaría hacer violencias al libre consentimiento de los pueblos, á los derechos que está en la esfera de su poder reservarse, en tanto que las reservas no perjudiquen a la comunidad, y tengan en vista la mayor suma de libertad y felicidad posible”<sup>168</sup>.

Del análisis del Informe, surgen algunos interrogantes que es preciso aclarar. En efecto, ¿a qué tipos de derechos se refiere el artículo 33? ¿Derechos individuales o derechos de entidades colectivas o “pueblos”? ¿Qué relación existe entre esos derechos y la “soberanía del pueblo”? Se podría contestar estos interrogantes por vía de un análisis minucioso de los textos transcritos. Sin embargo, los propios protagonistas se encargaron de explicar el alcance de sus palabras durante los debates que se dieron en el seno de la Convención.

En la sesión del 1ro. de mayo de 1860, se discutió la propuesta de adición del actual artículo 33. Sarmiento fue el encargado de defender esta reforma. El sanjuanino tomó la palabra y afirmó que “este artículo, Sr. Presidente, lo puso la Comisión para remediar los inmensos vicios que se encuentran en la Constitución federal [de 1853]”<sup>169</sup>. Los vicios a los que se refiere el sanjuanino son los derivados de no haber atendido al problema de la enumeración de los derechos naturales. Al respecto, explicó que las constituciones de los estados norteamericanos y la Constitución de 1787 habían incluido una disposición similar, “como indispensable para comprender en ella todas aquellas omisiones de los derechos naturales, porque el catálogo de los derechos naturales es inmenso”<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> *Reforma...*, p. 118.

<sup>169</sup> *Reforma...*, p. 210.

<sup>170</sup> *Reforma...*, p. 210.

Como se puede apreciar, esa visión expansiva de los derechos o libertades naturales era idéntica a la que se había expuesto en los Estados Unidos durante el debate que derivara en la inclusión del *Bill of Rights*.

Sarmiento agrega: “Se entiende también que esos principios ahí establecidos son superiores a la Constitución; son superiores a la soberanía popular”<sup>171</sup>. El sanjuanino explica que la necesidad de incluir el artículo 33 reposa en que “ha nacido en los últimos tiempos una escuela doctrinaria, que se atiene a los hechos, y según ella, el hecho decide el derecho, aunque sea contra todos los precedentes de la humanidad. Así es que mejor reconocer estos derechos por documentos escritos, aunque no haya necesidad de ellos; porque hay ciertos principios generales a que obedece la razón humana”<sup>172</sup>. Y finaliza su exposición de forma contundente: “No son las declaraciones, derechos y garantías que contiene la Constitución las únicas que nos rigen, son muchísimas otras que no están enumeradas ahí; y por tanto, para que no puedan perderse de vista, hemos creído conveniente agregar este artículo para explicar la jurisprudencia de la Constitución que nos rige”<sup>173</sup>.

Luego de las explicaciones de Sarmiento, el convencional Esteves Saguí expresó su disconformidad y argumentó que la reforma era redundante, ya que esos derechos estaban incluidos dentro del artículo 19 de la Constitución. Luego de un debate con Mitre, en el que éste llega a afirmar que existen derechos que no corresponden solamente a los individuos, “sino al pueblo como entidad colectiva”<sup>174</sup>, y aquél a plantear que “si la sociedad se

---

<sup>171</sup> Ídem.

<sup>172</sup> *Reforma...*, pp. 210 y 211.

<sup>173</sup> *Reforma...*, p. 211.

<sup>174</sup> *Reforma...*, p. 212. Esta expresión podría llevar a confusión acerca de cuál es el alcance de los derechos reconocidos en el artículo 33. Sin embargo, el propio Mitre pone un ejemplo que aporta cierta luz: “las facultades extraordinarias acordadas a un Ministro, no es la prohibición de un derecho acordado a un individuo; es la usurpación de los derechos de todos un pueblo” (ob. cit., p. 212). Mitre, sin embargo, es ciertamente confuso en su exposición.

compone de individuos, cuando se legisla para cada uno de los individuos se legisla para la sociedad”<sup>175</sup>, Vélez Sarsfield interviene y zanja la discusión.

Luego de recordar la parte del artículo 19 que dispone que nadie será obligado a hacer lo que la ley no mande, ni privado de lo que ella no prohíbe, Vélez Sarsfield explica que “el artículo [33] en discusión dice otra cosa distinta, refiriéndose á los derechos individuales. Esos derechos son superiores á toda Constitución, superiores á toda ley y á todo C.L. [Cuerpo Legislativo] y tan estensos que no pueden estar escritos en la Constitución y para determinarlos de una manera general el artículo de la reforma dice: no solamente esos derechos, sinó todos los derechos naturales, de los hombres ó de los pueblos aunque no esten enumerados en la Constitución se juzgan reservados, como que no se pueden enumerar todos los derechos que nacen de la naturaleza del hombre y del fin y objeto de la Sociedad y de la soberanía del pueblo. El Sr. Diputado que acaba de hablar dice: nadie esta obligado á hacer lo que la ley no manda; pero la reforma de la Comisión dice mas, que los hombres no solo tienen los derechos que determina la Constitución, sino todos los derechos naturales aunque no se hallen consignados en la Constitución”<sup>176</sup>.

Como se puede apreciar, Vélez Sarsfield hace hincapié en el carácter individual de los derechos a que se refiere el artículo 33, pero reconoce también que existen otros que estarían en cabeza de los “pueblos”<sup>177</sup>. ¿Cuáles son esos derechos? Para despejar definitivamente la cuestión, hay que recurrir al Informe Nro. 6 de *El Redactor de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal*. Con claras reminiscencias madisonianas, allí se explica que: “las Constituciones modernas eran una limitación puesta á

---

<sup>175</sup> *Reforma...*, p. 213.

<sup>176</sup> *Reforma...*, p. 214.

<sup>177</sup> Tal vez la distinción correcta es la que podría hacerse entre “derechos no enumerados” (individuales) y “garantías no enumeradas” (tanto individuales, como colectivas).

la soberanía popular misma, mientras la Constitución exige al legislador, que no puede alterar lo que ella establece, al ejecutor de la ley que debe limitarse á lo que ella prescribe, y aun al juez que ha de juzgar la ley misma que aplica, en cuanto escede los límites á la facultad de legislar, señalados por la Constitución”. Y el Informe continúa del siguiente modo: “Que la *declaración* de los derechos del hombre, habia precedido á todas las Constituciones escritas, los que quedaban subsistentes siempre; pues ellos constituian un legado de la humanidad entera, que ningun pueblo podia renunciar”<sup>178</sup>. Por ende, la relación entre el pueblo y los derechos no era de subordinación de éstos a aquél, sino de aquél a éstos. Dicho de otro modo, los derechos individuales representan un límite a la soberanía popular.

Todas esas ideas fueron tomadas de los Estados Unidos. En efecto, en ese mismo Informe Nro. 6, luego de explicar que “las Colonias Norte-Americanas reivindicaron los derechos del hombre, para constituirse en sociedad; libertades y declaración que están implícitas en nuestro derecho público y le sirven de base”, se reconoce expresamente que la fuente del artículo 33 es la Enmienda IX de la Constitución estadounidense<sup>179</sup>.

Las palabras de Mitre, dije, pueden llevar a confusión<sup>180</sup>. Sin

<sup>178</sup> *Reforma...*, p. 393.

<sup>179</sup> *Reforma...*, p. 393 y 394.

<sup>180</sup> En un trabajo sumamente interesante, cuya lectura recomendamos, Egües sostiene que el artículo 33 implica la adopción de una nota de radicalismo democrático en nuestra Constitución (ver Egües, Carlos, “Las Declaraciones de Derechos en Perspectiva Ideológica”, en Egües, Carlos y Segovia, Juan Fernando, *Los Derechos del Hombre y la Idea Republicana*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Mendoza, 1994, p. 64 y sgtes.). Dicho en otras palabras, la inserción del artículo 33 habría implicado un afrancesamiento de la parte dogmática de nuestra Constitución y, como contrapartida, un alejamiento del constitucionalismo estadounidense. Si bien podría argumentarse que las palabras de Mitre podrían avalar, en parte, la tesis de Egües, lo cierto es que la misma queda desmentida, a mi entender de forma rotunda, con el Informe Nro. 6 y con las palabras de Vélez Sarsfield que terminarían zanjando la discusión. Además, no se puede soslayar que tanto la Revolución Francesa como las doctrinas de Rousseau fueron rechazadas expresamente en la Convención del Estado de Buenos Aires. En efecto, el propio Sarmiento denunció en esa Convención “las doctrinas de Robespierre y de J. J. Rousseau”. Luego de mencionar los abusos cometidos por los jacobinos en Francia, el sanjuanino criticó duramente a un grupo minoritario de convencionales que defendía esas ideas y, de forma

embargo, además de lo expuesto previamente, cabe recordar que el propio Informe Nro. 6 nos brinda ejemplos de derechos o garantías “colectivos” reconocidos a través del artículo 33. En todos los casos, la referencia del Informe Nro. 6 es a artículos incluidos en constituciones de diversos estados norteamericanos, como las de Indiana, Kentucky, Alabama y Virginia. Y, en todos los casos, esos artículos se refieren a límites concretos oponibles al gobierno y a la mayoría. En efecto, luego de explicar que “aquellas Constituciones consignaban en sus declaraciones, principios y aun doctrinas que debían tenerse siempre a la vista”, el Informe señala los siguientes ejemplos<sup>181</sup>:

---

elocuente, advirtió: “nos van a causar estos discípulos de los libros franceses, el mismo desastre” (*Reforma...*, p. 156). En mi opinión, las primeras dos partes del trabajo de Egües, en las que se elaboran sutilmente los diferentes contextos ideológicos que permiten comprender el significado de una declaración de derechos, es de lectura indispensable. Como todos los trabajos de este autor mendocino, el análisis es agudo, claro y enriquecedor. Sin embargo, el tratamiento que se da al constitucionalismo norteamericano es extremadamente escueto y termina traicionando al autor. Teniendo en cuenta que la Enmienda IX es reconocida expresamente por el constituyente como fuente principal del artículo 33 de la Constitución Nacional, lo que obviamente descarta la tesis del afrancesamiento, el análisis debió haber sido más completo. Por un lado, la importancia que tuvieron los *natural rights* para los *Founding Fathers* es demasiado evidente como para obviar este punto. Especialmente en el caso de Madison, que fue el ideólogo, redactor y encargado de obtener la aprobación de la Enmienda IX. Lejos de atenuar la preeminencia del carácter liberal que Egües reconoce a la Constitución de 1853, al haber seguido el ejemplo de la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos, la Reforma de 1860 profundiza ese carácter y lo completa. Por el otro, la referencia a la soberanía del pueblo en nuestro artículo 33 no debe ser objeto de confusión. De hecho, la Enmienda IX también hace expresa referencia al “pueblo”. Sin embargo, tal como recuerda Waldron, para la corriente iusnaturalista en boga en la época, la noción de “pueblo” no era más que la forma de designar el plural de la persona individual (Waldron, “The Decline...”, p. 636). Al respecto, creo que resulta iluminador recordar el texto propuesto apenas unos años después en la convención constituyente de la provincia de Buenos Aires de 1870-1873, que se refiere a los derechos no enumerados y que aun se encuentra en vigencia: “Las declaraciones, derechos y garantías enumerados en esta Constitución, no serán interpretados como negación o mengua de otros derechos y garantías no enumerados, o virtualmente retenidos por el pueblo, que nacen del principio de la soberanía popular y que corresponden al hombre en su calidad de tal” (cfr. *Debates de la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires 1870-1873*, Imprenta La Tribuna, Buenos Aires, 1877, Tomo I, p. 131. Énfasis agregado). En definitiva, la correcta interpretación de la referencia a la “soberanía del pueblo” en el artículo 33 es la que expone Dana Montaña: “nuestra ley fundamental, al declarar en primer término los derechos individuales, afirma la creencia en la pre-existencia de derechos naturales propios del hombre, inalienables, anteriores y superiores al Estado, de cuyo goce y ejercicio la soberanía popular misma no puede declinar sin negarse a sí misma” (Dana Montaña, Salvador M., “La Constitución Federal Argentina”, en *Boletín de la Biblioteca del Congreso*, Nros. 43-44, Biblioteca del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1941, p. 1451).

<sup>181</sup> Todos ellos citados en *Reforma...*, p. 394.

