



JOSÉ MANUEL ESTRADA

EN 1878



LA NACION

1



OBRAS COMPLETAS
DE
JOSÉ MANUEL ESTRADA
TOMO VI
—
CURSO
DE
DERECHO CONSTITUCIONAL
TOMO I

OBRAS COMPLETAS DE ESTRADA

- Tomo I.—JOSÉ MANUEL ESTRADA. — Noticia bibliográfica, por el Dr. Juan M. Garro. — EL GÉNESIS DE NUESTRA RAZA. — EL CATOLICISMO Y LA DEMOCRACIA. — LOS COMUNEROS DEL PARAGUAY. — Un tomo con un retrato del autor en 1862.
- Tomo II.—LECCIONES SOBRE LA HISTORIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.—Tomo I, con un retrato del autor en 1868
- Tomo III.—LECCIONES SOBRE LA HISTORIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. — Tomo II.
- Tomo IV.—LA POLÍTICA LIBERAL BAJO LA TIRANÍA DE ROSAS. — Un tomo.
- Tomo V.—FRAGMENTOS HISTÓRICOS. — Un tomo.
- Tomo VI.—CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. — Tomo I, con un retrato de l'autor en 1878.
- Tomo VII.—CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. — Tomo II
- Tomo VIII.—CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. — Tomo III.
- Tomo IX.—MISCELÁNEA. *Estudios y artículos varios*, con un retrato del autor en 1884.—Tomo I.
- Tomo X.—MISCELÁNEA. *Estudios y artículos varios*.—Tomo II.
- Tomo XI.—MISCELÁNEA. *Estudios y artículos varios*.—Tomo III.
- Tomo XII.—DISCURSOS. — Un tomo, con un retrato del autor en 1889.

CURSO
DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

POR

JOSÉ MANUEL ESTRADA

SEGUNDA EDICIÓN

TOMO I



BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	F. A.
Nº. DE ORDEN	46814
UBICACIÓN	F.1083

Buenos Aires
EDITORIAL CIENTIFICA Y LITERARIA ARGENTINA
ATANAHIO MARTINEZ
Oficinas: Belgrano 367

1927



EDICIONES
DE LA
EDITORIAL CIENTIFICA Y LITERARIA ARGENTINA



MACHADO. Dr. José Olegario — Exposición y comentario del Código Civil Argentino, 1922, 11 tomos.

OBARRIO. Dr. Manuel — Curso de Derecho Comercial. Edición puesta al día por los doctores Wilmart y Adrián Becar Varela, 1925, 3 tomos, en impresión el tomo IV.

LEVENE. Dr. Ricardo — Historia de la Revolución de Mayo y Mariano Moreno. Segunda edición ampliada por el autor. Con reproducción en fotograbado, de firmas, documentos y carátulas de impresos. Obra que ha obtenido el "Primer premio del Concurso Nacional de 1921" y el premio "**Raza**" de la Real Academia de la historia de Madrid en 1925, 3 tomos.

ESTRADA. José Manuel — Lecciones de Historia Argentina. Prólogo del Dr. Carlos Ibarguren, 3.ª edición, 1925, 2 tomos.

GARCIA MEDINA. Vicente — Disparates no usuales pero usados por escritores de postin: Ricardo Monner Sans, Leopoldo Lugones, Ricardo Rojas. Crítica literaria, 1924, 1 tomo.

GONZALEZ. Dr. Joaquín V. — Mis montañas, 1925, 1 tomo.

OBARRIO - MALAGARRIGA. Dres. Manuel y Carlos C. — Estudio sobre las quiebras. Nueva edición puesta al día, 1926, 2 tomos.

MALAGARRIGA. Dr. Carlos C. — Derecho Comercial. Nueva edición, 1926, 2 tomos.

ESTRADA. José Manuel — Curso de Derecho Constitucional. Nueva edición, 1927, 3 tomos.



Advertencia de la Primera Edición

Al trazar el plan general que debíamos seguir en la publicación de estas OBRAS, hemos creído acertar, observando un orden cronológico, en lo posible; y haciendo una coordinación por materias, que facilitara al lector la consulta y el estudio de las ideas y de los trabajos de nuestro padre en los distintos ramos que abarcó su labor intelectual.

