

Estudio sobre la Constitución de la Nación Argentina de 1949⁽¹⁾⁽²⁾

por E. RAÚL ZAFFARONI⁽³⁾

I | Motivos y pretextos

El curso real de los acontecimientos en el tiempo no es la historia, sino el material en que se halla la *res gestae* que pervive en sus consecuencias presentes.

El buceo en ese curso es tarea del historiador, de quien escribe la historia. Al respecto suele decirse que la historia la escriben los vencedores, lo que en ocasiones es cierto, aunque aun en esos casos a los vencidos les queda la posibilidad de rescatar su versión y generar el debate, que es siempre inevitable y también plausible.

La interpretación propia del hecho histórico es una ineludible consecuencia de la condición humana y en modo alguno puede ser en sí misma una falta, aunque cierta arbitrariedad valorativa sea condenable.

.....

(1) Artículo publicado en la edición especial en conmemoración por el aniversario 60° de la promulgación de la Constitución de 1949, por la Secretaria de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, en el año 2009.

(2) Un reconocimiento a la Señora Delia Lidia Olivera por su generosa colaboración.

(3) Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

El poderoso que pretende dominar la historia no interpreta, sino que su pecado consiste en la insensatez de querer borrar un tramo de tiempo, hacer su continuidad, interrumpir su fluir, sepultar un pedazo de la historia en el silencio. No ataca a la historia, sino al tiempo. Es la insólita y absurda venganza del vencedor, porque —como decía Nietzsche, que tantas cosas dijo pero en algunas acertó— la venganza siempre lo es contra el tiempo, hunde su raíz en que no es posible hacer que lo que fue no haya sido. El insensato vencedor, enceguecido contra el tiempo, pretende despedazarlo.

Nada de lo que fue puede dejar de ser y su olvido solo resulta en incompreensión del presente, pues pierde el sentido de los acontecimientos que siguen su curso y en el que siempre estamos inmersos; lanzados a su dinámica aunque en condiciones de influir sobre ella.

A la Constitución de 1949 se la quiso borrar de la historia. El pecado no consistió en criticarla u objetarla, sino en pretender borrarla. Por primera vez en la historia patria un decreto emitido en función de pretendidos poderes revolucionarios, derogó una Constitución Nacional y constituciones provinciales, trascendiendo en mucho su sentido meramente fáctico para hacerle adquirir la dimensión de una tentativa de ruptura del tiempo. Otras aberraciones se habían cometido —y no pocas— pero esta trasciende su propio alcance inmediato y proyecta su sombra nefasta sobre las décadas posteriores.

La objeción formal que le sirvió de pretexto fue el defecto de votos en el ejercicio del poder preconstituyente. El vocero de esa objeción en la Asamblea de 1949 fue Moisés Lebensohn, inteligente y progresista político radical hoy injustamente olvidado. La erudita respuesta de Sampay a esta objeción y su detenido análisis del art. 30, remontándose a los antecedentes y doctrina norteamericanos puede discutirse, pero no puede depreciarse ni ignorarse.

Pero la flagrante contradicción del poder de facto se puso de manifiesto cuando el mismo poder que la borraba alegando defecto de votos populares en su convocatoria, sin ningún voto popular se atribuyó el poder preconstituyente que nadie le había concedido y convocó a una reforma en 1957. Lebensohn había muerto, pero su sector político denunció el abuso y acudió a las elecciones para hacer fracasar la reforma. La mayoría del pueblo —con el justicialismo proscripto y prohibido por decreto de increíble contenido— dividió sus votos entre la fuerza a la que había pertenecido Lebensohn y en blanco. La reforma nació muerta y solo logró aprobar el

llamado art. 14 *bis* y el 67, inc. 11. El presidente de la Asamblea inconstitucionalmente convocada y que había quedado en minoría por retiro de la mayoría de los diputados, comunicaba esa reforma al gobernante de facto señalando: al gobierno presidido por V. E. cabrá para siempre el mérito de haber convocado a la Asamblea Constituyente que adoptara tal decisión.

El curso posterior de los hechos nos permite ver con claridad los reales motivos determinantes de la absurda tentativa de romper el tiempo. Sin deuda externa —o sea, sin necesidad ni urgencia—, de inmediato comenzó la suscripción de los instrumentos internacionales que sometieron nuestra economía al control hegemónico mundial y, a lo largo de los años, se fue atando el país a una deuda externa creciente y a los dictados de los órganos de poder del hemisferio norte, hasta llevarnos a la ruina, con las letales consecuencias sociales y políticas que todos conocemos.

No se pretendió derogar —y borrar— la Constitución de 1949 por defectos formales de convocatoria, por la reelección presidencial ni por cualquier otra razón semejante, que podrá seguir siendo materia de discusión técnica y política.

Más allá de todas las confusiones y desencuentros, de todas las críticas del momento histórico, de los errores y aciertos de uno u otro gobierno, el lector actual del texto de 1949 no tiene más que repasar con la mirada más somera sus arts. 38, 39 y 40 para descubrir la determinante de la pretensión de suprimirla de la memoria de todos los argentinos y para convencerse de que, al margen de la buena o mala fe o de la ingenuidad de muchos, su supresión autoritaria fue un capítulo más de una decisión hegemónica planetaria.