- (i) El pueblo tendrá derecho a llevar armas en defensa propia y la del Estado;
- (ii) El poder absoluto arbitrario sobre las vidas, libertad y propiedad de los hombres, no existe en una república ni aun en las grandes mayorías;
- (iii) La declaración de derechos no será violada bajo pretexto alguno;
- (iv) Todo poder existe en el pueblo y emana de él. Por lo tanto, los magistrados son sus fideicomisarios, y en todo tiempo ante él responsables;
- (v) El poder militar estará en todos los casos y en todos los tiempos, en estricta subordinación al poder civil;
- (vi) La prolongada continuación en el poder ejecutivo es peligrosa para la libertad. Por lo tanto, la rotación en ese departamento es una de las mejores garantías para la libertad;
- (vii) Las declaraciones de derechos no enumerados quedan fuera de los poderes generales del gobierno, siendo nula toda ley en contrario.

Para tener adecuada comprensión de la importancia que el constituyente le asignó al artículo 33 de la Constitución Nacional, cabe recordar que el Informe Nro. 6 reconoce expresamente que “esta declaración servía para fijar la interpretación de la Constitución misma, por sus principios fundamentales y objeto, contra los que querían suponer que la letra autoriza restringir una libertad, ó que lo que en la Constitución no está expresamente dicho, no es constitucional, ni tiene valor legal; con lo cual se pervierte el espíritu, se falsea el fin que consultan las Constituciones”<sup>182</sup>. No creo exagerar, entonces, si afirmo que una interpretación legítima de la

---

<sup>182</sup> *Reforma...*, p. 393.

Constitución Nacional depende, en gran medida, de una correcta comprensión de los alcances de su artículo 33.

Teniendo en cuenta el contexto ya explicado, en especial respecto del grado de protección que la Constitución brinda a las libertades de la persona, ¿qué grado de solidez tienen los fundamentos que se esgrimen para proteger las decisiones del gobierno o de la mayoría con una “presunción de constitucionalidad”?

## **V. Crítica a la Presunción de Constitucionalidad**

Antes de empezar con la crítica, recordemos cuáles son los principales argumentos que se esgrimen en apoyo de la “presunción de constitucionalidad”. Por un lado, hay autores que sostienen que el fundamento central de la presunción es la separación de poderes y el respeto recíproco que se deben los órganos de gobierno entre sí. Por el otro, hay quienes argumentan que la presunción se funda en la necesidad de (i) mantener el principio de autoridad y demostrar el debido respeto que corresponde a las decisiones tomadas por otro poder, separado y autónomo, cuyos integrantes, además de jurar defender la Constitución, son electos por el pueblo; (ii) impedir que los jueces interfieran con las decisiones de un órgano de gobierno democrático, que representa la voluntad popular y cuyos integrantes resultan responsables ante el pueblo; o (iii) reconocer la superioridad institucional del Congreso, especialmente en lo que se refiere a la construcción y análisis del marco empírico necesario para el dictado de cualquier legislación.

El análisis de cada uno de los argumentos expuestos demuestra que ninguno se sostiene por sí solo. Por el contrario, requieren de la explicación y justificación de teorías normativas que van más allá del sentido lingüístico de nuestra Constitución y que, en mi opinión, no son las que mejor se ajustan a sus postulados centra-



les. Además, tal como explicaré a continuación, esa debilidad de los argumentos puede surgir no sólo de la posibilidad de que exista una interpretación más fidedigna del texto constitucional, sino también de un análisis meramente lógico de las tesis expuestas.

Como premisa central de las críticas que a continuación expondré, parto de la siguiente base: tal como he explicado en los puntos anteriores, el constitucionalismo moderno surgió históricamente con el objeto de limitar el poder de la autoridad gubernamental. Además, su contenido no se agota ahí: la limitación del poder a través de una Constitución fue concebida no como un fin en sí mismo, sino como un medio para garantizar la protección de los derechos naturales de las personas. Estos derechos, a su vez, fueron consagrados en la Constitución estadounidense con el carácter de “libertades”, oponibles al gobierno y a las mayorías. Ese fue el modelo que siguió nuestro sistema constitucional. Si tuviéramos que resumir la idea en una fórmula sencilla, sería la siguiente: la consecuencia de haber optado por ese sistema es que “primero vienen los derechos, después el gobierno”. Así fue concebida nuestra Constitución y, como expliqué en los puntos anteriores, no es casualidad el método que ésta sigue: primero se establecen las declaraciones, derechos y garantías de los individuos (parte dogmática), luego se organizan las autoridades de los distintos niveles de gobierno (parte orgánica). Sin embargo, la realidad constitucional nos indica que la fórmula ha sido completamente invertida: “primero viene el poder gubernamental, luego los derechos”. Una de las herramientas que ha contribuido a esa metamorfosis es, precisamente, la presunción de constitucionalidad.

**a) La presunción no puede apoyarse en el principio de la separación de poderes**

El principio de separación de poderes no parece ser un fundamento adecuado para la presunción de constitucionalidad. Basta

con recordar que, en nuestro sistema constitucional, las funciones se separan para limitar el poder y que, a su vez, para garantizar esa separación, existe un sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*). Este sistema fue ideado para que los órganos de gobierno se controlen recíprocamente y se mantengan en la órbita de sus funciones<sup>183</sup>. ¿Cuál es el motivo por el que importa que el “poder detenga al poder”? Ni más ni menos que proteger los derechos de las personas que la Constitución reconoce. Como recuerda Vile, “la doctrina de la separación de los poderes está claramente comprometida con una visión de la libertad política que tiene como una de sus partes esenciales a la limitación del poder gubernamental”<sup>184</sup>. Entonces, si el fundamento detrás del sistema de separación de poderes es evitar el abuso del poder como garantía de protección de los derechos, se podría argumentar que la presunción opera como forma de impedir o morigerar uno de los controles que integran el sistema de frenos y contrapesos: el control judicial de constitucionalidad<sup>185</sup>. ¿Quiénes se benefician, entonces, con la presunción? Los poderes políticos. ¿Quiénes se perjudican? Los titulares de los derechos eventualmente afectados.

Otra debilidad del argumento de la separación de poderes y del debido respeto hacia la decisión de otro órgano de gobierno es que la presunción implica asumir directamente que esa decisión

---

<sup>183</sup>En su conocida disidencia en el caso “Myers v. United States”, el *Justice* Brandeis explicaba que: “La doctrina de la separación de los poderes no fue adoptada por la Constitución de 1787 para promover la eficiencia, sino para impedir el ejercicio abusivo y arbitrario del poder. El propósito no fue el de evitar la fricción entre los distintos departamentos en que se divide el gobierno, sino el de salvar al pueblo de la autocracia a través de esta fricción inevitable, incidental a la distribución de los poderes gubernamentales en sus tres ramas” (272 U.S. 52, p. 293 [1926]).

<sup>184</sup>Vile, M. J. C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2da. ed., Liberty Fund, Indianapolis, 1998, p. 15.

<sup>185</sup>La importancia de los sistemas de control ha sido magistralmente estudiada por el español Manuel Aragón, quien ha dicho que el control es “un elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de Constitución. Cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su ‘realización’; ocurre, simplemente, que no hay Constitución” (Aragón, Manuel “El Control como Elemento Inseparable del Concepto de Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nro. 19, p. 52 [1987]).

fue tomada previo análisis de su constitucionalidad. ¿Qué ocurre, entonces, si ese análisis no existió? No parece descabellado, por ejemplo, pensar que en el Congreso se dicten leyes evitando ese análisis de forma deliberada<sup>186</sup>. Pero, además, ¿qué ocurre si la cuestión constitucional planteada ante los tribunales difiere de la considerada en el Congreso? Peor aún, ¿qué ocurre si la decisión se tomó a pesar de concretos reparos constitucionales, como ocurre con frecuencia en el Congreso? El fundamento de la separación de poderes no brinda respuestas adecuadas a estos interrogantes.

El argumento del “debido respeto” hacia los otros poderes tampoco permite sortear la dificultad que se plantearía, por ejemplo, en caso que la decisión impugnada en sede judicial sea una ley aprobada con mayorías especiales, luego de haber sido vetada por el Poder Ejecutivo debido a su supuesta inconstitucionalidad. En este caso, ¿a cuál de las decisiones de estos dos poderes correspondería aplicar la presunción de constitucionalidad? ¿A la aprobada finalmente en el Congreso? ¿Qué ocurre si, desde el punto de vista constitucional, es el Poder Ejecutivo el que tiene razón? El argumento que critico tampoco permite responder satisfactoriamente estos planteos<sup>187</sup>.

Llamativamente, uno de los supuestos en los que los jueces no suelen aplicar la presunción de constitucionalidad es, precisamente, cuando se cuestionan leyes que afecten el principio de la separación de poderes<sup>188</sup>. En estos casos, lejos de mostrar un “debido respeto” hacia los otros poderes, los jueces defienden celo-

---

<sup>186</sup>El presidente Franklin Delano Roosevelt, por ejemplo, sugería a los miembros del Congreso estadounidense que no se tomaran el trabajo de considerar cuestiones constitucionales a la hora de legislar (Hessick, “Rethinking...”, p. 1463, n. 72).

<sup>187</sup>Para ampliar el punto, ver Burke, David M., “The ‘Presumption of Constitutionality’ Doctrine and the Rehnquist Court: A Lethal Combination for Individual Liberty”, en *Harvard Journal of Law and Policy*, Vol. 18, pp. 103 y 104 (1995).

<sup>188</sup>Ver, por ejemplo, el voto del *Justice* Scalia en “*Morrison v. Olson*”, 487 U.S. 654, p. 704 y sgtes. (1988).

samente sus atribuciones<sup>189</sup>. De esta forma, se busca lógicamente evitar la expansión de los poderes políticos a expensas del propio Poder Judicial. Pero, ¿cuál es el fundamento para no aplicar el mismo criterio respecto de los derechos en general? ¿La presunción impide esa expansión o la favorece a expensas de los derechos que reconoce la Constitución?

En lo que a los derechos respecta, el fundamento de la separación de los poderes y del debido respeto que se debe a las decisiones de los otros órganos de gobierno no permite justificar las excepciones a la presunción que los jueces crearon respecto de ciertos derechos (i.e. en materia de censura previa, en que se aplica una presunción de inconstitucionalidad). Bajo el fundamento del debido respeto que critico, la presunción obligaría siempre a asumir que el Congreso analizó la cuestión constitucional a la hora de dictar una ley que restrinja un derecho. ¿Cuál sería la razón, entonces, para no aplicar la presunción respecto de algunos derechos y aplicarla, en cambio, respecto de otros? La inconsistencia es palmaria. Desde el punto de vista constitucional, no existe un justificativo serio para la aplicación diferenciada de la presunción. Esa diferenciación, en realidad, esconde la imposición lisa y llana de una preferencia personal de los jueces y no una interpretación razonable del texto constitucional. En definitiva, la deferencia judicial selectiva esconde una presunción en contra de ciertos derechos constitucionales y una preferencia judicial respecto de otros.

Finalmente, desde el punto de vista lógico, creo que el fundamento del debido respeto a las decisiones de los otros órganos de poder es inconsistente con el carácter de “intérprete final” que la Corte Suprema se arroga respecto de la Constitución. Y es que si la Corte Suprema es, efectivamente, “intérprete final”, resulta inconsistente que sea deferente con la interpretación constitu-

---

<sup>189</sup>En nuestro país, por ejemplo, ese tipo de medidas fue una de las pocas que movilizó al Poder Judicial a poner límites a los gobiernos *de facto*. Ver, entre otros, “Acordada sobre traslado de Jueces Federales”, Fallos: 201:245 (1945); “Barraco Mármol”, Fallos: 203:5 (1945), etc.

cional que hacen los otros poderes. Por supuesto, podría darles la razón, argumentando que coincide con la interpretación que aquellos hicieron. Pero ser deferente por vía de la “presunción de constitucionalidad” equivale a asumir que la interpretación que hacen los otros poderes es suprema para el caso y que los jueces están obligados a respetarla<sup>190</sup>. Y esto contradice, obviamente, el carácter final de las interpretaciones que hace la Corte respecto de la Constitución.