Esta forma de agrupación de los trabajos resulta en gran parte de la naturaleza de los estudios a que se aplicó en las diversas épocas de su vida.

Así, en los primeros cinco volúmenes de las OBRAS hemos publicado los principales trabajos históricos, que fueron a los que dió preferencia en sus primeros trabajos de orador y publicista. Con el presente tomo comenzamos la publicación de los trabajos sobre derecho constitucional, que siguieron, se puede decir hablando en general, a los primeros.

Sabido es que la actividad intelectual de nuestro padre nunca decayó, y que el tiempo que le dejaban libre las tareas de la cátedra, lo dedicaba al diarismo, a las conferencias públicas, a las diversas producciones que publicaba en las revistas o a sus trabajos parlamentarios, siempre dentro de

la órbita de las materias de su especial predilección y cuyos trabajos han sido insertos en su casi totalidad en los periódicos, revistas y diarios de sesiones.

A fin de que muchos de esos trabajos no pierdan su verdadera utilidad incluyéndolos en los volúmenes que corresponderán a los *Discursos y Artículos Varios*, con que completaremos esta publicación, los hemos coordinado insertándolos como apéndices a los diversos capítulos en que se estudia en forma didáctica y concisa las materias tratadas en aquéllos; sirviendo por lo tanto, dichos apéndices, de complemento o ampliación de los correspondientes capítulos del texto; dejando para aquellos volúmenes sólo los trabajos que por distintas circunstancias no tengan colocación en el presente *Curso*.

La diferencia de tiempo a que pertenecen diversos trabajos sobre un mismo tema, y las distintas oportunidades que dieron motivo a su producción, hará tal vez que se note en algunos puntos ciertas apreciaciones que *prima facie* demuestren algunas diferencias. Pero la razón de ellas no escapará al crítico concienzudo que se proponga estudiar el progreso de las ideas del autor, respecto de las materias tratadas, en el curso de esos trabajos.

Creemos que en esta forma se facilita sobre manera el estudio y se pueden apreciar mejor dichas producciones.

Sabemos que el presente *Curso*, como tal, tendrá algunas deficiencias, pero debe tenerse presente que él no es, ni mucho menos, la obra definitiva del autor; la cual fué emprendida por él en 1880, en cuya época comenzó a publicarla en la



Revista Argentina, con el nombre de *Curso de Derecho Constitucional*, cuyo título hemos adoptado, tratando de hacerlo lo más completo posible, como crítica y exposición didáctica y ordenada de las materias de la Constitución Nacional.

En dicha revista aparecieron solamente los capítulos que en este volumen figuran con los números I. II. IV, V, VI y VII, además del *Capítulo preliminar*.

Las conferencias que han sido reimpresas repetidas veces, fueron tomadas en clase taquigráficamente por los señores Alberto Martínez, Gabriel H. Larralde y Enrique Hoyo, y reeditadas con el consentimiento del autor, sin revisión alguna de su parte, y sólo para satisfacer las necesidades de la educación. Por consiguiente, dichos capítulos y los apéndices llevan su sello, mientras que las conferencias que él consintió que se publicaran, se reimprimen ahora idénticas sin que la forma literaria pueda atribuírsele en su totalidad.

Sobre estas bases y con el programa completo del año 1878, hemos trazado el plan del presente *Curso*, completándolo con los anexos en la forma que hemos explicado más arriba.

El *Curso* se compondrá de tres volúmenes con sus correspondientes apéndices. Tomando la división hecha en el programa de 1878 y amoldándonos a lo que existe, hemos dividido el *Curso* en cuatro partes, precedidas de una *Introducción* y un *Capítulo preliminar*; la primera se titula *Declaraciones, Derechos y Garantías*; la segunda, *Forma de Gobierno*; la tercera, *La Nación y las Provincias*; y la cuarta, *Organización del Gobierno Nacional*. Según el programa de 1878, faltaría la ma-



teria de dos partes más, una sobre la *Organización de los gobiernos provinciales* y otra sobre los *Estados anormales*; sobre cuyos puntos no llegaron a publicarse ni las conferencias dadas en clase ni tampoco los apuntes de los alumnos.