La Constitución de 1949 estaba en sintonía con el movimiento constitucional y legislativo propio de los primeros años de la posguerra europea y con sus antecedentes y repercusiones latinoamericanas.

El mundo de la última posguerra confiaba en evitar el caos que podía llevar a las aberraciones políticas de entreguerras mediante el progreso social, la ampliación de la base ciudadana real, la incorporación de las masas a la producción y al consumo, la asistencia y la previsión social, el fomento de la educación y de la cultura. Esa era la tónica del constitucionalismo europeo continental de posguerra y del *Full employment in a free society* de Beveridge en la Gran Bretaña que votaba al laborismo. Estados Unidos mismo continuaba en la línea del *New Deal*.

Lejos de la tesis del fundamentalismo de mercado, este mundo horrorizado por lo que acababa de vivenciar impulsaba la intervención económica del Estado para incentivar y redistribuir sobre la base de la equidad y la justicia social, en consonancia con reclamos de preguerra de Pío XI, coherentes con su advertencia frente al avance nazista en su encíclica *Mit brenender Sorge*.

En tanto la descolonización se imponía, Ghandi era un símbolo y un mártir, Gran Bretaña la asumía con cierta resignación, Francia la resistía, América Latina se inquietaba, pero sus países extensos (México, Brasil y Argentina) defendían mediante gobiernos populares su independencia económica. Perón, junto con Lázaro Cárdenas y Getúlio Vargas, con diferencias propias de la idiosincrasia de sus pueblos, procuraban el desarrollo económico autónomo de la región.

Esta tendencia del mejor constitucionalismo de la época había tenido su inicio en América Latina y reconocía antecedentes en tiempos europeos de entreguerras. La consagración constitucional de los derechos que hoy llamamos económicos, sociales y culturales se inauguró en la Constitución mexicana de 1917, producto de una revolución y sancionada en medio de un país altamente convulsionado, que protagonizó la más cruenta guerra civil de la región en el siglo pasado. La Carta de Querétaro no incorporó estos derechos como resultado de una elaboración teórica previa, sino por reclamo de sus diputados obreros y campesinos, contra la opinión de los letrados, que alegaban que conforme a la técnica constitucional dominante debían ser materia de legislación ordinaria. Dos años más tarde surge en Europa con la Constitución del Reich del 11 de agosto de 1919 (*die Verfassung des Deutschen Reiches*). Es innegable la influencia del art. 7º de este texto en el art. 40 de 1949, pero más aun lo es la del art. 27 de la Constitución mexicana.

Un año y medio antes de la Proclama del 27 de abril de 1956, un balazo en el Palácio do Catete de Río de Janeiro resonó por todo el continente y señaló el comienzo del fin de una época para nuestra Región, preanunciando para nosotros el bombardeo y ametrallamiento de la Plaza de Mayo, la ejecución de prisioneros en función del mismo pretendido poder revolucionario, miles de detenciones a disposición del Poder Ejecutivo, la reapertura del penal de Ushuaia, exilios y asilos diplomáticos. En México, terminó la era de los generales y comenzó la de los licenciados, erigiendo una máquina partidaria única casi perfecta, que conservó parte de su autonomía a costa de una fuerte represión interna.

Simultáneamente, una ideología extranjera simplista y grosera llegaba a nuestro país de la mano de una misión permanente que se instaló en el Ministerio de Defensa, envenenando la mente de nuestros oficiales militares. Nada teníamos que ver con el inútil y desgastante empecinamiento francés en sostener su colonialismo en Vietnam y en Argelia, pero esos militares colonialistas y sus teorías acerca de la guerra revolucionaria y subversiva entrenaban y asesoraban a nuestros oficiales, los llevaban a sus territorios colonizados, les mostraban sus atrocidades —hasta hoy impunes— y publicaban abiertamente su tesis en la Revista de la Escuela Superior de Guerra. Para ellos la realidad era guerra permanente entre Occidente y el marxismo, en la que de pronto estallaban brotes más violentos, pero que se libraba en el seno de las poblaciones y en la cual los nacionalismos, neutralismos y la propia democracia constituían un obstáculo. Por ende, sostenían una suerte de trotskismo invertido y simplificado para principiantes, conforme al que nada debía perturbar la lucha por la salvación de Occidente. Es sabido que terminaron intentando matar al Gral. De Gaulle y que su teoría y su jefe —el famoso Gral. Salam— fueron defendidos en una conferencia pronunciada en lo más profundo y oscurantista de la España franquista por el más connotado teórico político del nazismo —Carl Schmitt— en su famosa conferencia sobre la teoría del partisano.

Este simplismo colonialista, sometido todavía a otra simplificación, fue transferido a la Escuela de las Américas, desde donde se pervirtió a los oficiales militares de nuestra región, algunos de los cuales se dieron el lujo de teorizarlo.