**b) La presunción no puede apoyarse en el principio de no interferencia a las decisiones dictadas por los órganos políticos resultantes de la elección popular**

De todos los argumentos que se esgrimen a favor de la presunción, este es, tal vez, el que puede generar mayores adhesiones. Para el *Chief Justice* Rehnquist, por ejemplo, “la presunción de constitucionalidad tiene eminente buen sentido. Si la Corte Suprema decide erróneamente que una ley sancionada por el Congreso es constitucional, ha cometido un error, pero el resultado de ese error es solamente dejarle al país una ley debidamente sancionada por los miembros popularmente elegidos de la Cámara de Representantes y el Senado, y promulgada por el Presidente popularmente elegido. Pero si la Corte decide erróneamente que la ley sancionada por el Congreso no es constitucional, ha cometido un error de una consecuencia considerablemente mayor; ha dejado sin efecto una ley debidamente sancionada por los órganos de gobierno popularmente elegidos, no como consecuencia de principio alguno de la Constitución, sino de las visiones individuales que una mayoría de nueve jueces sostenga acerca de una política de gobierno deseable en ese momento”<sup>191</sup>. A pesar de lo persuasivo

---

<sup>190</sup>Hessick, “Rethinking...”, pp. 1467 y 1468.

<sup>191</sup>Rehnquist, William H., *The Supreme Court*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 2001, p. 279. En

que pueda resultar este argumento en una primera aproximación, tampoco resiste una crítica.

Lejos de compartir la tesis de Rehnquist, queda claro que el resultado de mantener una ley inconstitucional, debido a una errónea decisión judicial que aplique la presunción, es mucho más grave de lo que se pretende. Es, lisa y llanamente, una forma de convalidar judicialmente un asalto a la Constitución por parte del Poder Legislativo que, para peor, no tiene fácil remedio para la persona afectada. Además, la exageración de la supuesta gravedad de las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad es evidente: se olvida que los efectos de esa declaración en un sistema de control difuso se limitan solamente al caso concreto. La objeción podría tener sentido si el efecto de esa declaración fuera *erga omnes*, como ocurre en algunos países de Europa. Sin embargo, luce como exagerada en los casos argentino y estadounidense. La doctrina que critico parece no tomar en cuenta que la razón misma de tener jueces independientes es, precisamente, el poder someter a control las decisiones de la mayoría mediante un examen acerca de su constitucionalidad. Ese es uno de los pilares sobre los que se sostiene el sistema constitucional ideado por James Madison. Al requerir que el Poder Judicial sea deferente respecto de las decisiones que toma el Congreso, ese control se debilita de forma evidente. La deferencia al legislador, en especial con el grado de amplitud que ha tomado en la actualidad (que parece más propia de una forma afrancesada de comprender la separación de poderes), inutiliza uno de los engranajes centrales del sistema de *checks and balances*.

---

nuestro país, Oyhanarte sostuvo una teoría similar (ver Oyhanarte, Julio C., “Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina. Un Estudio sobre el Estado de Desarrollo”, en *Julio C. Oyhanarte. Recopilación de sus Obras*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 68 y 69. Con ciertos matices, podríamos incluir también a Badeni en esta corriente cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad “configura una grave perturbación para el desarrollo de la actividad del Estado y para el orden jurídico que establece” (cfr. Badeni, *Tratado...* pp. 104 y 105).

Un ejemplo, extremo pero gráfico, es el referido a los cuestionamientos que se hicieron a la silla eléctrica, una de las principales formas de pena de muerte en los Estados Unidos. Las críticas a ese método aberrante se dieron antes de su primera utilización en 1890. En el caso “In re Kemmler”<sup>192</sup>, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró constitucional la primera ley estatal que aprobara la pena de muerte por electrocución<sup>193</sup>. Para ello, consintió la aplicación de la presunción de constitucionalidad y tuvo por probado en instancias anteriores que la silla eléctrica era una forma “más humana” que la horca, ya que permitía matar a la persona condenada de forma inmediata y sin dolor<sup>194</sup>. Sin embargo, ya desde su primera utilización, el método demostró toda su perversidad y falló en innumerables ocasiones, sometiendo a los condenados a una muerte horrible, a través de la aplicación de varios shocks de electricidad para poder terminar con su vida. A pesar de esas notorias fallas, ese primer precedente fue ratificado mecánicamente con posterioridad. Esa ratificación se dio aun frente a casos insólitos en los que, por ejemplo, se intentaba impedir una segunda fecha de electrocución debido a los problemas ocurridos durante la primera, en que la persona condenada fue sometida a varios shocks de electricidad sin provocarle la muerte<sup>195</sup>. En todos

---

<sup>192</sup> 136 U.S. 436 (1890).

<sup>193</sup> La ley en cuestión, la “Electrical Execution Law”, fue dictada por el estado de Nueva York en 1888.

<sup>194</sup> La Corte sostuvo lo siguiente: “Punishments are cruel when they involve torture or a lingering death; but the punishment of death is not cruel within the meaning of that word as used in the Constitution. It implies there something inhuman and barbarous - something more than the mere extinguishment of life. The courts of New York held that the mode adopted in this instance might be said to be unusual because it was new, but that it could not be assumed to be cruel in the light of that common knowledge which has stamped certain punishments as such; that it was for the legislature to say in what manner sentence of death should be executed; that this act was passed in the effort to devise a more humane method of reaching the result; that the courts were bound to presume that the legislature was possessed of the facts upon which it took action; and that, by evidence taken *aliunde* the statute, that presumption could not be overthrown” (136 U.S. 436, p. 447). Uno de los testimonios de peso fue el que presentara Thomas Alva Edison (Cfr. Hoffman, Lonny J., “The Madness of the Method: The Use of Electrocuting and the Death Penalty”, en *Texas Law Review*, Tomo 70, p. 1043 [1992]).

<sup>195</sup> “Louisiana ex rel. Francis v. Resweber”, 329 U.S. 459 (1947).

esos casos, a pesar de la evidencia presentada en contrario y de la Enmienda Octava que prohíbe la aplicación de un “castigo cruel e inusual”, los jueces aplicaron mecánicamente una injustificada deferencia al legislador a través de la presunción de constitucionalidad<sup>196</sup>.

Desde otra perspectiva, resulta extremadamente peligroso considerar la cuestión solamente en abstracto. Aun los más duros críticos del control judicial de constitucionalidad, reconocen que para que sus críticas se sostengan debe existir, como mínimo, un poder legislativo respetuoso de los derechos individuales y de las minorías<sup>197</sup>. En países como el nuestro, donde ese respeto no parece ser la regla, me parece obvia la necesidad de un control más estricto por parte de los jueces verdaderamente independientes, que adopten un rol activo en la protección de los derechos constitucionales y el control de los poderes políticos. No porque haya que confiar en “la omnisciencia de vigías superdotados”, según la crítica de Oyhanarte<sup>198</sup>, o porque corresponda defender una suerte de “elitismo epistemológico” por parte de los jueces<sup>199</sup>. Nada más alejado de la realidad: la confianza depositada en los jueces es la consecuencia inevitable de un sistema que faculta solamente a éstos a interponerse entre los ciudadanos y las facciones mayoritarias y minoritarias que operan a través del gobierno representativo. Por eso, cuando la legislación avanza sobre las libertades, sólo la revisión de jueces imparciales puede garantizar la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos<sup>200</sup>. Y esa revisión no puede agotarse en la mera formalidad, sino que debe tener un contenido sustancial.

<sup>196</sup>Hoffman, “The Madness...”, p. 1049.

<sup>197</sup>Ver, por ejemplo, Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, en *The Yale Law Journal*, Tomo 115, p. 1346 y sgtes. (2006).

<sup>198</sup>Oyhanarte, “Poder Político...”, p. 68.

<sup>199</sup>Justo, Juan B., “¿Existe la Presunción de Validez de los Actos Estatales? Libertad y Deferencia en la Labor Judicial”, en *L.L.*, t. 2010-E, p. 1048.

<sup>200</sup>Barnett, *Restoring...*, p. 266.



Tal como sostuvo el *Justice Jackson* en el caso “West Virginia Board of Education v. Barnette”<sup>201</sup>, “[e]l verdadero propósito de una Declaración de Derechos [*Bill of Rights*] fue el sacar a ciertas cuestiones de las vicisitudes propias de la controversia política, de ponerlas más allá del alcance de las mayorías y de los funcionarios públicos y establecerlas como principios legales a ser aplicados por los tribunales. El derecho a la vida, a la libertad, y a la propiedad, a la libre expresión, las libertades de culto y de reunión, y otros derechos fundamentales, no pueden ser sometidos al voto. No dependen del resultado de ninguna elección”<sup>202</sup>.

Aquellos que defienden el argumento democrático sostienen que, en última instancia, los integrantes de los órganos políticos son responsables ante el electorado. Sin embargo, pierden de vista un hecho evidente: el control popular por medio de elecciones está lejos de garantizar una protección de los derechos que reconoce la Constitución. La inconstitucionalidad de una decisión no siempre va de la mano de su falta de popularidad. Al contrario, no son pocas las veces que, en realidad, es justamente al revés. El Poder Legislativo, entonces, se encuentra en varias ocasiones frente a incentivos para tomar decisiones que contradicen directamente la Constitución. Sin embargo, esas mismas decisiones garantizan a sus miembros un eventual rédito frente al electorado<sup>203</sup>. Lo mismo puede decirse del Poder Ejecutivo.

El respeto a la voluntad popular tampoco permite explicar el alcance y dimensión que ha tomado la presunción en la actualidad. Ese alcance contradice directamente el argumento democrático. En efecto, ¿por qué es que los jueces pueden suplir los defectos del proceso legislativo mediante la creación de supuestos hipotéticos que permitan salvar la norma? Se trata de una forma que no aumenta, sino que disminuye la responsabilidad del Legislativo

---

<sup>201</sup> 319 U.S. 624 (1943).

<sup>202</sup> 319 U.S. 624, p. 638.

<sup>203</sup> Hessick, “Rethinking...”, p. 1470, n. 99.

frente al electorado y, en alguna medida, permite que los jueces suplanten a los dos. Lejos de respetar la voluntad popular, se la ignora de forma directa: se invaden funciones propias del legislador y se impide el control de sus decisiones por parte de los votantes.

En definitiva, el problema del argumento democrático es que subvierte el orden del sistema constitucional: en lugar de interpretar la Constitución como el marco institucional a través del cual los derechos deben ser resguardados, se la interpreta como el marco en que las acciones de gobierno tienen que ser protegidas<sup>204</sup>. La conveniencia o no de esa postura puede ser discutible en el plano teórico, desde diversas posturas filosóficas y políticas. Sin embargo, no sólo contradice abiertamente nuestro sistema constitucional, sino que pretende imponer una idea concreta acerca de cuál es la relación que debe existir entre el ciudadano y el gobierno. Y esta idea es ajena a nuestro sistema<sup>205</sup>.

Bajo ese marco conceptual, la presunción de constitucionalidad que rige para los actos administrativos también carece de adecuada justificación<sup>206</sup>. Detrás de esta postura, en realidad, sub-

---

<sup>204</sup>En este sentido, la presunción de constitucionalidad asume dos premisas en forma implícita: (i) que los órganos políticos obran “conforme a la Constitución”; y (ii) que la Constitución es legítima. Si las decisiones de los órganos políticos son dictadas “conforme a la Constitución”, estas son válidas. En consecuencia, es la Constitución la que se presume como legítima y la que, en última instancia, legitima –valga la redundancia– el accionar de los poderes políticos. Sin embargo, esta afirmación no se hace cargo de cuál es la legitimidad que, eventualmente, tiene la Constitución. Por legitimidad, entiendo la característica que deben tener aquellas normas que apelan a la conciencia moral del ciudadano y que conllevan la obligación de ser cumplidas. Como sostuvo en la nota al pie número 7 anterior, esa legitimidad no puede basarse en el consentimiento de los gobernados. En cambio, creo que la legitimidad de la Constitución sí puede fundarse en que la misma establece un mecanismo de gobierno que garantice el respeto a los derechos naturales de las personas. Aunque por una cuestión de espacio no puedo tratar el punto en detalle, dejo nuevamente planteada la inquietud.

<sup>205</sup>Sánchez Gil afirma que la presunción de constitucionalidad es análoga a la presunción de inocencia que rige en el proceso penal. Por eso, así como ésta conlleva cierta postura ideológica general y previa respecto del poder del Estado frente a las personas, aquélla lo hace acerca del respeto que se debe al legislador democrático y a un papel claramente pasivo por parte del Poder Judicial (Sánchez Gil, “La Presunción...”, p. 379).

<sup>206</sup>El propio Waldron, por ejemplo, sostiene que si bien el Ejecutivo goza de ciertas credenciales electorales, es un principio casi universalmente aceptado que estas credenciales están sujetas al principio del *Rule of Law*. Por ende, los jueces pueden válidamente ordenar que los funcionarios

yace una visión que pone al gobierno por encima de las personas. Nuevamente, señalo que esa idea es contraria a nuestro sistema constitucional. Por eso, coincido con Gordillo cuando advierte que en nuestro país “es mucho lo que resta por hacer para llegar a un derecho administrativo constitucional, liberal, democrático. La idea de fuerza y autoridad sin límite permea todas sus capas lingüísticas, todos sus estratos conceptuales”<sup>207</sup>.