La primera parte es la que más se acerca a la obra definitiva del autor, pues, como hemos dicho, casi todos los capítulos que la componen fueron publicados por él en 1880. A esta parte la hemos completado, precediéndola de un discurso sobre la libertad civil y política, pronunciado por nuestro padre al inaugurar el primer curso de Instrucción Cívica, en 1869, en el Colegio Nacional, curso que fué creado, por su iniciativa, por decreto de febrero 23 de 1869. El curso de Instrucción Cívica es imposible rehacerlo, como sería nuestro deseo, y cualquier cosa que se hiciera con aquella pretensión, sería incompleta y distinta de lo que fueron las conferencias en que desarrolló su enseñanza. Sin embargo, se han conservado inéditos los apuntes que sirvieron de base al autor para dictar dicho curso, varias conferencias tomadas taquígráficamente por el señor Martínez y el discurso inaugural de la primera apertura a que nos hemos referido. Por esta razón, y por el mismo carácter de aquella enseñanza, que era muy superior a la que actualmente se da en el Colegio, — quizás porque ha disminuído la importancia que le dió su fundador, — creemos que el mejor modo de aprovechar esos fragmentos es incluirlos en este *Curso*, ya en forma de introducción, como el discurso aludido, ya en forma de apéndice, a las materias estudiadas en el texto, como lo haremos en los volúmenes sucesivos.



En esta primera parte hemos suprimido un capítulo que debería completar la materia de los derechos y garantías, sobre el derecho público argentino en materias religiosas; porque no se halla ba incluido entre los capítulos publicados en la *Revista Argentina*; y, en vez de tomar el capítulo correspondiente de las versiones taquigráficas, hemos preferido más bien dejar el vacío y reimprimir en uno de los volúmenes de *Artículos Varios*, una serie de artículos publicados en *La Unión* en 1882 y 1883, sobre el patronato nacional y el derecho público eclesiástico. En esos artículos, el tema ha sido más profundizado por el autor, y en ellos, puede decirse, sin temor, que se halla emitida su opinión definitiva sobre dichas materias.

La segunda parte, que como decimos se titula *Forma de Gobierno*, constituirá el tomo II del *Curso*; en esta parte nos limitamos a reproducir las versiones taquigráficas y a la perfección de los sumarios, como lo hemos hecho en muchos de los capítulos del *Curso*, con el objeto de hacer más fácil el estudio y más clara la distribución de las materias.

En cuanto a la tercera parte sobre la *Organización del gobierno nacional*, publicamos las notas, *in extenso*, que fueron tomadas taquigráficamente; y en la cuarta, los apuntes concisos tomados en clase por los entonces estudiantes doctores Ayerza y Lejarza, porque creemos que, a pesar de ser tan reducidos, ofrecen suficiente interés para el estudio. Estas dos partes formarán el volumen III del *Curso*.

No sin justo temor hemos acometido esta tarea, tan arriesgada y superior a nuestras fuerzas, pe-



ro nos ha inducido a ello el deseo vivísimo de que la publicación de las OBRAS COMPLETAS sea hecha con un espíritu sereno y con un criterio verdaderamente práctico, a fin de que ellas presten los beneficios a que están llamadas, a las generaciones argentinas. Sin embargo, el temor con que acometimos esta organización ha sido desvanecido, gracias a la inteligente cooperación del doctor Indalecio Gómez, quien ha tenido la deferencia de revisar nuestra tarea y darnos su autorizada aprobación.

Buenos Aires, septiembre de 1901.