De este modo fue como, desde la mitad de los años 50, el poder mundial fue adquiriendo otro rostro, que con el correr del tiempo sería mucho más siniestro. La Guerra Fría sirvió de pretexto para todo, no plegarse al dominio económico mundial, no entregar las riquezas, expresar cualquier resistencia autónoma frente al capital financiero internacional, significaba resistirse en la defensa de Occidente, plegarse al comunismo o, más sencillamente, convertirse en un idiota útil y obstaculizador al que era menester neutralizar o eliminar. Las dictaduras, las proscripciones, las torturas, los crímenes contra la humanidad, pasaban a ser detalles menores —quizá lamentables, pero inevitables— en la lucha frontal por la supuesta defensa de occidente. Fueron los efectos colaterales de la época.

Entre esta apertura de posguerra hacia un constitucionalismo generoso como proyecto de una humanidad mejor y su repliegue hacia un dominio

económico que arrasaría con todo obstáculo ético, se inscribe la Constitución de 1949 y se entiende tanto su surgimiento como la tentativa de borrarla de la historia.

Sin esta perspectiva mundial y regional nos enredaremos siempre en un complejo de datos locales, algunos folklóricos, casi todos discutibles, pero que nos impedirán comprender su verdadero significado histórico y recuperarlo para nuestra memoria como indispensable aporte de identidad que —como todo lo histórico— nos permita comprender mejor el presente y espiar algo del futuro. Recuperar la memoria importa en este caso curar la amnesia y cerrar la herida en el tiempo que, en definitiva, no fue tal, pues siempre que se quiere acuchillar al tiempo solo se hiere al ser humano.

2 | Personalidad de Sampay

Si bien la coordinación del proyecto del Poder Ejecutivo estuvo a cargo del Secretario de Asuntos Técnicos de la Presidencia de la Nación, Dr. José Figuerola, y comprendió el análisis de las principales constituciones del mundo, no cabe duda acerca de que la autoría intelectual de la Constitución de 1949 correspondió al Profesor Arturo Enrique Sampay. De allí que sea importante detenerse en la personalidad de este catedrático y en los puntos más importantes de su itinerario intelectual.

Sampay nació en Concordia en 1911 y cursó sus estudios secundarios en Concepción del Uruguay, en el histórico colegio fundado por Urquiza. En 1932 se graduó en la Universidad Nacional de La Plata y de inmediato viajó a Europa donde cursó estudios en Zürich, Milán y París. Era hombre de gran formación clásica y filosóficamente identificado con el tomismo. Su originaria militancia política era radical, pero a partir de 1945 se acercó al peronismo, como muchos otros radicales. Desde 1944 ejercía la cátedra universitaria. Fue Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires en el gobierno de Mercante —que sería el presidente de la Asamblea Constituyente de 1949— pero su destacada actuación en esta, no le evitaron las intrigas internas que acompañaron el desplazamiento de Mercante y en 1952 emprendió el camino del exilio y se radicó en Montevideo, de donde no regresó al país sino hasta 1958.

Su obra máxima es la Introducción a la Teoría del Estado, en plena elaboración al tiempo que participaba en la Asamblea Constituyente y que pu-

blicó en 1951. Es difícil sintetizar esta obra, en especial por la familiaridad con que visita a los filósofos clásicos y a los del siglo XIX, como también a los teóricos modernos, constituyendo un intento crítico de las teorías idealistas del Estado para considerarlo en su realidad maquiavélica, pero superándola con apelación al realismo tomista y aristotélico.

En 1973 recuperó la cátedra y publicó una recopilación de trabajos bajo el título *Constitución y Pueblo*; en 1975 publicó *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*, recopilación cuidadosa precedida de un interesante estudio preliminar y que contiene la documentación fundamental de la Constitución de 1949. En 1976 fue nuevamente privado de la cátedra por el golpe militar, pero de inmediato enfermó y falleció en La Plata el 1° de febrero de 1977.

La lectura de la obra de Sampay permite considerarlo un teórico original y profundo, inquieto, y con amplio dominio de la doctrina de su tiempo. Su crítica al liberalismo no lo enfrentó nunca al liberalismo político sino a sus consecuencias económicas, aunque recalcase que el liberalismo político rescataba sus raíces del cristianismo. En un pequeño opúsculo publicado en 1975 (*La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*) es posible captar sintéticamente este pensamiento en pocas páginas, donde con todo acierto subraya la función axial de este inteligente y original dispositivo.

En su obra póstuma se encargó de reseñar los objetivos de la reforma constitucional de 1949, que según sus palabras tendía: 1) a hacer efectivo el predominio político de los sectores populares mediante la elección directa del Presidente de la República y mediante la posibilidad de reelegir como presidente al jefe de esos sectores populares victoriosos, general Perón; 2) a estatizar los centros de acumulación y distribución del ahorro nacional, las fuentes de los materiales energéticos y los servicios públicos esenciales; 3) a estatizar el comercio exterior; 4) a asignar a todos los bienes de producción la función primordial de obtener el bienestar del pueblo; 5) a generalizar la enseñanza, a cuyo efecto debía ser absolutamente gratuita, y a conferir becas a los alumnos y asignaciones a sus familias; 6) a regionalizar la enseñanza de las universidades, a fin de vincular dicha enseñanza a la producción de las respectivas zonas geo-económicas del país; 7) a estatizar las Academias, con el propósito de que ellas se ocupen de la alta investigación científica, necesaria para que el país posea una industria moderna independiente; 8) a hacer que el Estado fiscalice la distribución y utili-

zación del campo y a intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva.