Guste o no, en la Argentina, no es el Estado el que se auto-limita frente a los individuos, concediendo graciosamente algunos derechos que pueden ser restringidos en cualquier momento por decisiones de los poderes políticos. Por el contrario, es el individuo el que limita parte de sus derechos para dar nacimiento al gobierno<sup>208</sup>,

---

públicos obren de acuerdo a la ley (Waldron, “The Core...”, pp. 1353 y 1354). Esta distinción es importante ya que, a través del dictado de DNU, el Presidente de la Nación parece haber desplazado al Congreso en el papel de principal legislador en nuestro país (ver García-Mansilla, Manuel José, “La metamorfosis del sistema constitucional argentino. Decretos de necesidad y urgencia y separación de los poderes”, en *El Derecho*, Tomo 210, p. 746 [2004]). Esta realidad nos obliga a considerar la necesidad de contar con un control adecuado para evitar posibles excesos del Ejecutivo. Y es que, como sostenía Kelsen, en un sistema legal en que se permita que los órganos administrativos dicten normas de alcance general (DNU), el peligro de que esos órganos administrativos excedan los límites del poder de dictar ese tipo de normas es mucho mayor que el peligro de que se sancione una ley inconstitucional (Kelsen, Hans, “Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, en *The Journal of Politics*, Vol. 4, Nro. 2, p. 184 [1942]). Frente al abandono de sus tareas por parte del Congreso, es al Poder Judicial a quien podemos recurrir para evitar esos excesos. Respecto de los DNU, comparto la posición de la Dra. Argibay, que sostiene que “cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse *prima facie* inconstitucional, presunción esta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descripta en los dos párrafos siguientes del art. 99, inc. 3° [...]” (Considerando 5°) de la disidencia de la Dra. Argibay en “Aceval Pollacchi, Julio César c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido”, Fallos: 334:799, p. 825 [2011]).

<sup>207</sup>Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8va. ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, Tomo I, p. I-11. En esa misma obra, Gordillo realiza una aguda crítica de la presunción de legitimidad de los actos administrativos (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9na. ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007, Tomo III, Cap. V).

<sup>208</sup>No se me escapa la diferencia conceptual que existe entre los términos “Estado” y “gobierno” (cfr., entre otros, Legarre, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública. Fundamento y aplicaciones*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pp. 37 y sgtes.). Sin embargo, en la vida real, ambos términos son tratados de forma idéntica por nuestros funcionarios públicos. Basta con estar alerta a esa confusión para verificarla todos los días en boca de nuestras más altas autoridades.

y para permitir así la vida en sociedad. En nuestro sistema constitucional, se reconocen derechos que son preexistentes e inviolables. Esos derechos no son presociales, pero sí pregubernamentales<sup>209</sup>. Por ende, las facultades del gobierno son estrictamente limitadas. Además, la Constitución Nacional reconoce la existencia de derechos no enumerados y dispone que todo lo que no está expresamente prohibido a los individuos se entenderá como permitido. Esta regla debería operar en forma inversa para los funcionarios públicos: todo lo que no esté expresa o implícitamente autorizado, resulta prohibido<sup>210</sup>. La presunción de constitucionalidad desnaturaliza esa regla elemental de nuestro sistema constitucional.

### **c) La presunción no puede basarse en la superioridad institucional del Congreso**

Para varios autores, el Poder Legislativo está mejor equipado que el resto de los poderes en lo que respecta al proceso de búsqueda, construcción y análisis del marco fáctico previo al dictado de cualquier legislación. Especialmente, si se lo compara con el Poder Judicial<sup>211</sup>. Pero, ¿sirve este argumento para justificar la presunción?

---

<sup>209</sup>Black explica que el énfasis de la doctrina los derechos naturales respecto del individuo “no es antisocial”. Por el contrario, aclara que la intención “es la de preservar el valor moral inherente que tiene el individuo, quien no debería ser usado a propósito por otros o por el Estado para sus propios fines” (Black, “On Connecting...”, p. 190).

<sup>210</sup>Para una correcta interpretación de la noción de poderes implícitos, que suele generar graves equívocos en nuestra doctrina, ver Ramírez Calvo, Ricardo, “Los Poderes Implícitos e Inherentes del Presidente de los Estados Unidos de América y su Influencia en el Derecho Público Argentino. Uso y Abuso de la Jurisprudencia Estadounidense”, en *El Derecho*, Tomo 200, p. 469 (2003).

<sup>211</sup>Al respecto, ver Devins, Neal, “Congressional Factfinding and the Scope of Judicial Review: A Preliminary Analysis”, en *Duke Law Journal*, Tomo 50, p. 1169 (2001). En relación con el Poder Judicial, hay quienes sostienen que los tribunales están incapacitados para obtener esa información. Esa es, por ejemplo, la opinión de Bickel (“Courts are institutionally incapable of obtaining the empirical data necessary for making decisions on social policy”, Bickel, Alexander M., *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 2da. ed., Yale University Press, New Haven, 1978, p. 173).

Si se acepta este argumento, la deferencia podría tener sentido solamente cuando la legislación cuestionada haya sido producto de ese análisis empírico. Sin embargo, no sólo se dictan numerosas leyes sin ese trabajo previo, sino que también hay veces en que el proceso en cuestión se encara desde una óptica meramente política. En estos casos, lo que se pretende es manipular y acomodar ese marco para dar un manto de justificación a cuestiones de agenda legislativa previamente decididas y no al revés<sup>212</sup>. El argumento de la superioridad institucional, obviamente, no permite justificar la presunción en estos casos. Pero, además, este argumento tampoco explica la deferencia en aquellos casos en los que el Congreso encara seriamente su trabajo: la supuesta habilidad para la reconstrucción y análisis de un marco empírico que justifique una legislación determinada no permite asumir que el Legislativo haya analizado cuidadosamente las cuestiones constitucionales a la hora de tomar su decisión. Se trata de dos actividades conceptualmente distintas.

El argumento de la superioridad institucional tampoco justifica el alcance que se le ha dado a la presunción de constitucionalidad. Recordemos que, en su concepción actual, la presunción obliga a los jueces a elaborar supuestos fácticos hipotéticos que el Congreso podría haber tenido en cuenta a la hora de legislar. La posibilidad que tienen los jueces de inventar esos supuestos no considerados por el legislador les permite sortear un planteo de inconstitucionalidad de una ley. Sin embargo, esa posibilidad no puede justificarse con el argumento de la superioridad institucional. Por el contrario, lo contradice expresamente.

En realidad, el alcance con que se aplica la presunción en la actualidad consagra una injustificada superioridad procesal del gobierno de turno por sobre aquel que pretenda impugnar sus decisiones. Además, se pone al impugnante en una situación insos-

---

<sup>212</sup>Hessick, "The Presumption...", p. 1473.

tenible: no sólo tiene la carga de la prueba respecto de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, sino también la necesidad de adivinar qué hechos hipotéticos podrían idear los jueces para salvar la ley y rebatirlos exitosamente. De esta forma, la presunción de constitucionalidad desnivela groseramente la igualdad de las partes en el proceso y otorga una notoria ventaja a la parte más poderosa: el gobierno. Insisto: la persona afectada, supuestamente titular de derechos que son superiores a la propia Constitución tiene que demostrar que el accionar del órgano de gobierno en cuestión ha sido no sólo inconstitucional, sino notoriamente inconstitucional. Pero no se trata de una cuestión fáctica, que requiera probar un hecho, sino estrictamente jurídica y, eventualmente, hipotética. Y acá la desventaja se hace insalvable: la presunción de constitucionalidad no requiere que los jueces sean solamente deferentes hacia los otros órganos de gobierno, sino también que se embarquen en la creación de hipótesis artificiales que podrían salvaguardar el accionar gubernamental. Dicho de otro modo, los jueces no comprueban si los órganos de gobierno respetaron efectivamente la Constitución. Por el contrario, además de asumir *a priori* que lo hicieron, los jueces elaboran aquellos supuestos fácticos que permitirían sostener el acto de gobierno cuestionado. Y lo hacen recién al momento de decidir la impugnación.

Lejos de fomentar el obrar “conforme a la Constitución” y, de esta forma, reducir los márgenes de arbitrariedad del legislador<sup>213</sup>, este tipo de ventajas procesales puede generar mayor desapego al texto constitucional. En lugar de recordar las diversas ataduras o límites constitucionales que tienen los gobernantes, los libera de ellas<sup>214</sup>. En efecto, al saber que los jueces recurrirán en su auxilio a la hora de litigar contra las personas afectadas por sus medidas, el

<sup>213</sup>Sánchez Gil, “La Presunción...”, p. 387.

<sup>214</sup>Hay quienes, en cambio, opinan que si los jueces fueran aun más deferentes, el legislador podría tomarse más en serio la obligación de cumplir la Constitución (Hessick, “Rethinking...”, p. 1477). La experiencia argentina desmiente rotundamente esta opinión.

incentivo que tienen para respetar los límites que la Constitución impone a su accionar se reduce a su mínima expresión<sup>215</sup>.

En todo caso, el argumento de la superioridad institucional debería aplicarse al Poder Judicial en lo que respecta a la interpretación constitucional<sup>216</sup>. Todas las salvaguardas que rodean el accionar de los jueces fueron diseñadas, precisamente, para garantizar un marco institucional propicio para poder controlar los eventuales excesos de los poderes políticos. Ese marco institucional es el que garantiza, al menos teóricamente, la posibilidad de una interpretación respetuosa de los derechos consagrados en la Constitución. Eso no implica, obviamente, que el Congreso está incapacitado para interpretar la Constitución<sup>217</sup>, sino que la Constitución pone a los jueces en un lugar preferencial y excluyente para hacerlo en el marco de casos y controversias concretos.

#### **d) ¿Presunción de constitucionalidad o presunción de libertad?**

La presunción de constitucionalidad, en cuanto regla procesal que invierte la carga de la prueba, es consecuencia de una

---

<sup>215</sup> Aunque suene exagerado, esa situación no es muy distinta de la que tienen muchos funcionarios públicos en nuestro país al saberse impunes respecto de sus acciones ilícitas. La metáfora que repiten cuando son cuestionados por algún posible delito es siempre la misma: “me someto a la justicia”. En varios casos, esa frase no implica una expresión de fe en el sistema, ni confianza en la idoneidad de los magistrados, ni la íntima convicción de haber obrado con corrección, sino la certeza de que el funcionario no será debidamente investigado. Es evidente, al menos en el caso de nuestro país, que ese déficit en el accionar de los jueces a cargo de investigar el posible accionar delictivo de un funcionario, especialmente los del gobierno federal, actúa como un incentivo a transponer cada vez más límites. La corrupción imperante en nuestro país es, en parte, consecuencia de esa anomalía.

<sup>216</sup> Salvo, por supuesto, respecto de aquellas materias que caen debidamente dentro de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, cuyo discutible alcance y justificación está más allá del objeto de este trabajo.

<sup>217</sup> Cfr. Tushnet, Mark, “Is Congress Capable of Conscientious, Responsible Constitutional Interpretation? Some Notes on Congressional Capacity to Interpret the Constitution”, en *Boston University Law Review*, Tomo 89, p. 499 (2009).

construcción sesgada de la Constitución. Al respecto, se ha dicho, con razón, que en un sistema de reparto del poder como el que establece la Constitución Nacional, “*no cabe presumir que el Estado ha podido avanzar sobre una libertad, sino exactamente lo contrario*. Esa es la consecuencia interpretativa más relevante de la idea de *gobierno limitado* propia del paradigma plasmado en el ideario de las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII. Resultado de ello es el rasgo asistemático de la idea misma de presunción de constitucionalidad o de validez de los actos estatales y el carácter de regla –y no de excepción– de la suposición inversa”<sup>218</sup>. Para enderezar esa visión resulta necesario restablecer la relación de subordinación que nuestro sistema constitucional establece entre los derechos de las personas y el poder gubernamental<sup>219</sup>. La evidente extensión de estos derechos debería obligar a los jueces a establecer, por vía de construcción del artículo 33 de la Constitución Nacional, una presunción distinta: el punto de partida del debate constitucional en sede judicial sería la presunción de libertad a favor de las personas<sup>220</sup>.