ALBERTO ESTRADA



INTRODUCCIÓN

LA LIBERTAD

(CONFERENCIA DE APERTURA)



SEÑORES:

Toda la ciencia política está contenida en la idea de la libertad. La madurez de la filosofía ha refundido en esta verdad de conciencia todas las nociones que poseemos sobre la naturaleza del hombre considerado en su capacidad psicológica. Me apoyo en ella, señores, y reputo innecesario detenerme a demostrarla. La evidencia da un punto de partida legítimo a la investigación, y todo principio sentado en ella, como los hechos que reconoce, están exentos de debate e importan en sí mismos una base de conocimientos ulteriores. Mas la idea de la libertad en cuanto sirve a la ciencia social no es, propiamente hablando, la idea de la libertad psicológica o moral: es ciertamente un producto suyo, pero modificado; es la consecuencia que se desprende de ella, considerando al hombre, no como una fuerza aislada, sino como una fuerza eminente y naturalmente simpática y so-



cial. La libertad psicológica es aquella facultad, compañera de la inteligencia, en virtud de la cual obra el hombre sin experimentar la influencia de coacción alguna interior. Ved ahí, señores, una idea clara y de fácil percepción, correspondiente a la fuerza central del yo, y que es impotente todo sistema metafísico por especioso y sofisticado que sea para aniquilar en la conciencia humana, idea a la cual se adhieren todos, añadiendo una doctrina moral a los principios absolutos que la niegan, y demostrando, como lo demostró Spinoza con su ejemplo, que renace semejante a una planta tenaz en el espíritu del hombre, a pesar de todos los sofismas que lo estragan y lo agotan. Pero temo que me dirijáis una pregunta: "Si toda la ciencia política se condensa en la idea de la libertad, y esta idea es evidente de evidencia primitiva e irreductible como la noción del yo, como la noción de la unidad, entonces, ¿cuál es el objeto práctico de una enseñanza política y qué necesidad hay de investigar lo que es claro y está inmediato?" Debo, señores, defender contra toda imputación de inutilidad el ramo de estudios, cuya dirección se me ha hecho el honor de encargarme. Formulo, pues, la cuestión en estos términos: ¿Es necesario estudiar la libertad? Responder a ella es mi propósito en esta primera conferencia, y cuento con vuestra atención.

Dejo establecido que media una diferencia entre la idea psicológica y la idea política de la libertad; y aceptada la definición científica de aquélla, es claro que no le puede ser aplicada a ésta, toda vez que la fuerza social, con la cual se relaciona el hombre en su capacidad política, carece de poder



para trabar la acción interna del ser moral. Ahora bien, ¿es igualmente accesible la idea de la libertad política que la idea de la libertad moral? ¿Siendo ésta abstracta y aquélla concreta, la libertad no debería ser más clara? A mi juicio, señores, es evidente que no, y me explicaré. La idea de la libertad moral es la simple percepción íntima de una fuerza, a cuyo conocimiento llegamos por el de una serie de fenómenos en la cual se revela. La libertad política es la aplicación de aquella idea, que está en la naturaleza, a la organización de las sociedades humanas. Supone, por consecuencia, la acción del hombre, y está por lo tanto sujeta a los mil errores y extravagancias en que puede incurrir el espíritu, o que las pasiones pueden sugerirle.

Pero no quiero, señores, disipar vuestra atención en contemplaciones abstractas. Platón modificando en el *Libro de las Leyes* sus quimeras de la *República*, en fuerza de las realidades que influyen rigurosamente las teorías, nos enseñó a considerar la política como una ciencia experimental. Imitando su ejemplo, podemos compulsar la historia e indagar si todos los pueblos y todos los tiempos han comprendido la libertad, como sin duda alguna la habrían comprendido, en el caso de que su noción fuera obvia y fácilmente accesible.