Sampay no era ningún ingenuo y no idealizaba la Constitución de 1949 hasta el extremo de ignorar sus defectos y, fundamentalmente, los referidos a la organización del poder. En su última publicación, un cuarto de siglo después de la sanción, lo manifestó con la más abierta sinceridad y quizá a modo de autocrítica, aunque también como advertencia para quienes retomen la obra en el futuro:

“La reforma constitucional de 1949 [escribió en 1975 su inspirador] no organizó adecuadamente el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares, primero, debido a la confianza que los sectores populares triunfantes tenían en la conducción carismática del general Perón, y segundo, al celoso cuidado que el propio general Perón ponía para que no se formara paralelamente al gobierno legal un coadyuvante poder real de esos sectores populares, a fin de conservar el carácter pluriclasista de su movimiento, por lo que el nuevo régimen iba a durar hasta que la oligarquía cautivara a los oficiales de las Fuerzas Armadas; porque es rigurosamente exacto lo que expresa Aristóteles, que el que tiene en su poder las armas decide la permanencia o no del régimen político. Tal era, entonces, el talón de Aquiles de la mentada reforma, la cual, precisamente como Aquiles, fue muerta por el enemigo en la flor de la juventud a causa de tener vulnerable nada menos que su soporte”.⁽⁴⁾

3 | Algunos caracteres del texto

Excedería en mucho el limitado objeto de estas páginas un análisis exhaustivo de la Constitución de 1949 e incluso la mención de sus disposiciones más notables, que el lector atento detectará por sí mismo. No obstante, vale la pena ensayar una caracterización de su estructura.

Desde el punto de vista formal, una Constitución es un código político —o un código de derecho político—, esto es, un cuerpo normativo

(4) SAMPAY, ARTURO E., *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Bs. As., Eudeba, 1975, p. 72.

o ley que incluye todas o las principales normas de una rama jurídica en forma armónica o no contradictoria, conforme a su prosapia, heredera del afán sintetizador del enciclopedismo. Por ello, toda Constitución —como código que es— responde a una arquitectura, a un diseño, que la asemeja a un edificio. Puede ser pesado o liviano, recargado o sencillo, con predominio de curvas o de rectas, mostrar el efecto de diferentes estilos, si ha sido construido a lo largo de mucho tiempo o bien exhibir parches o refacciones disonantes y, además, puede ser funcional o presentar ventanas inútiles, corredores que terminen en muros y escaleras a ninguna parte.

Como texto, la Constitución de 1853-1860 tiene una estructura liviana y sencilla, bastante funcional, propia de la época. En términos generales, la Constitución de 1949 no alteró este estilo. Su intención de mantener la forma tradicional se pone de manifiesto desde el Preámbulo, cuyo texto conservó, comenzando con el significativo “Nos” mayestático arrancado por los pueblos a los monarcas. Se limitó a retocarlo en lo necesario, indicando escuetamente el sentido general de la reforma, que consistía en la incorporación del constitucionalismo social sin alterar la estructura básica del edificio legal. Incorporó la promoción de la cultura nacional y sintetizó el sentido general de la reforma ratificando la irrevocable decisión de constituir una nación socialmente justa, económica libre y políticamente soberana. No se trata de datos formales, sino que el Preámbulo forma parte del texto constitucional y es clave en su interpretación, o sea, que señala el criterio para dirimir dudas acerca del alcance de sus disposiciones.

A efectos de orientar en el señalamiento de sus rasgos generales, mencionaremos las normas que consideramos señeras en materia económica, social y cultural, institucional y de garantías individuales.

- a. Creemos que el principal eje de la reforma pasó por las disposiciones de orden económico y que, en definitiva, fueron la determinante de su eliminación por su obvia incompatibilidad con la marejada de poder mundial que siguió a la finalización de la guerra de Corea.

El art. 38, claramente inspirado en el art. 153 de la Constitución de Weimar, obsérvese que innova sobre esta en cuanto a la propiedad del campo, problema ajeno al texto modelo. La propiedad no es inviolable ni siquiera intocable, sino simplemente respetable a condición de que sea útil no solamente al propietario sino a la colectividad, había dicho Sampay. El art. 39, *a contrario sensu*, parece ser una premonición respecto del de-

sarrollo y perversión del capitalismo en las décadas posteriores, hasta desembocar en especulación y desbancalear al capital productivo.

El art. 40 —quizá el más determinante de todos— consagra en su primer párrafo la amplia posibilidad de intervención económica del Estado, que fue la piedra del escándalo, pese a que atribuciones no muy diferentes se habían tomado en la década anterior para superar las consecuencias locales de la crisis mundial de 1929, en completa consonancia con el pensamiento keynesiano. No obstante, quienes habían tomado esas decisiones entendían que eran propias de los momentos de crisis, pero que luego correspondía volver a los privilegios gestados al amparo de una supuesta libertad para monopolizar el mercado.