<sup>218</sup>Justo, “¿Existe la Presunción de Validez...”, p. 1046 (énfasis en el original). Si bien el autor critica la presunción de constitucionalidad partiendo de una premisa similar a la que planteo en este trabajo, la propuesta alternativa a la presunción, que el autor formula desde la óptica de la democracia deliberativa, es distinta a la que expondré en este punto (ver ob. cit., pp. 1047 y 1048).

<sup>219</sup>Tagle explica que “el principio fundamental de nuestras instituciones, se refleja en la posición del individuo con relación al Estado; éste, aunque legítimo en sí, existe para aquél, esto es, como medio de poner al hombre y a la sociedad en condiciones de alcanzar, por el desarrollo de sus mejores facultades, el cumplimiento de su destino humano. Consecuencia de ello son estos dos importantes enunciados que nuestra Constitución adopta como preceptos positivos y a la vez como normas generales: de un lado, la libertad es atributo inherente a la personalidad humana y no un don especial otorgado por el Estado; éste se limita a reconocer aquélla al individuo y se obliga a garantizarle eficazmente su ejercicio; de ahí que la referencia constitucional a los diversos derechos, sea meramente ejemplificativa y no denegatoria de otros derechos no enumerados, pero que derivan del principio republicano de gobierno, art. 33; de otra parte que, siendo la libertad la regla, su restricción debe ser expresamente y de un modo general establecida, lo que se traduce a su vez en la fórmula de otro importante principio constitucional: nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe; art. 19” (Tagle, Carlos A., “Estado de Derecho y Equilibrio de Poderes en la Constitución Argentina”, en *Estudios sobre la Constitución Nacional Argentina*, Universidad Nacional del Litoral, Instituto de Investigaciones Jurídico-Políticas, Santa Fe, 1943, pp. 407 y 408).

<sup>220</sup>Esta propuesta no es novedosa. Badeni sostiene una propuesta algo similar cuando defiende



Esta reversión de la presunción de constitucionalidad no implicaría, obviamente, que las decisiones de gobierno que sean cuestionadas deban mantenerse en suspenso hasta que algún juez las declare válidas (a menos, claro está, que se dicte una medida cautelar). Eso sería no sólo inadmisibles, sino también impracticables. Las consecuencias de la aplicación de la presunción de libertad serían mucho más modestas, pero de gran importancia. Por un lado, se nivelaría la relación de fuerzas en el debate judicial. Por el otro, se obligaría a los jueces a aplicar un nivel de escrutinio adecuado para proteger los derechos en juego frente a aquellas medidas de gobierno que los afecten sin debida justificación<sup>221</sup>. No creo que sea una exigencia desmedida para quien, conforme nuestro sistema constitucional, tiene la obligación de proteger los derechos de las personas. Ni para quien, conforme indica la realidad, resulta la parte más fuerte en cualquier litigio.

Desde una perspectiva meramente consecuencialista, sin embargo, podría argumentarse que esta reversión de la presunción debería descartarse por inconveniente, ya que se correría el peligro de abarrotar a los tribunales de causas judiciales. Y, de

---

el principio "*in dubio pro libertate*". Al respecto, coincido con Badeni cuando afirma que "en materia de interpretación de las cláusulas de la Ley Fundamental y de sus normas reglamentarias siempre debe ser realizada propiciando la plena vigencia de la libertad y no de sus restricciones. La finalidad personalista que nutre el texto constitucional revela que todas sus declaraciones, principios e instrumentos apuntan a consagrar y consolidar la libertad del hombre. De modo que todo límite que se pretenda establecer para la libertad debe resultar de una disposición expresa que sea concordante con la Constitución" (Badeni, *Tratado...*, p. 105). Más adelante, este prestigioso autor se plantea la posibilidad de que exista una colisión en abstracto entre la presunción de constitucionalidad y la regla "*in dubio pro libertate*". La solución de ese aparente conflicto estaría dada por el principio de razonabilidad consagrado en el art. 28 de nuestra Constitución: si la validez de la norma genera dudas, pero se trata de un medio proporcional y apropiado para el logro de un fin legítimo de interés general, el interés particular expuesto en el caso concreto debe quedar subordinado (ob. cit., p. 106). Mis diferencias con Badeni en este punto son de matices, especialmente en cuanto entiendo que la regla "*in dubio pro libertate*" tiene un alcance mayor y debe ser aplicada al comienzo del análisis constitucional. Aplicada de ese modo, la regla "*in dubio pro libertate*" no está a la par, sino que condiciona lógicamente el alcance de la presunción de constitucionalidad.

<sup>221</sup> Establecer y justificar los parámetros de ese nivel de escrutinio excede el alcance de este trabajo.

esta forma, se complicaría cualquier gestión de gobierno<sup>222</sup>. Sin embargo, al haberse convertido en el principal incumplidor de las normas que él mismo dicta<sup>223</sup>, es el propio poder gubernamental el que promueve juicios de forma permanente con su accionar y la presunción, en su modalidad actual, tampoco permite evitarlos. Entonces, la cuestión no pasa por alentar reclamos judiciales, sino de promover la mayor responsabilidad posible a la hora de tomar decisiones. En definitiva, se trata de señalar que el camino por el que tienen que transitar los gobernantes al momento de ejercer sus funciones no es ilimitado, sino acotado, especialmente en lo que respecta a los fines perseguidos y los medios utilizados a tal fin. No hay que perder de vista, además, que los tribunales no son una opción atractiva para impedir una violación a un derecho: los juicios, generalmente, son costosos y tardan demasiado. Desde otro ángulo, la presunción de libertad podría tener un efecto saludable: el ciudadano consciente de sus derechos naturales sería seguramente mucho más celoso a la hora de exigir responsabilidad a sus gobernantes. Y un gobernante más respetuoso de los derechos no debería ser factor de mayores reclamos judiciales, sino al revés.

A pesar de lo expuesto, podría haber quien impugne la idea de la aplicación de una presunción de libertad argumentando que los derechos naturales, en realidad, no existen. Su reconocimiento sería, lisa y llanamente, un error constitucional derivado de la influencia que tuvo cierta corriente del iusnaturalismo durante el proceso constituyente. Partiendo de esa premisa, Ely, por ejemplo, asimila los derechos naturales protegidos en la Enmienda IX a la creencia en “fantasmas”<sup>224</sup>. Sin embargo, quienes sostienen una

---

<sup>222</sup>Ver, por ejemplo, Diana, Nicolás, “La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las leyes”, en *La Ley*, Suplemento de Actualidad, 26 de febrero de 2008, p. 1.

<sup>223</sup>Cfr. Mairal, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2007, p. 40.

<sup>224</sup>Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, p. 39.

postura semejante no pueden desconocer, por más escepticismo filosófico o moral que tengan acerca de los derechos en general, que esos derechos fueron reconocidos y protegidos expresamente en la Constitución. El propio Kelsen, quien no era precisamente defensor de corriente alguna del iusnaturalismo<sup>225</sup>, reconoce la importancia de cláusulas constitucionales del tipo de la Enmienda IX o nuestro artículo 33. Según el célebre profesor austríaco, desde el punto de vista del derecho positivo, el efecto de esas cláusulas es el de “autorizar a los órganos del Estado encargados de ejecutar la Constitución, especialmente a los tribunales, a establecer otros derechos distintos de los consagrados por el texto constitucional. Un derecho establecido de este modo, es concedido también por la Constitución, no en forma directa, sino indirecta, puesto que es estatuido por un acto creador de derecho de un órgano autorizado al efecto por la ley suprema”<sup>226</sup>. Obviamente, no comparto la premisa de Kelsen, en cuanto a que esos derechos terminarían siendo producto de un acto creador del juez y perderían así algunas de sus notas esenciales. Sin embargo, no puedo dejar de observar que, aun desde la perspectiva positivista, la aplicación de la presunción de libertad tendría un resultado similar que el de una construcción constitucional que partiera de la base de que los derechos naturales sí existen.

Podría también objetarse la idea de una presunción de libertad apelando a la peligrosidad que puede tener una cláusula abierta, como el artículo 33 de la Constitución, en manos de los jueces. A pesar del peso que puede tener esa objeción, cuyo fondo comparto, entiendo que hay forma de sortearla. Para aventar ese

---

<sup>225</sup>Kelsen, Hans, “The Natural Law Doctrine Before the Tribunal of Science”, en *The Western Political Quarterly*, Vol. II, Nro. 4, p. 481 (1949).

<sup>226</sup>Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2da. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. 316. A renglón seguido, Kelsen afirma que “un derecho semejante ya no es más “natural” que cualquier otro de los protegidos por el orden jurídico positivo. Tan pronto como es reconocido y aplicado por los órganos estatales, sobre la base de una autorización constitucional, todo derecho natural se convierte en positivo” (Ídem).

peligro, este artículo debe ser interpretado de manera tal de evitar que se convierta en el agujero negro del Derecho Constitucional, que vacíe de contenido a los derechos constitucionales consagrados expresamente en la Constitución Nacional. Esa interpretación sería absurda y directamente contradictoria con la voluntad del constituyente. Teniendo en cuenta que su fuente es la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos, queda claro que el artículo 33 no consagra derechos que permitan que los individuos puedan reclamarle al gobierno o a terceros algún tipo de prestación de carácter pecuniario. Por el contrario, reconoce solamente derechos de libertad, es decir, derechos de carácter negativo o defensivo, oponibles como límites a los poderes gubernamentales o las acciones de terceros<sup>227</sup>. Esos derechos permiten que el individuo se libere de aquellos lazos políticos que le impidan moverse libremente en búsqueda de sus propios fines<sup>228</sup>. Del mismo modo, el artículo en cuestión reconoce garantías no enumeradas tendientes a evitar el abuso del poder por parte de los gobernantes. El problema que plantea la amplitud de los derechos y garantías que reconoce el artículo 33 de la Constitución, entonces, puede ser válidamente sorteado a través del método presuntivo al que me refiero. Se trata, tal vez, de la forma más eficiente y que más se ajusta a una correcta construcción del texto constitucional. Bajo la presunción de libertad, las acciones que las personas realicen en su esfera de autonomía individual deben considerarse, *prima facie*, inmunes de cualquier interferencia o coacción gubernamental. Sólo aquella legislación que persiga fines autorizados por la propia Constitución podría imponerse sobre la presunción en aquellos juicios en que fuera impugnada por los titulares de un derecho afectado. An-

<sup>227</sup> Para una explicación clásica de la libertad en sentido negativo, ver Berlin, Isaiah, *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, pp. 47 a 60. Sartori afirma que la noción de libertad “negativa” se suele emplear con sentido peyorativo y, por eso, prefiere el uso del término libertad “defensiva o protectora” (cfr. Sartori, Giovanni, “Liberty and Law”, en Templeton, Kenneth S., Jr. (editor), *The Politicization of Society*, Liberty Fund, Indianapolis, 1979, p. 249 y sgtes).

<sup>228</sup> Black, “On Connecting...”, p. 203.

tes de dejar de lado la presunción de libertad, los jueces deberían someter al gobierno a un escrutinio judicial adecuado<sup>229</sup>.

La última objeción que se me ocurre que podría plantearse está relacionada a la forma de compatibilizar la noción de derechos naturales que reconoce el artículo 33 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional en el marco del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. La cuestión es sumamente compleja y excede largamente el alcance de este trabajo. Sin perjuicio de ello, de forma preliminar, señalo lo siguiente: (i) la Convención Constituyente de 1994 tenía expresamente vedada la reforma de la Primera Parte de la Constitución. Es decir que la Convención no estaba habilitada a reformar, sea de forma directa o indirecta, el artículo 33 de la Constitución Nacional; (ii) a pesar de lo profundo que pueda considerarse el cambio operado por esa reforma en cuanto a la relación entre las leyes y los tratados internacionales, o entre éstos entre sí, en lo que concierne a la relación de jerarquía entre los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional no hubo ni podía haber reforma alguna que modificara la supremacía constitucional sobre todos los tratados<sup>230</sup>; (iii) la “jerarquía constitucional” que se reconoce a ciertos tratados internacionales de derechos humanos no es plena, sino condicionada y subordinada<sup>231</sup>: el artículo 33 debería

<sup>229</sup>Para ampliar el punto, ver Barnett, Randy E., “James Madison’s Ninth Amendment”, en *The Rights Retained by the People. The History and Meaning of the Ninth Amendment*, George Mason University Press, Fairfax, 1989, p. 39 y sgtes.

<sup>230</sup>Traté esta cuestión en detalle en García-Mansilla, Manuel José, “Las Arbitrariedades del Caso ‘F., A. L.’. Omisiones, Debilidades y (Ho)(E)rrores del ‘Roe v. Wade’ Argentino”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXXIX – 2012, Parte II, pp. 356 a 374 (2013).