Yo no la encuentro, señores, clara, determinada e imperiosa en este gran catálogo de las torturas y de los extravíos humanos, en vano sondee el espíritu de los grandes pueblos de la antigüedad. Veo la raza de Israel impregnada en la savia mística de su dogma, fuerte a través de los siglos

por el renacimiento de su brío en medio de sus flaquezas, radicalmente impotente, empero, para organizarse desenvolviendo los núcleos liberales de la sociedad primitiva. El patriarcado se disuelve bajo los jueces de Israel, y los jueces de Israel sucumben un día en que el pueblo fatigado por los excesos de los hijos de Samuel deserta a impulsos de su propio desaliento de las nobles tradiciones de Sansón y de Josué, y abdica en la conjuración de Rámatha. Convento en que la libertad no imperaba sustancialmente y con sus resortes regulares en ninguna de las organizaciones de la sociedad hebrea; pero me parece claro el camino retrógrado seguido por sus revoluciones que, partiendo del patriarcado, gobierno de la familia, suave en la forma y regido por una moral simple y austera, termina en el absolutismo, iniciado por Saul, a cuya unción obligaron pertinaces las venerables manos del profeta. Y todos sabemos, señores, que los hebreos poseían un sistema de moral, que tenía por base la responsabilidad y por sanción el mérito de la obediencia y la imputabilidad de la transgresión.

Era la esclavitud un principio y un hecho en todas las sociedades antiguas. Sobre las víctimas de tan inicua institución pesaban todas las cargas de la industria, y el ciudadano libre del trabajo que ejecutaba por manos serviles, estaba apto para el ejercicio constante del derecho político y de todos los actos de la soberanía popular directa. — Ved ahí a la vez un principio de desigualdad y un principio de tiranía. — La soberanía directa es el reinado multiforme y caprichoso de la multitud, cuya voluntad arrastrada por el vérfigo de sus



pasiones bruscas, incoercibles, rebeldes a toda regla y a toda lógica, adultera sin tino ni rumbo la justicia, improvisa turbulentamente la ley, la aplica a ciegas y la trastorna sin designio, ultrapasa la meta de la acción social, invade las intimidades del hombre para que su carácter se pliegue y amolde al artificio conservador del sistema, que engendra el patriciado y la censura en Roma, el ostracismo en Atenas, y en Esparta la ley agraria y la sabiduría bárbara de Licurgo, perturbando el sentido moral por la duplicidad de la ley suprema, sofocando instintos de piedad en la naturaleza, y absorbiendo en una palabra la fuerza individual y responsable del hombre en la monstruosidad del Dios-Estado. La libertad de los antiguos podría definirse diciendo que consistía en el derecho de los ciudadanos para legislar. Noción errónea, señores, porque es incompleta, y toma una consecuencia del principio definido en lugar de su idea sustancial.

Y a tal punto dominaron estas creencias en la antigüedad, que su más pura encarnación pensadora, el *divino* Platón, consideraba el Estado como una unidad orgánica, cuyo análisis diera tres elementos específicos, determinados por su naturaleza y sus funciones, el uno, la esclavitud, destinado al trabajo, el otro, a la defensa de la comunidad en la guerra, y por último, la raza privilegiada de los filósofos creada para pensar y dar leyes. — La consecuencia forzosa de esta organización sería perturbar y destruir las gradaciones y ordenamientos naturales, aboliendo la propiedad y la familia y todo centro elemental de fuerza, para reemplazarlos con una entidad facticia y las crea-





ciones imaginarias de una abstracción demoledora. — Por más que esta doctrina platónica difiera de las instituciones reales de la antigüedad, toda vez que reserva para la filosofía derechos comunes a todos los ciudadanos libres, guarda sin embargo visibles puntos de contacto con ellas. — Determinaré el que más resalta. La *República* de Platón es la omnipotencia del Estado bajo la ley moral interpretada por la filosofía: establece por tanto una relación de supremacía absoluta del Estado sobre la persona, aun en su capacidad intelectual y religiosa; es, en una palabra, la misma tiranía, la misma absorción del hombre por la sociedad, que ejercieron los antiguos y trasplantaron los jesuitas a las Misiones del Paraguay.

Es claro, señores, en consecuencia, que la antigüedad, ilustrada por una filosofía robusta ya, dueña de un terreno sólido y que encaraba problemas amplios reflejando sobre ellos caudales de luz, careció, así en los tiempos austeros de Roma como en sus días de bélico trastorno, en los esplendores de la civilización griega como en las luctuosas peripecias de la raza hebraica, y en el Egipto con su sangre coagulada por el misterio, como en el misticismo índico, de una noción exacta y práctica de la libertad política.