El segundo párrafo del art. 40, claramente inspirado en el art. 10 de la Constitución de la República de Irlanda, al igual que los dos párrafos siguientes, fueron indudablemente el más decisivo factor de la tentativa de eliminación completa de la Constitución de 1949. Las consecuencias más catastróficas de su radical supresión y consiguiente indefensión del capital del Estado se vivieron casi medio siglo más tarde.

El inc. 16 del art. 68 insiste sobre la supresión del latifundio y el fomento de la pequeña propiedad agrícola. Se trata de un punto neurálgico de la disputa económica, que había llegado a manchar de sangre el propio recinto del Senado Nacional en la década precedente.

El art. 28 *in fine* sufrió una modificación programática de significación: la igualdad formal en la carga impositiva fue reemplazada por la equidad y la proporcionalidad, o sea, por una igualdad real, aún no alcanzada, pues seguimos sufriendo una carga impositiva centrada en el consumo, que es la más inequitativa de todas las posibles variables.

El inc. 5° del art. 68 constituye otro pilar de la reforma económica, prohibiendo que los organismos reguladores de la actividad bancaria, crediticia y de emisión puedan quedar total o parcialmente en manos privadas.

b. En cuanto a lo social y cultural, el art. 37 es el más innovador de la Constitución de 1949, como lo podrá observar el atento lector de su texto. No es dable aquí desarrollar todas las implicancias que hubiese podido tener este texto si hubiese gozado de larga vida, pero lo cierto es que configura un verdadero programa de paz y progreso humano. Como todo texto, es un deber ser que demanda devenir ser, pero sin duda se trata de instrumentos de lucha jurídica

de incalculable valor para los titulares de esos derechos en su requerimiento de realización progresiva.

El avance internacional de los derechos humanos se vio dificultado por la Guerra Fría y solo casi tres décadas después de esta reforma se puso en vigencia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que incorporado hoy a la Constitución vigente —junto al llamado art. 14 *bis*— forma el núcleo de los derechos sociales. Sin embargo, el núcleo vigente, si se lo compara con el texto que el lector tiene entre sus manos, se verá que en algunos aspectos es mucho más pobre, pues el art. 37 era más generoso en varios sentidos, o sea, que imponía una mayor carga de solidaridad social.

Los derechos de la ancianidad constituyen una innovación que aún hoy no está suficientemente desarrollada en el derecho comparado, en un mundo que preocupado por la crisis del trabajo procura marginar a los mayores de toda actividad, estigmatizarlos y discriminarlos, cuando no, ante la complejidad y alto costo de la medicina, tácitamente considerarlos sin valor vital.

En cuanto a la familia, cabe destacar la igualdad jurídica de los cónyuges y la patria potestad, cuya consagración legal demoró muchos años después de la derogación de esta Constitución.

Por lo que hace a la educación, el art. 37 contiene disposiciones sumamente interesantes. La autonomía universitaria, la regionalización universitaria y la necesidad de que las casas de estudios eduquen en valores, son tres objetivos que mantienen toda su vigencia. El sistema de becas para estudiantes pasaba a ser una norma imperativa constitucional.

La investigación científica era puesta a cargo de las academias, reorganizadas conforme a un reglamento autónomo. El patrimonio artístico e histórico entraba en la Constitución y, lo que es llamativo para la época, el paisaje natural.

Sin duda que se trata del capítulo más interesante de la reforma, cuyo alcance merecerá algún día la atención de los estudiosos de la historia de nuestro derecho, especialmente en relación con el derecho constitucional comparado del momento y en cuanto a las posibilidades de desarrollo jurisprudencial, que se vieron frustradas por la prematura derogación del texto.

c. El plano puramente institucional o de gobierno, aunque no deja de presentar algunos destellos, es el más débil de la Constitución de 1949. La propia autocrítica

arriba citada de Sampay en 1975 se hace cargo de este descuido que, en definitiva respondía al contexto temporal, del que nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

Pueden señalarse como aciertos la elección directa de los senadores nacionales (art. 47) y la reducción de su mandato a seis años, como también la previsión de códigos (Aeronáutico, Sanitario y de Derecho Social) (art. 68, inc. 11). Aunque se trate de una cuestión en apariencia formal, la exigencia de juramento de fidelidad a la Constitución por parte de cualquier funcionario (art. 32) es una cuestión simbólicamente importante y que recuerda a todos los presentes la vigencia suprema de la Constitución como rectora última de su desempeño.

Es importante destacar la facilitación de la ciudadanía para los extranjeros (art. 31), lo que denota el sentido generoso e incorporativo de la política migratoria que se propugnaba. La presunción de la voluntad de adquirir la ciudadanía pasados cinco años de residencia se enmarca en el mismo sentido.