<sup>231</sup>Esa condicionalidad y subordinación de la jerarquía constitucional otorgada por la Constitución a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos surge claramente de una lectura honesta del artículo 75, inciso 22º, que dispone que “...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. El pretendido juicio de comprobación inventado por algunos jueces de la Corte Menemista (ver, entre otros, “Monges” (Fallos: 319:3148 [1996], voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor,

prevalecer siempre que exista un conflicto; y (iv) si bien existe la posibilidad de incompatibilidad entre el carácter y alcance que tienen los derechos que reconoce el artículo 33 de la Constitución Nacional y aquellos que surjan de los tratados internacionales de derechos humanos, no lo es menos que existe gran coincidencia entre ambos<sup>232</sup>. En definitiva, aunque no está exenta de problemas, la presunción de libertad no resulta directamente incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos.

## Conclusión

La presunción de constitucionalidad no surge del texto constitucional, carece de fundamentos sólidos y condiciona arbitrariamente el debate constitucional en sede judicial. Es un reflejo de una lectura cuestionable de nuestra Constitución, que ubica a la persona potencialmente afectada por una decisión de gobierno en una posición de marcada inferioridad frente al poder gubernamental. Como contrapartida, constituye un mecanismo para liberar a

---

Boggiano y López; “Chocobar” (Fallos: 319:3241 [1996], voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López), etc.), no puede convencer seriamente a nadie: nunca se hizo. Basta consultar a cualquier convencional constituyente que participara en la Convención de 1994 para confirmar esa negativa.

<sup>232</sup>Contrariamente a quienes ven la panacea en la multiplicación de todo tipo de derechos, creo que la inflación de derechos provoca su devaluación. Si consideramos que las declaraciones de derechos fueron concebidas como un límite al poder del gobierno, se produce, además, un fenómeno paradójico: cuanto mayor es la cantidad de derechos-crédito (*derechos sociales*) que se reconocen a las personas en el texto constitucional, quien termina más fortalecido es el gobierno y no las personas. En efecto, como todo derecho implica de forma correlativa una obligación, aquellos que corren con el costo de esa obligación pasan a tener un estatus inferior frente al gobierno. Por el otro, los beneficiarios de esos derechos-crédito pasan a ser, en alguna medida, dependientes del Estado. El resultado de la ecuación como dijimos es paradójico: a mayores derechos sociales reconocidos en los textos constitucionales, menor poder para las personas en general y mayor poder para el gobierno. Quienes conciben una versión paternalista del Estado, deberían recordar que, como Saturno, el padre (*Estado*) se termina devorando a sus hijos (*los ciudadanos*). Aunque la mitología indica que Saturno obró de esa forma para evitar que fuera desplazado, la analogía no deja de ser de utilidad.

los poderes políticos de sus ataduras y límites constitucionales y neutralizar el control por parte de los jueces. En definitiva, especialmente luego de su desarrollo actual, la presunción se ha convertido en una forma de degradación del constitucionalismo<sup>233</sup>.

No estamos, entonces, frente a una simple regla procesal que invierte la carga de la prueba y obliga a quienes impugnan una norma a demostrar que sus derechos constitucionales han sido afectados. Por el contrario, lejos de limitarse a invertir el *onus probandi*, la presunción tiene como consecuencia la reversión completa de todo el orden constitucional: en palabras de Alberdi, vemos que la medida o límite al poder se desdibuja y que el antídoto, en realidad, ahora lo tienen los órganos de gobierno que gozan de una presunción de validez de sus decisiones, que obtura la amplitud del control que deberían ejercer los jueces en el marco de un caso concreto. Lo curioso del caso es que esta presunción no es la única manipulación del orden constitucional, sino que va acompañada de otros institutos ideados también para garantizar la inmunidad del poder. De esta forma, se olvida la advertencia que formulaba Sánchez Viamonte: “la autoridad no necesita garantías frente a la libertad. Dispone del poder público, del dinero público y, sobre todo, de la fuerza pública. Es la libertad la que necesita estar garantizada frente a la autoridad y, muy particularmente, frente al abuso de autoridad, siempre presunto”<sup>234</sup>.

Si analizamos la frase atribuida a Otto von Bismarck que cito en el encabezamiento de este trabajo, podríamos trazar una analogía entre los consumidores de salchichas y los ciudadanos que tienen que obedecer las decisiones que dicte un determinado gobierno. Aplicando conceptos derivados del derecho de los consumidores, podríamos afirmar que si vamos a comer unas y

---

<sup>233</sup> Al respecto, se ha dicho que debido a la gran amplitud que ha ido adquiriendo, la presunción se ha convertido en “un obstáculo formidable para la protección de la libertad individual” (Cfr. Burke, “The ‘Presumption...”, p. 76).

<sup>234</sup> Sánchez Viamonte, *El Constitucionalismo...*, p. 173.

obedecer las otras, resulta imperioso garantizar que el proceso de elaboración de ambas respete ciertas reglas para hacerlas aptas para el consumo. En lo que a las leyes respecta, la protección de los derechos naturales es, precisamente, esa regla<sup>235</sup>. Lejos de contribuir, la presunción de constitucionalidad conspira directamente contra ese propósito de importancia fundamental para el constitucionalismo.

Obviamente, no pretendo haber demostrado en este trabajo que los derechos naturales existen. Tampoco haber determinado si su filosofía es coherente<sup>236</sup>, si tiene lógica interna, o si es la más apropiada para la Humanidad. Aun cuando considero que los derechos naturales son de importancia central para la vida en sociedad<sup>237</sup>, mi planteo es mucho más modesto: esta filosofía es la que ilumina (u oscurece, según quien lo mire) nuestra Constitución. Y, tal como expliqué, la presunción de constitucionalidad no es la que mejor se ajusta a ella. Quienes critiquen esa filosofía, entonces, deben cuestionarla en forma directa y, eventualmente, proponer su modificación. Lo que no puede aceptarse es que se acomode la interpretación de la Constitución para hacerle decir lo que ésta no dice y, a renglón seguido, adoptar una postura de superioridad moral al reclamar obediencia a esa interpretación forzada. Esto resulta moral y jurídicamente inaceptable.

Casi al final de su vida, Alberdi advertía que “a pesar de nuestras constituciones modernas, copiadas de las que gobiernan a los países libres de origen sajón, a ningún liberal le ocurriría entre nosotros dudar de que el derecho del individuo debe inclinarse y ceder ante el Derecho del Estado, en ciertos casos”<sup>238</sup>. Lo que

<sup>235</sup>Cfr. Barnett, *Restoring...*, p. 50.

<sup>236</sup>A modo de ejemplo, se ha criticado la falta de consistencia de los aspectos igualitarios del constitucionalismo liberal (Gargarella, “El Contenido...”, p. 19).

<sup>237</sup>Para una completa justificación de la necesidad del concepto de los derechos naturales ver Barnett, Randy E., *The Structure of Liberty. Justice and the Rule of Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.

<sup>238</sup>Alberdi, Juan Bautista, “La Omnipotencia del Estado es la Negación de la Libertad Individual”,



Alberdi señalaba como excepción, se ha convertido en la regla. Por eso, creo que debemos recordar que para el constitucionalismo moderno, la noción de derechos naturales implica el reconocimiento de un ámbito de jurisdicción individual, donde la persona debe verse libre de coacción por parte del gobierno y de terceros. Así, la libertad individual es “el límite sagrado” en que termina la autoridad estatal, ya que “la libertad individual significa literalmente ausencia de todo poder omnipotente y omnímodo en el Estado y en el gobierno del Estado”<sup>239</sup>. Para volver a imponer esos límites al poder gubernamental, resulta imperioso abandonar la presunción de constitucionalidad y reemplazarla por una presunción de libertad.

Nada de lo expuesto implica hacer una lectura de la Constitución que pretenda sostener la existencia de derechos absolutos, que no pueden ser objetos de regulación. El artículo 14 establece claramente que el ejercicio de los derechos puede ser objeto de regulación por el Congreso. Sin embargo, no hay que olvidar que el Poder Legislativo encuentra un claro límite en cada uno de los artículos que reconocen derechos constitucionales, como los artículos 14, 17, 18 y 19<sup>240</sup>. Asimismo, el Congreso se encuentra limitado por los artículos 27, 28, 31 y 33, que a la hora de legislar o ejercer otras de sus atribuciones le impiden alterar los principios, garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la Constitución y lo obligan a respetar la supremacía de la Constitución y a reconocer la existencia de los derechos naturales preexistentes y a protegerlos adecuadamente<sup>241</sup>. A su vez, en lo que al Poder Eje-

---

en *Obras Escogidas*, Tomo III, Editorial Luz del Día, Buenos Aires, 1953, p. 264. Esta obra es, en realidad, la transcripción del discurso que Alberdi pronunciara el 24 de mayo de 1880, en el acto de colación de grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>239</sup> Alberdi, “La Omnipotencia...”, pp. 276 y 277.

<sup>240</sup> El artículo 14 bis consagra derechos de otra índole, que garantizan un resultado previamente determinado, que sólo puede conseguirse por vía de reducción de los derechos de terceros. La presunción de libertad, obviamente, debería ser atenuada en estos casos para compatibilizar los eventuales derechos en pugna.

<sup>241</sup> Para una teoría acerca del alcance apropiado para la regulación de derechos en nuestro sistema

cutivo respecta, conforme nuestro sistema constitucional, este debería ser completamente ajeno a la regulación de los derechos. Sin embargo, a pesar de los límites estructurales que la Constitución establece, el poder se ha desbordado en la República Argentina. Aunque no es el único factor que explica la alteración de nuestro sistema, la presunción de constitucionalidad ha hecho su aporte. Y, mucho peor, constituye un obstáculo para revertir esa evidente deformación.

El dilema que planteo es fundamental. El constitucionalismo surgió como una forma de limitar el poder de los gobiernos. Ese ideario fue adoptado por nuestros constituyentes, imitando el modelo norteamericano. Sin embargo, cualquiera que analice la dimensión actual de los gobiernos federales o provinciales podrá advertir que sus poderes se han incrementado notablemente desde la sanción de la Constitución de 1853 hasta la fecha. Ese incremento se dio a pesar de la estructura original de la Constitución que preveía limitar el poder a través de institutos como el federalismo, la separación de poderes o del principio que considera que los poderes del gobierno son limitados y enumerados. Pero esa no fue la única previsión del constituyente: también se incluyó un catálogo de derechos que limitan directamente el accionar del poder. Más allá de lo saludable o no que pueda considerarse ese incremento del poder gubernamental en la Argentina desde diversas posturas ideológicas, lo cierto es que contradice expresamente nuestro sistema constitucional. El Poder Judicial no ha sido ajeno a ese desborde en las facultades de nuestros gobernantes, sino que han contribuido a su normalización, a través de interpretaciones cuestionables de la Constitución, especialmente durante gobiernos *de facto*<sup>242</sup>. De esta forma, los jueces avalaron la deformación del

---

constitucional, ver Grondona, Mariano F., *La Reglamentación de los Derechos Constitucionales. Teoría del orden de derechos*, Depalma, Buenos Aires, 1986, especialmente los capítulos III a VII.

<sup>242</sup>Al respecto, ver García-Mansilla, Manuel José y Gascón, Santiago José, *La Constitución Bajo Fuego. La Corte Suprema y el Proceso de Reorganización Nacional*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2012, pp. 23 a 78.

sistema. Una de esas interpretaciones cuestionables es, como hemos visto, la presunción de constitucionalidad que, en la forma en la que se aplica, brinda una ventaja indebida al poder en el ámbito judicial.

Frente a este panorama, los jueces pueden seguir dos caminos, sea de forma conjunta o separada, para volver a generar cierto balance. Si se pretendiera restablecer el sistema original y, de esta forma, reducir el poder adquirido por el gobierno a expensas de la Constitución, el Poder Judicial debería ser severo y estricto a la hora de hacer cumplir aspectos estructurales de la Constitución como la separación de poderes, el federalismo, etc. Si, por el contrario, se mantiene esa indebida expansión de los poderes del gobierno, resulta imperioso que los jueces hagan una interpretación igualmente expansiva de la protección de los derechos naturales que nuestra Constitución reconoce como límites al gobierno<sup>243</sup>. Para ello, la presunción de constitucionalidad debe ser revisada y reemplazada por una presunción general de libertad.