No fué más atinada la edad media. Época de arrasamiento y reconstrucciones tumultuosas, fué aquella la era de la fuerza. Ya la libertad no fué considerada como base de la organización social, a la cual se atribuyó por exclusivo resorte la autoridad. — Las luchas del señorío contra la monarquía, las de los municipios contra reyes y contra nobles, la más prolongada y viva del imperio y el



papado, por más que en su curso dejen traslucir fermentaciones liberales y pongan acentos vengadores en los labios del Dante y de Gregorio VII. nada son en el fondo sino luchas de autoridad contra autoridad, rivalidades de gremios y de clases, de fuerzas constituidas sin cuenta del derecho primitivo, y por consiguiente, luchas insolubles, porque es insoluble todo problema social cuando se prescinde de la libertad. Ockam refundió en un laberinto de tesis y antítesis, con un pasmoso vigor dialéctico, los debates políticos de la edad media, sin ensayar su solución, porque un instinto superior le advertía que sus contemporáneos desechaban el único criterio legítimo de la verdad política, y careciendo de él era empresa quimérica la de intentar descubrirla y enseñarla. Mediaba el cristianismo entre Platón y Ockam, y sin embargo, no era parte esta doctrina, malgrado su amplitud y fijeza para iniciar los espíritus en la verdadera inteligencia de la libertad social. Aceptábanse sus dogmas, pero se olvidaba su moral.

Vengamos por fin, a la más ruidosa turbulencia de los siglos modernos, a la revolución francesa. — No me detendré en un juicio inoportuno; pero notemos algunos de sus principios y de sus hechos. Leo sus apóstoles y precursores doctrinarios, y me sorprende desde luego encontrar que en su mente la política tiene por objeto el establecimiento de las sociedades. — Las sociedades, señores, no se establecen: las sociedades se organizan. La sociedad preexiste a toda ley y a cualquier combinación. Congénita al hombre, es natural, y por consiguiente es una de las fuerzas que constituyen la naturaleza. De aquí se sigue que la rigen los prin-

cipios absolutos de la moral; que el hombre es en su seno dueño de todas las fuerzas que la conciencia le revela poseer; que el capricho del legislador no puede sin atentado establecer reglas opresivas como condición de la sociedad, porque la sociedad no es condicional sino natural y primitiva, y las leyes no existen sino en virtud y a consecuencia de que ella existe. — La doctrina de Rousseau se funda en una abstracción quimérica, sobre la cual se apoya una tiranía: la tiranía de la totalidad o de las mayorías, el gobierno tumultuoso de toda fantasía igualitaria, despojadora y opresiva, y esa doctrina ejerció una influencia notoria y perniciosa en el curso de la revolución francesa. Las muchedumbres embargadas por la utopía creyeron poder rehacer la sociedad a medida de sus genialidades o sus preocupaciones, y reemplazando a la deidad tonante de los antiguos misterios, le usurparon sus rayos y sus cóleras implacables hasta hundir su patria en el desquicio y preparar el advenimiento del César de los siglos modernos. — La libertad entendida según la revolución francesa es el derecho de la multitud o sus representantes para hacerlo todo: la omnipotencia anárquica delegada: la negación, por lo tanto, de toda garantía personal y de la igualdad perfecta de todos ante el derecho común. Por esta razón produjo como forma de gobierno una asamblea unitaria y absoluta, que abarcaba todas las ramas del poder público y obraba discrecionalmente sin freno ni responsabilidad. — Vosotros estudiáis la historia y no necesitáis que yo reproduzca aquí el cuadro de la Francia revolucionaria, estremecida con delirio febril y vertiginosamente trastornada, ver-



tiendo su sangre a mares, mientras se la desorientaba del ideal político, desolábanse las almas con el frío escepticismo volteriano, y se ultrajaba su tiranizada conciencia en las corruptoras bacanales de los nuevos dioses.