En cuanto al control de constitucionalidad, la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema (art. 96) evita inútiles dilaciones y refuerza sin duda el mecanismo judicial al respecto. Lo mismo puede decirse de la introducción de la casación (art. 95), que evita la posibilidad de que una misma ley pueda tener múltiples y contradictorias interpretaciones dentro del territorio nacional, lo que debilita sensiblemente la seguridad jurídica. El defecto de estas previsiones es que concentra mucho poder en la Corte Suprema que, además mantiene la estructura de tribunal de control constitucional —no adecuada para la función casatoria— y corporativiza en demasía al Poder Judicial, lo que se agudiza con un mecanismo de remoción de jueces no bien precisado en el texto, pero que puede lesionar la independencia interna del magistrado (art. 91 última parte).

Por el contrario —y aunque respondiera al contexto temporal— no puede negarse que la Constitución de 1949 fortaleció el poder presidencial en forma muy poco aconsejable, no solo en cuanto al establecimiento de la reelección indefinida (art. 78), al sostenimiento de la competencia de los tribunales militares (art. 29) como en la creación de un estado de prevención y alarma, como una suerte de estado de sitio menor (art. 34). De la competencia militar se hizo un uso muy moderado, se incorporó a unas pocas personas del personal civil de las fuerzas armadas y de naves custodiadas y nunca se ejecutó una sentencia de muerte en vigencia de la Constitución de 1949, lo que sí se había hecho en los años 30.

- d. Los aspectos negativos de orden institucional contrastan abiertamente con la materia de garantías individuales en el texto de 1949. Si bien la condena constitucional de los llamados partidos o movimientos anti-sistema (arts. 15 y 21) es riesgosa y susceptible de dar lugar a abusos legislativos y policiales, no puede negarse que era una marcada tendencia de la época inmediatamente posterior a la última guerra mundial que se planteaba como cuestión altamente discutida en Europa y en especial en Alemania —donde fue objeto de famosas sentencias del *Verfassungsgericht*—, pero que bajo otro ropaje volverá a la legislación nacional ante la necesidad de defender el sistema democrático y republicano. Hasta el presente sigue siendo un problema abierto a la discusión la cuestión acerca de la necesidad de defender el sistema frente a quienes pretenden quebrarlo, sin incurrir en una autodestrucción de este o sin dejar abierto el espacio para abusos que conlleven a esa consecuencia.

Por lo demás, sus disposiciones son notables. El art. 28 proscribela discriminación racial en forma expresa, lo que no es poco en el contexto mundial de su tiempo y a escasos tres meses de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU. Hasta 1994 nuestra Constitución no volvió a contener una referencia expresa al respecto.

El art. 29 establece la retroactividad obligatoria de la ley penal más benigna, que solo llegará a retomar vigencia constitucional con la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues desde 1956 hasta 1994 solo tuvo vigencia legal y, por ende, podía ser excepcionada por leyes extraordinarias o temporales.

El mismo art. 29 prohíbe expresamente no solo la analogía *in malam partem*, sino también toda interpretación extensiva en perjuicio del procesado, lo que incluso hoy la doctrina vigente pone en seria duda, pues obliga al legislador a una precisión cuidadosa de sus términos a efectos de no provocar supuestos no queridos de impunidad, pero confiere un alto grado de seguridad jurídica.

El mismo artículo establece el principio del *favor rei* en materia procesal penal, en consonancia con la prohibición de interpretación extensiva.

Un viejo debate permanece hasta el presente acerca de la función de las cárceles, pues la Constitución de 1853-1860 establece que serán para seguridad, discutiéndose si esto está referido solo a las cárceles para procesados o también para condenados, supuesto este último que señalaría una finalidad meramente aseguradora de la pena privativa de la libertad.

La cuestión ha perdido importancia en este último sentido porque desde 1994 los instrumentos incorporados señalan a esta pena una función de reinserción. Es sabido que las prisiones fueron objeto de especial atención por parte del gobierno de la época y, conforme a esa política, el art. 29 de la Constitución de 1949 innovó acerca de la función de las cárceles, suprimiendo la seguridad y reemplazándola por la reeducación social.

Por último, la más loable de las incorporaciones del texto de 1949 en esta materia es el último párrafo del art. 29, que tiene el innegable mérito de haber consagrado por vez primera en nuestra historia constitucional el *habeas corpus*, con amplitud considerable, pues no exige como presupuesto una efectiva privación de libertad del amparado, sino que basta cualquier restricción o amenaza a esta. Solo en 1994 la Constitución recuperó este instituto esencial de cualquier democracia.

4 | El contexto político

Toda ley es producto de un momento y la dinámica del derecho es siempre política y cultural. Ni la Constitución de 1853-1860 podía juzgarse con las pautas de 1949, ni esta puede serlo con las actuales.

Los constituyentes de 1853 y Alberdi —su inspirador ausente— estaban convencidos de que lo mejor era la ortodoxia liberal en materia política y también en la económica. Alberdi se equivocó en muchas cosas (como en concebir un país puramente europeo y olvidarse de la población vernácula), pero acertó en muchas otras (como en condenar la guerra al Paraguay o prever las desastrosas consecuencias de cultivar como única heroicidad la militar). Pero Alberdi y los constituyentes no podían imaginar desde su tiempo que lo económico habría de terminar con el liberalismo político en lugar de ampliarlo y que el país acabaría siendo la propiedad de una minoría latifundista, la población reducida a condición de servidumbre y la soberanía popular burlada por el fraude electoral primero y por la proscripción de los partidos mayoritarios más tarde.