Hace casi 30 años, el *Justice* William Brennan advertía, con razón, que “las posibilidades de colisión entre la actividad gubernamental y los derechos individuales se incrementarán en la medida que el poder y la autoridad del gobierno mismo se expanda”<sup>244</sup>. Actualmente, vivimos en la era de la hiperregulación. Nos hemos acostumbrado a lidiar con la expansión de atribuciones y las inmunidades que el gobierno ha ido adquiriendo a costa de nuestros derechos. Sin embargo, precisamente por ese estado de hiperregulación en el que vivimos es que resulta necesario revisar la presunción de constitucionalidad y que sea el *Leviatán* el que tenga que llevar la carga de la prueba y demostrar que las normas que dicte son necesarias para la protección de nuestros derechos naturales. De otra forma, los reducidos espacios de libertad que hoy todavía

---

<sup>243</sup>Barnett, “James Madison’s...”, p. 30.

<sup>244</sup>Brennan, William, “Construing the Constitution”, en *University of California at Davis Law Review*, Tomo 19, p. 9 (1985).

tenemos se irán haciendo cada vez más angostos, hasta desaparecer. Como en la parábola de la rana hervida, al ritmo de un fuego lento, pero persistente e inexorable.

## **Bibliografía**

### **Fuentes editas**

*Gazeta de Buenos-Ayres*, Nro. 8, 26 de julio de 1810.

*Gazeta de Buenos-Ayres*, Nro. 9, 2 de agosto de 1810.

*Debates de la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires 1870-1873*, Imprenta La Tribuna, Buenos Aires, 1877, Tomo I.

*La Constitución en el Congreso General Constituyente*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1943.

*Reforma Constitucional de 1860, Textos y Documentos Fundamentales*, Universidad Nacional de la Plata, La Plata, 1961.

### **Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos**

“Vanhome’s Lessee v. Dorrance”, 2 Dall. 304 (1795).

“Marbury v. Madison”, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

“Fletcher v. Peck”, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810).

“Brown v. Maryland”, 25 U.S. (12 Wheat.) 419 (1827).

“In re Kemmler”, 136 U.S. 436 (1890).

“Kaoru Yamataya v. Fisher”, 189 U.S. 86 (1903).

“Myers v. United States”, 272 U.S. 52 (1926).

“Blodgett v. Holden”, 275 U.S. 142 (1927).

“O’Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Insurance Co.”, 282 U.S. 251 (1931).

- “Ashwander v. Tennessee Valley Authority”, 297 U.S. 288 (1936).
- “United States v. Carolene Products Co.”, 304 U.S. 144 (1938).
- “West Virginia Board of Education v. Barnette”, 319 U.S. 624 (1943).
- “Louisiana ex rel. Francis v. Resweber”, 329 U.S. 459 (1947).
- “United States v. Gambling Devices”, 346 U.S. 441 (1953).
- “Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc.”, 348 U.S. 483 (1955).
- “Morrison v. Olson”, 487 U.S. 654 (1988).
- “Rust v. Sullivan”, 500 U.S. 173 (1991).

### **Jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina**

- “The River Plate Fresh Meat Company c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 100:318 (1904).
- “Sardi c/ Provincia de Mendoza”, Fallos: 171:79 (1934).
- “S. A. Ganadera Los Lagos”, Fallos: 190:142 (1941).
- “Acordada sobre traslado de Jueces Federales”, Fallos: 201:245 (1945).
- “Barraco Mármol”, Fallos: 203:5 (1945).
- “M. Pereyra Iraola c/ Provincia de Córdoba”, Fallos: 207:238 (1947).
- “Cine Callao”, Fallos: 247:135 (1960).
- “P.D. Rasspe Söhne v. Nación Argentina”, Fallos: 249:51 (1961).
- “Verbitsky, Horacio y otros s/ denuncia apología del crimen”, Fallos: 312:916 (1989).

- “Servini de Cubría”, Fallos: 315:1943 (1992).
- “Alcántara Díaz Colodrero”, Fallos: 319:1476 (1996).
- “Monges”, Fallos: 319:3148 (1996).
- “Chocobar”, Fallos: 319:3241 (1996).
- “S., V. c/ M., D.A. s/ medidas precautorias”, Fallos: 324:975 (2001).
- “Gottschau, Evelyn Patrizia”, Fallos: 329:2986 (2006).
- “De Narvaez Steuer, Francisco”, Fallos: 330:1114 (2007).
- “Aceval Pollacchi c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles”, Fallos: 334:799 (2011).

### **Artículos**

- Aragón, Manuel “El Control como Elemento Inseparable del Concepto de Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nro. 19, p. 52 (1987).
- Balkin, Jack, “The Footnote”, en *Northwestern University Law Review*, Tomo 83, p. 275 (1988).
- Barnett, Randy E., “Reconceiving the Ninth Amendment”, en *Cornell Law Review*, Tomo 74, p. 1 (1988).
- , “A Law Professor’s Guide to Natural Law and Natural Rights”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Tomo 20, p. 655 (1997).
- , “Constitutional Legitimacy”, en *Columbia Law Review*, Tomo 103, p. 111 (2003).
- , “The Ninth Amendment: It Means What It Says”, en *Texas Law Review*, Tomo 85, p. 1 (2006).
- , “Scrutiny Land”, en *Michigan Law Review*, Tomo 106, pp. 1483 a 1485 (2008).

- , “Kurt Lash’s Majoritarian Difficulty: A Response to a Textual-Historical Theory of the Ninth Amendment”, en *Stanford Law Review*, Tomo 60, p. 937 (2008).
- Beard, Charles A., “The Act of Constitutional Interpretation”, en *National Lawyers Guild Quarterly*, Tomo 1, p. 16 (1938).
- Berman, Harold J., “The Impact of the Enlightenment on American Constitutional Law”, en *Yale Journal of Law and the Humanities*, Tomo 4, Nro. 2, p. 323 (1992).
- Black, Virginia, “On Connecting Natural Rights with Natural Law”, en *Persona y Derecho*, Tomo 22, p. 183 (1990).
- Boffi Boggero, Luis María, “Orígenes Inmediatos y Mediatos de la ‘Soberanía Popular’ en el Art. 33 de la Constitución Nacional”, en *La Ley*, t. 148, p. 1008 (1972).
- Brennan, William, “Construing the Constitution”, en *University of California at Davis Law Review*, Tomo 19, p. 9 (1985).
- Brown, Jr., Stuart M., “Inalienable Rights”, en *The Philosophical Review*, Tomo 64, Nro. 2, p. 192 (1955).
- Carbonell, Miguel, “¿Son Constitucionales las Iniciativas del Presidente?”, en *Metapolítica*, Nro. 60, p. 73 (2008).
- Cooper, Charles J., “Limited Government and Individual Liberty: The Ninth Amendment’s Forgotten Lessons”, en *Journal of Law & Politics*, Vol. 4, p. 63 (1987).
- Corwin, Edward, “The Debt of American Constitutional Law to Natural Law Concepts”, en *Notre Dame Lawyer*, Tomo 25, p. 265 (1950).
- Dana Montaña, Salvador M., “La Constitución Federal Argentina”, en *Boletín de la Biblioteca del Congreso*,



- Nros. 43-44, Biblioteca del Congreso de la Nación, Buenos Aires, p. 1451 (1941).
- Den Uyl, Douglas J. y Rasmussen, Douglas B., “Ethical Individualism, Natural Law, and the Primacy of Natural Rights”, en *Social Philosophy and Policy*, Vol. 18, Nro. 1, p. 36 (2001).
- Devins, Neal, “Congressional Factfinding and the Scope of Judicial Review: A Preliminary Analysis”, en *Duke Law Journal*, Tomo 50, p. 1169 (2001).
- Diana, Nicolás, “La democracia y la presunción de (in)constitucionalidad de las leyes”, en *La Ley*, Suplemento de Actualidad, 26 de febrero de 2008, p. 1.
- Frankena, William K., “Natural and Inalienable Rights”, en *The Philosophical Review*, Tomo 64, Nro. 2, p. 212 (1955).
- García-Mansilla, Manuel José, “La metamorfosis del sistema constitucional argentino. Decretos de necesidad y urgencia y separación de los poderes”, en *El Derecho*, Tomo 210, p. 746 (2004).
- , “Estado Actual del Debate sobre el Control Judicial de Constitucionalidad en los Estados Unidos”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXXV, Parte II, p. 303 (2009).
- , “Las Arbitrariedades del Caso ‘F., A. L.’. Omisiones, Debilidades y (Ho)(E)rrores del ‘Roe v. Wade’ Argentino”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXXIX – 2012, Parte II, pp. 356 a 374 (2013).
- Hamburger, Philip A., “Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions”, en *Yale Law Journal*, Tomo 102, p. 914 (1993).

- Harris, Jonathan, “Bernardino Rivadavia and Benthamite ‘Discipleship’”, en *Latin American Research Review*, Vol. 33, Nro. 1, p. 129 (1998).
- Hart, Herbert L.A., “Are There Any Natural Rights?”, en *The Philosophical Review*, Tomo 64, Nro. 2, p. 175 (1955).
- Henkin, Louis, “A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects”, en *Cardozo Law Review*, Tomo 14, p. 533 (1992).
- Hessick, Andrew F., “Rethinking the Presumption of Constitutionality”, en *Notre Dame Law Review*, Tomo 85, Nro. 4, p. 1461 (2010).
- Hoffman, Lonny J., “The Madness of the Method: The Use of Electrocution and the Death Penalty”, en *Texas Law Review*, Tomo 70, p. 1043 (1992).
- Justo, Juan B., “¿Existe la Presunción de Validez de los Actos Estatales? Libertad y Deferencia en la Labor Judicial”, en *L.L.*, t. 2010-E, p. 1045.
- Kelsen, Hans, “Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, en *The Journal of Politics*, Vol. 4, Nro. 2, p. 184 (1942).
- , “The Natural Law Doctrine Before the Tribunal of Science”, en *The Western Political Quarterly*, Vol. II, Nro. 4, p. 481 (1949).
- Lash, Kurt T., “The Lost Original Meaning of the Ninth Amendment”, en *Texas Law Review*, Tomo 83, p. 597 (2005).
- , “A Textual-Historical Theory of the Ninth Amendment”, en *Stanford Law Review*, Tomo 60, p. 895 (2008).

- Linares, Juan Francisco, “El Derecho Natural y su Invocación en la Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *La Ley*, Tomo 28, p. 916 (1942).
- MacDonald, Margaret, “Natural Rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Tomo 47, p. 250 (1947).
- Mäkinen, Virpi, “Property Rights in the Late Medieval Discussion on Franciscan Poverty”, en *Recherches de Théologie et Philosophie Médiévales. Bibliotheca*, Peeters, Leuven, Vol. 3 (2001).
- Manion, Clarence, “The Founding Fathers and the Natural Law: A Study of the Source of Our Legal Institutions”, en *American Bar Association Journal*, Tomo 35, p. 463 (1949).
- McAfee, Thomas B., “The Original Meaning of the Ninth Amendment”, en *Columbia Law Review*, Tomo 90, p. 1215 (1990).
- McConnell, Michael W., “Natural Rights and the Ninth Amendment: How Does Lockean Theory Assist in Interpretation?”, en *New York University Journal of Law & Liberty*, Vol. 5, p. 1 (2010).
- Mendelson, Wallace, “The Influence of James B. Thayer Upon the Work of Holmes, Brandeis and Frankfurter”, en *Vanderbilt Law Review*, Tomo 31, p. 71 (1978).
- Rakove, Jack. N., “James Madison and the Bill of Rights: A Broader Context”, en *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 22, No. 4, p. 667 (1992).
- Ramírez Calvo, Ricardo, “Los Poderes Implícitos e Inherentes del Presidente de los Estados Unidos de América y su Influencia en el Derecho Público Argentino. Uso y Abuso de la Jurisprudencia Estadounidense”, en *El Derecho*, Tomo 200, p. 469 (2003).