Apartémonos, empero, de todo lo lejano y lo remoto. Vosotros amais la libertad, y en ese amor se revela vuestra vocación de demócratas y vuestra raza de argentinos. Amáis, repito, la libertad, y la aman los hijos de vuestra madre, como la amaron los patriarcas de la revolución, los gauchos de la montonera, las aves de nuestro cielo y el venado de las pampas. Pero yo pregunto si nosotros, americanos del Sud y descendientes de Mariano Moreno, entendemos la libertad. ¡Ah, señores! nuestra historia es sangrienta y las manos que la hojean se enrojecen. ¡Sabéis lo que en la República Argentina se ha entendido por libertad! En la era de la independencia un intento supremo absorbía el alma de los patriarcas: emancipar al pueblo: mas, ¿para qué? Diez años de fanatismo patriótico, de ensayos aristocráticos y de esfuerzos tenaces y refractarios contra la oleada democrática para agotarla, estrellándola contra los tronos fantásticos que creaban imaginaciones enfermizas resistentes al genio sustancialmente popular y libre de la revolución, os acreditan que la libertad podía definirse, según la mente de aquella generación, por el derecho del urbanismo colonial, emancipado respecto del poder metropolitano. Otros diez años de anarquía frenética y de brutales excesos, de ensayos civilizadores, de reacciones unitarias, de idealización implacable y erupciones volcánicas de las masas, revelan la lucha entre la



abstracción francesa y el arranque salvaje de las pasiones. El alma de Dorrego atraviesa como la ráfaga pálida que enciende la profecía en el alma del santo, pero sin rastro ni vida, en aquella hora de confusión y extravío. Facundo y Rivadavia: ved ahí los tipos: la barbarie iracunda, dominante y devastadora, frente a la razón absorta en la utopía y combatida a la vez por el silogismo medieval de la civilización cordobesa, cerebro apelmazado por el aristotelismo del cardenal Jiménez. No busquemos ahí la libertad: la anarquía es la licencia: la licencia es el despotismo del que maneja una espada o un puñal. ¿Y más tarde, señores? ¡Ah! entonces la libertad consiste en el derecho de degollar *salvajes unitarios*... ¿Y más tarde aún? Entonces la libertad consiste en el predominio oligárquico... Determino, señores, el fondo de nuestra vida política. Bien sé que el pueblo se ha dado una Constitución, y que la fuerza incontrastable de la opinión, dominando insensatas resistencias, ha rehecho la unión argentina sobre bases legítimas, contra las cuales son impotentes la revolución y los arrebatos apasionados de las facciones. Pero es verdad también que el pueblo argentino no es libre, porque para poseer la libertad no basta amarla ni basta vivir bajo una ley que la garantice. Pueden los pueblos tener admirables leyes y presentar, no obstante, cualquiera de estos fenómenos: o bien la inhabilidad común para ejercer y resguardar sus derechos, o bien una depravación de las costumbres públicas, de donde resulte que el derecho ajeno no sea por todos respetado, siquiera los ciudadanos usen de él contrariando nuestras opiniones o intereses. La existencia de estos fenómenos es incompatible con la existencia de la





libertad. Vosotros os consideraréis libres: yo os desafío a que procedáis con libertad en una cuestión electoral, ¡el acto eminentemente sagrado de la soberanía popular! Cuando no os tiranice la violencia, os tiranizará el perjurio. ¡No, señores, no entendemos la libertad!... Y murmuran las ondas de los ríos patrios, y rugen los huracanes en las grietas de la cordillera los resonantes himnos de nuestro amor hacia la sacra idea. Amamos la libertad; la amó el alma fuerte de Moreno y la amó Dorrego con iluminación genial, la amó Rivadavia escondida entre las nubes de la utopía; detestáronla, es cierto, Artigas y Quiroga, pero la amaron sus secuaces cuando en grupos selváticos y tremendos, siguiendo la huella yerma del potro de los caudillos, exigieron de las ciudades lo que la revolución les prometió sin darles. Pero no, no entendemos la libertad bien, como no la entendió la revolución francesa, ni la entendieron la edad media y las sociedades antiguas. ¿Cómo definiríamos la nuestra? Confieso, señores, que es difícil y no sé por qué no digo imposible, apoderarse de esta vaguedad mutable y fugitiva, que se desliza de la presión del juicio como la declamación de los partidos que derrumba la rueda de nuestras peripecias políticas y vienen y van en las bruscas alternativas de nuestra historia. ¿Será el derecho de gobernar excluyendo u oprimiendo a nuestros adversarios, de escribir diarios con pasión y sin idea, descartar la autoridad y la ley, pasear, comprar, vender y blasfemar, despreciar al ignorante de cuya ignorancia somos culpables, gozar y dormir el sueño colonial? ¡Si no es ésta la libertad argentina, yo no la conozco, señores, y eso no es la libertad!