Cuando la inevitable contradicción entre el liberalismo político y el económico se manifestó en el plano de la realidad, o sea, cuando los privilegios creados por el segundo exigieron la eliminación del primero, lamentablemente los privilegiados se autodenominaron liberales, usurpando el noble calificativo de quienes habían luchado en todas las latitudes contra los privilegios que ellos ahora detentaban.

Liberales pasaron a ser los defensores de la libertad de mercado, de la remoción de todo obstáculo a sus pretensiones económicas y financieras, aunque para ello tuviesen que cancelar y arrasar con todo el liberalismo político, establecer las más crueles dictaduras y cometer los peores crímenes.

Cuando los liberales políticos latinoamericanos que llevaron a cabo nuestra emancipación —es decir, nuestros próceres de la Independencia— dejaron de ser funcionales al poder hegemónico mundial del momento, fueron apartados, exiliados o asesinados, y su lugar lo ocuparon quienes acrecentaban su poder al amparo de los privilegios, organizados como oligarquías que relegaron los principios del liberalismo político a la letra muerta de las constituciones.

Una burla republicana y en los hechos una traición inconmensurable al liberalismo político fue cometido por todas las llamadas repúblicas oligárquicas de nuestro continente, desde el porfiriato mexicano hasta la república *velha* brasileña, desde el patriado peruano hasta la oligarquía de la carne enfriada argentina. Nada tuvieron de liberal esos liberalismos. Para nada era liberal privar del voto a toda la población, matar indios, usurparles las tierras, reprimir sádicamente las primeras manifestaciones del sindicalismo, abrir fuego sobre concentraciones, disolver reuniones, clausurar locales, matar a reales o supuestos líderes, mantener a los pueblos en la ignorancia y el analfabetismo, establecer policías bravas y tantas otras aberraciones contra la vida, la libertad, la dignidad y el patrimonio de las personas.

Esas oligarquías que dominaron todo el continente desde la última parte del siglo XIX sostuvieron posiciones racistas, legitimaban su poder en su pretendida superioridad biológica, afirmaban que su hegemonía salvaba a la población inferior, inculta, bárbara y degradada, del caos y la anarquía, y relegaban el liberalismo político de sus constituciones a un lejano futuro en que el pueblo hubiese evolucionado hasta alcanzar el mismo nivel de desarrollo que ellos. El liberalismo político solo era válido entre los de su misma clase y en tanto no la traicionasen sumándose a reclamos de sectores sumergidos: por lo demás era un ideal a alcanzar un día, tan relegado al futuro distante como el ideal del comunismo lo estaba en la dictadura stalinista. La ciudadanía real se negaba a casi toda la población, hasta que a partir del estallido de la Revolución mexicana en 1910 comenzaron a caer las repúblicas oligárquicas. Cada uno de nuestros países siguió su

propio rumbo en una común tendencia a ampliar sus bases de ciudadanía real, incorporando a nuevos sectores sociales, todo en lucha constante contra estructuras fuertemente consolidadas y resistentes.

Este proceso lo llevaron a cabo movimientos políticos de masas, que no solo requerían de lideratos carismáticos sino que éstos también respondían a necesidades de orden dentro de sus propias filas, de adecuada medición de fuerzas, de tácticas inteligentes frente a la resistencia permanente de los sectores instalados, que estaban al acecho de la menor fisura para meter sus caballos de Troya, que no era uno como en el poema, sino varios.

Las contradicciones fueron inevitables en estos movimientos, pues para incorporar a los nuevos sectores postergados necesitaban imperiosamente fomentar la acumulación de capital productivo, con lo cual invariablemente fueron movimientos pluriclasistas. No había ninguna fórmula importada que sirviese de modelo y este debía construirse en permanente lucha contra fuerzas internas que mantenían vínculos estrechos con las fuentes del poder mundial, que jamás vieron con buenos ojos la posibilidad de un desarrollo autónomo y la consiguiente consolidación de la soberanía. Todos los movimientos populares latinoamericanos se vieron obligados a construir sobre la marcha y bajo permanente amenaza interna e internacional, cada uno conforme a las concretas circunstancias de su propio país y de su propio pueblo.

En tales condiciones, donde todo debe ser provisorio y flexible para permitir una respuesta rápida, no es posible evitar contradicciones, personalismos, descontroles y muchos errores. Pero por sobre todos ellos, el balance general del siglo XX latinoamericano arroja como resultado que merced a estos movimientos se amplió efectivamente la ciudadanía real en el continente. De no ser por esos movimientos, muchos de los ciudadanos latinoamericanos que hoy pueden tener este libro en sus manos no lo podrían leer, porque no hubiesen pasado por una escuela, no hubiesen frecuentado una universidad, quizá no hubiesen superado las enfermedades comunes de la infancia o hubiesen carecido de una alimentación adecuada.