- Rehnquist, William H., “Political Battles for Judicial Independence”, en *Washington Law Review*, Tomo 50, p. 840 (1974).
- Reid, Jr., Charles J., “The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry”, en *Boston College Law Review*, Tomo 33, p. 37 (1991)
- Revenga Sánchez, Miguel, “Sobre (Viejos) Modelos de Justicia Constitucional y Creación de (Nuevos) Derechos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Tomo 64, p. 104 (2002).
- Rommen, Heinrich A., “The Genealogy of Natural Rights”, en *Thought*, Tomo 29, p. 403 (1954).
- Sagüés, Néstor Pedro, “Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional”, en *Anticipo de Anales*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Tomo XIV, Buenos Aires (1985).
- Solum, Lawrence B., “On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma”, en *The University of Chicago Law Review*, Tomo 54, p. 462 (1987).
- , “The Interpretation-Construction Distinction”, en *Constitutional Commentary*, Tomo 27, p. 95 (2010).
- Thayer, James Bradley, “The Origins and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, Tomo 7, p. 129 (1893).
- Tierney, Brian, “Natural Law and Natural Rights. Old Problems and Recent Approaches”, en *The Review of Politics*, Tomo 64, Nro. 3, p. 389 (2002).
- , “Historical Roots of Modern Rights: Before Locke and After”, en *Ave Maria Law Review*, Tomo 3, p. 23 (2005).
- Troper, Michel, “Jefferson y la Interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789”,

- en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 8, Madrid, p. 550 (2000).
- Tushnet, Mark, “Is Congress Capable of Conscientious, Responsible Constitutional Interpretation? Some Notes on Congressional Capacity to Interpret the Constitution”, en *Boston University Law Review*, Tomo 89, p. 499 (2009).
- Upham, David R., “*Corfield v. Coryell* and the Privileges and Immunities of American Citizenship”, en *Texas Law Review*, Tomo 83, p. 1485 y sgtes. (2005).
- Villey, Michel, “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’ Occam”, en *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 9, p. 97 (1964).
- Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, en *The Yale Law Journal*, Tomo 115, p. 1346 y sgtes. (2006).
- Zuckert, Michael, “Do Natural Rights Derive from Natural Law?”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Tomo 20, p. 695 (1997).
- , “Natural Rights and Imperial Constitutionalism: The American Revolution and the Development of the American Amalgam”, en *Social Philosophy and Policy*, Vol. 22, Nro. 1, p. 27 (2005).

## **Libros**

- Alberdi, Juan Bautista, “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina”, en *Organización de la Confederación Argentina*, Imprenta de Bailly-Baillière, Madrid, Tomo I, 1913.

- , “Elementos de Derecho Público Provincial”, en *Organización de la Confederación Argentina*, Imprenta de Bailly-Baillièere, Madrid, Tomo I, 1913.
- , “Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”, en *Organización de la Confederación Argentina*, Imprenta de Bailly-Baillièere, Madrid, Tomo II, 1913.
- , “La Omnipotencia del Estado es la Negación de la Libertad Individual”, en *Obras Escogidas*, Tomo III, Editorial Luz del Día, Buenos Aires, 1953.
- Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, Tomo I, 2004.
- Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1992.
- Barnett, Randy E., “James Madison’s Ninth Amendment”, en *The Rights Retained by the People. The History and Meaning of the Ninth Amendment*, George Mason University Press, Fairfax, 1989.
- , *The Rights Retained by the People. The History and Meaning of the Ninth Amendment. Volume 2*, George Mason University Press, Fairfax, 1993.
- , *The Structure of Liberty. Justice and the Rule of Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.
- , *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, 2005.
- Bentham, Jeremy, “Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declaration of Rights Issued During the French Revolution”, en *The Works of Jeremy Bentham*, Simpkin, Marshall & Co., Edimburgo, Tomo II, 1843.

- Berlin, Isaiah, *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual*, Alianza Editorial, Madrid, 2010.
- Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, 2da. ed., Ábaco, Buenos Aires, Tomo 1, 2002.
- Bickel, Alexander M., *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 2da. ed., Yale University Press, New Haven, 1978.
- Carré de Malberg, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 4ta. ed., Wolters Kluwer, Nueva York, 2011.
- Dean Funes, Gregorio, *Ensayo de la Historia Civil del Paraguay, Buenos-Ayres y Tucuman*, Imprenta de Benavente y Compañía, Buenos Aires, Tomo III, 1817.
- de Gandía, Enrique, *La Revisión de la Historia Argentina*, Ediciones Antonio Zamora, Buenos Aires, 1952.
- , *Historia de las Ideas Políticas en la Argentina*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, Tomo I, 1960.
- , *Mariano Moreno. Su pensamiento político*, Pleamar, Buenos Aires, 1968.
- de Gandía, Enrique, *Historia Política Argentina. El Caudillismo*, Editorial Claridad, Buenos Aires, Tomo VII, 1988.
- Duguit, Leon y Monnier, Henry, *Les Constitutions et Les Principales Lois Politiques de la France depuis 1789*, 5ª ed., Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1932.
- Dürnhöffer, Eduardo, *Mariano Moreno inédito. Sus manuscritos*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1972.

- , *Mayo y el Antecedente Norteamericano. El primer proyecto constitucional Argentino*, Instituto Bonaerense de Numismática y Antigüedades, Buenos Aires, 1976.
- Egües, Carlos, “Las Declaraciones de Derechos en Perspectiva Ideológica”, en Egües, Carlos y Segovia, Juan Fernando, *Los Derechos del Hombre y la Idea Republicana*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Mendoza, 1994.
- Elliot, Jonathan (editor), *The Debates in the Several State Conventions, on the Adoption of the Federal Constitution, as recommended by the General Convention at Philadelphia in 1787*, 2da. ed., Washington, Tomo IV, 1836.
- Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.
- Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, 4ta. ed., Trotta, Madrid, 2003.
- Fortin, Ernest, “On the Presumed Medieval Origin of Individual Rights”, en Hassing, Richard F. (editor), *Final Causality in Nature and Human Affairs. Studies in Philosophy and the History of Philosophy*, The Catholic University of America Press, Washington D.C., Tomo 30, 1997.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 4ta. ed., Thomson Civitas, Navarra, 2006.
- García-Mansilla, Manuel José y Ramírez Calvo, Ricardo, “James Madison y la Constitución Nacional”, en *Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en el*



- sesquicentenario de su sanción*, Instituto Urquiza de Estudio Históricas, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 2003.
- , *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los Principios Fundamentales del Derecho Público Argentino*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- , *La Constitución Nacional y la Obsesión Antinorteamericana*, Virtudes, Salta, 2008.
- García-Mansilla, Manuel José y Gascón, Santiago José, *La Constitución Bajo Fuego. La Corte Suprema y el Proceso de Reorganización Nacional*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2012.
- Gargarella, Roberto, “El Contenido Igualitario del Constitucionalismo”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo I – Democracia, 2008.
- Gerber, Scott D., *To Secure These Rights*, New York University Press, Nueva York, 1995.
- González, Ariosto D., *Las primeras fórmulas constitucionales en los países del Plata (1810-1814)*, 2da. ed., Barreiro y Ramos S.A., Montevideo, 1962.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8va. Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Tomo I, 2003.
- , *Tratado de Derecho Administrativo*, 9na. ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Tomo III, 2007.
- Grondona, Mariano F., *La Reglamentación de los Derechos Constitucionales. Teoría del orden de derechos*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

- Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *The Federalist Papers*, Penguin Group, Nueva York, 2003.
- Jefferson Randolph, Thomas (editor), *Memoir, Correspondence and Miscellanies from the Papers of Thomas Jefferson*, F. Carr & Co., Charlottesville, Tomo IV, 1829.
- Jiménez Asensio, Rafael, *El Constitucionalismo. Proceso de Formación y Fundamentos del Derecho Constitucional*, 2da. ed., Marcial Pons, Madrid, 2003.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2da. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
- Koche, Adrienne y Peden, William (editores), *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, Random House, Nueva York, 2004.
- Kurland, Philip B. y Lerner, Ralph, *The Founders Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis, Tomo V, 1987.
- Legarre, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública. Fundamento y aplicaciones*, Ábaco, Buenos Aires, 2004.
- Levy, Leonard W., *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press, New Haven, 1999.
- Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2da. ed., Astrea, Buenos Aires, 2002.
- Linares Quintana, Segundo V., *Reglas para la Interpretación Constitucional según la Doctrina y la Jurisprudencia*, Pus Ultra, Buenos Aires, 1987.
- , *Tratado de Interpretación Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Locke, John, *Two Treatises of Government*, (Peter Laslett ed.), 13ª reimpresión, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Lutz, Donald S., *The Origins of American Constitutionalism*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1988.
- MacIntyre, Alasdair, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, 3ra. ed., University of Notre Dame Press, Indiana, 2007.
- Madison, James, *Writings*, The Library of America, Nueva York, 1999.
- Mairal, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2007.
- Marx, Karl, “On the Jewish Question”, en *The Portable Karl Marx*, Penguin Books, Nueva York, 1983.
- McDonald, Forrest, *Novus Ordo Seclorum. The Intellectual Origins of the Constitution*, University Press of Kansas, Lawrence, 1985.
- McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Liberty Fund, Indianapolis, 2007.
- Mitre, Bartolomé, *Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina*, Imprenta y Librería de Mayo, Buenos Aires, Tomo III, 1877.
- Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- Oyhanarte, Julio C., “Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina. Un Estudio sobre el Estado de Desarrollo”, en *Julio C. Oyhanarte. Recopilación de sus Obras*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

- Paine, Thomas, “Rights of Man, Being an Answer to Mr. Burke’s Attack on the French Revolution”, en *Common Sense, Rights of Man, And Other Essential Writings of Thomas Paine*, New American Library, Nueva York, 2003.
- Pocock, John Greville Agard, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, Princeton, 2003.
- Pound, Roscoe, *The Ideal Element in Law*, Liberty Fund, Indianapolis, 2002.
- Rahe, Paul A., “The Political Needs of a Toolmaking Animal: Madison, Hamilton, Locke and the Question of Property”, en Frankel Paul, Ellen, Miller, Jr., Fred D. y Paul, Jeffrey (editores), *Natural Rights Liberalism from Locke to Nozick*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005.
- Rakove, Jack N., *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Vintage Books, Nueva York, 1997.
- Rehnquist, William H., *The Supreme Court*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 2001.
- Rothbard, Murray Newton, *The Ethics of Liberty*, New York University Press, Nueva York, 1998.
- Sampay, Arturo Enrique, “La filosofía del Iluminismo y la Constitución argentina de 1853”, en *Estudios sobre la Constitucional Nacional Argentina*, Universidad Nacional del Litoral, Instituto de Investigaciones Jurídico-Políticas, Santa Fe, 1943.
- , *Las Constituciones de la Argentina - (1810-1972)*, Eudeba, Buenos Aires, 1975.

- Sánchez Gil, Rubén, “La Presunción de Constitucionalidad”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, Tomo VII, 2008.
- Sánchez Viamonte, Carlos, *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa*, UNAM, Ediciones de la Facultad de Derecho, México, 1956.
- , *El Constitucionalismo. Sus problemas*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- Sarmiento, Domingo Faustino, “Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina”, en *El Pensamiento Político Hispanoamericano*, Depalma, Buenos Aires, Tomo VI, 1964.
- Sartori, Giovanni, “Liberty and Law”, en Templeton, Kenneth S., Jr. (editor), *The Politicization of Society*, Liberty Fund, Indianapolis, 1979.
- Soto Cárdenas, Alejandro, *Influencia de la independencia de los Estados Unidos en la Constitución de las Naciones Latinoamericanas*, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1979.
- Strauss, Leo, *Natural Right and History*, 7ma. reimpresión, The University of Chicago Press, Chicago, 1971.
- Tagle, Carlos A., “Estado de Derecho y Equilibrio de Poderes en la Constitución Argentina”, en *Estudios sobre la Constitución Nacional Argentina*, Universidad Nacional del Litoral, Instituto de Investigaciones Jurídico-Políticas, Santa Fe, 1943.
- Taine, Hippolyte, *The French Revolution*, Liberty Fund, Indianapolis, Tomo I, 2002.

- Tierney, Brian, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law. 1150-1625*, Wm. B. Eerdmans Publishing Co., Michigan, 1997.
- Tuck, Richard, *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge University Press, Nueva York, 2002.
- Vile, M. J. C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2da. ed., Liberty Fund, Indianapolis, 1998.
- Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, 4ta. ed., Montchrestien, París, 1975.
- Waldron, Jeremy, *Nonsense Upon Stilts'. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, Nueva York, 1987.
- , “The Decline of Natural Right”, en Wood, Allen W. y Hahn, Susan Songsuk (editores), *The Cambridge History of Philosophy in the Nineteenth Century (1790-1870)*, Cambridge University Press, Nueva York, 2012.
- Wilson, James, *The Works of the Honourable James Wilson, L.L.D.*, Bronson and Chauncey, Filadelfia, Tomo II, 1804.
- Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1998.
- Zuckert, Michael P., *The Natural Rights Republic: Studies in the Foundation of the American Political Tradition*, University of Notre Dame Press, Indiana, 1996.
- Zorraquín Becú, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, 2da. ed., Perrot, Buenos Aires, Tomo II (1810-1969), 1988.