La Constitución de 1949 fue producto de uno de esos movimientos y justamente por eso es con frecuencia tildada de antiliberal, cuando no directamente vinculada a los autoritarismos de entreguerras, como descalificación esgrimida por quienes usurparon la condición de liberales.

Si bien es cierto que el justicialismo tuvo en esos años una estética fascista, que abusó martillando con una propaganda cargosa y que el Gral. Perón había sido testigo de las concentraciones italianas, lo cierto es que ninguno de los movimientos populares latinoamericanos puede ser considerado fascista, porque todos ellos carecieron de dos elementos fundamentales que por su esencia y naturaleza nunca podían tener: el mito imperial y el racismo o limpieza racial.

Por obvias razones, ninguno de estos movimientos pudo adoptar un mito imperial, y en cuanto al racismo, fueron ellos mismos las víctimas de los sectores racistas que les ofrecían resistencia, pues los discriminados racialmente pertenecen justamente a las capas excluidas que ellos representaron y que constituyó su base electoral. Por eso todos estos movimientos fueron antirracistas por esencia. La élite blanca del porfirismo despreciaba a la indiada bárbara y sublevada, el varguismo prohibió la persecución de los cultos afrobrasileños y sancionó leyes penales antidiscriminatorias, el peronismo fue considerado un aluvión zoológico y sus partidarios provincianos estigmatizados como cabecitas negras; antes el yrigoyenismo había sido tildado de "chusmocracia" por un senador nacional. La prohibición de las diferencias raciales en el art. 28 de esta Constitución no es un accidente ni una ocurrencia doctrinaria, sino una medida de defensa.

Estos movimientos ensancharon la ciudadanía real. En nuestro país, sin duda que el yrigoyenismo incorporó considerables sectores, pero el peronismo se hizo cargo del resto después de la etapa de retroceso de los años treinta y transformó la fisonomía social del país. Sin duda que cometieron errores y la propia palidez de las reformas institucionales de 1949 son parte de esos errores, pero también es justo señalar que no es coherente debilitar el comando de la nave en medio de una tormenta permanente, lo que en el fondo constituyó siempre el talón de Aquiles de que habla Sampay.

En ningún caso se trató de la mera invocación de una tormenta para quedarse con el timón, o sea, como pretexto para la centralización o no descentralización de poder, porque los hechos históricos lo ponen de manifiesto. La tormenta estaba y era un peligro bien concreto, pues cuando los que usurparon el nombre de liberales lograron retomar el poder político —porque el económico nunca lo perdieron del todo— mostraron su inaudita crueldad y falta de escrúpulos.

No responde para nada a los postulados del liberalismo la prisión en Martín García de un presidente constitucional, la anulación de las elecciones de la Provincia de Buenos Aires del 5 de abril de 1931, el confinamiento de opositores en Ushuaia, la pretensión de establecer un Estado corporativo, el fusilamiento in situ por ley marcial, el fusilamiento de anarquistas condenados por un consejo de guerra, la convocatoria a elecciones con el partido mayoritario proscripto, el decreto 4161 prohibiendo el peronismo, el ataque a la Plaza de Mayo sin previo aviso, el fusilamiento de los sublevados de 1956, la derogación de una Constitución por decreto y toda la larga serie de violaciones constitucionales hasta culminar en los crímenes contra la humanidad de la dictadura de 1976-1983.

Si a alguien cabe el apelativo de antiliberal no es al peronismo ni a los movimientos populares en general, cuyos errores y hasta pecados empalidecen por completo frente a las atrocidades y masacres de quienes se llaman indebidamente liberales.

Hoy es común afirmar que los derechos humanos individuales (civiles y políticos) no son independientes de los derechos humanos sociales (económicos, sociales y culturales), sino que ambos requieren una conglobación. La cuestión es tan simple que resulta poco menos que obvia: un verdadero liberal, como tal respetuoso de la libertad del otro, deberá admitir los reclamos sociales que este formule en uso de su libertad y, a la larga, estos reclamos deberán ser atendidos y, por tanto, los derechos sociales serán una consecuencia de los individuales. Quien opte por el camino contrario, es decir, que impida al otro el ejercicio de su libertad para reclamar lo social, deja de ser liberal y se convierte en un autoritario o en un dictador.

La Constitución de 1853-1860 es liberal. Como tal, su texto permite los reclamos sociales y abre la puerta para la incorporación de los derechos correspondientes. Los que nunca fueron liberales fueron quienes tantas veces la archivaron, la tuvieron como un ideal lejano, la violaron sin pudor, para conservar o restablecer privilegios. La Constitución de 1949 no es menos liberal por el hecho de incorporar los derechos económicos, sociales y culturales, porque queda demostrado que su texto es respetuoso de la libertad del otro. Si algún error o pecado a este respecto cometió el movimiento que le dio origen, queda por entero empalidecido como diminuto e insignificante ante los incalificables hechos criminales reiterados de sus detractores en cuanta ocasión dispusieron del espacio de poder para cometerlos.