No cuadra, sin embargo, el desencanto a los que guardan en el alma un sentimiento robusto. Hay en el espíritu de los tiempos modernos una doctrina liberal, cuyas nociones pueden estar esparcidas y ser mal apreciadas en ciertas condiciones sociales, pero cuyo conjunto es sólido y comprensivo cuando se le estudia con sinceridad de corazón. He dicho que sólo la flaqueza humana explica la mala inteligencia de la libertad dominante después de la aparición del cristianismo; porque creo que su enseñanza, que en todo sentido formula las más altas adquisiciones de la razón y contiene la solución inicial de todas las cuestiones relacionadas con la naturaleza humana, ya se considere al hombre como fuerza individual, ya se le examine en su capacidad social, — encierra a la vez todos los elementos que entran en la definición práctica de la libertad. Todo es fundamental en el cristianismo; pero, considerándolo como ley destinada a regir las relaciones universales de la humanidad en las condiciones que la sociabilidad le crea, — no vacilo al afirmar que su doctrina puede resumirse en la distinción radical que establece entre los deberes absolutos emanados de la moral y aquellos que se fundan en la convención humana, declarando la superioridad inalienable de los primeros, al punto de no considerar obligatorios sino los que consultándolos, guardan armonía con ellos. Los apóstoles cristianos que conservaban íntegra y pura la doctrina del Divino Maestro, enseñaban a los suyos que conviene obedecer a Dios antes que a los hombres, y su animosa conducta en frente de los poderes establecidos, su carrera de sacrificios y su muerte de heroísmo, acreditan la pro-





fesión sincera de este principio que era el resultado de su fe y el resorte de su lozano coraje. Mas es preferible que juzgueis por vosotros mismos. Jesucristo viene a traer al mundo la ley de la perfección. El mismo lo dice: “quiero que seáis perfectos como vuestro padre”. Refunde su moral en el amor: “un mandamiento nuevo os doy, que os améis los unos a los otros”. La desarrolla y determina en preceptos tan varios y comprensivos cuantas son las condiciones eventualmente posibles de la vida, atribuyéndole siempre una sanción, la justicia divina, y un resorte, la espontaneidad del alma, la virtud. He aquí el rasgo característico que distingue a Jesús de todos los moralistas antiguos y modernos, desde los filósofos de la India hasta los novadores contemporáneos. Todos han creado un *medium* social real o quimérico para el desarrollo de su doctrina, confiando a la ley, al gobierno, al Estado, cualquiera organización que la forjaran, el criterio superior, la acción coercitiva y el cuidado de prevenir con medios artificiales el acatamiento y solidez de sus preceptos. Platón constituía la República sobre esta base, — la intervención constante y directa del Estado en la vida privada, en la educación moral y artística, en las creencias y en la conducta; y no era este principio una invención original, sino la copia de las instituciones que se hallaban en vigor en todos los pueblos antiguos. En Esparta la higiene y la moral eran materia de ley. En la legislación mosaica todo se refundía en el Estado, en virtud de una duplicidad de la ley. Los utopistas modernos delirantes como St. Simón, casi místicos como Fourier o violentos como Babœuf, maestros de toda

quimera, han amalgamado en una especie de pan-teísmo doctrinario y legal, todas las direcciones de la fuerza humana, y han coincidido en atribuir al Estado el régimen moral de los individuos. El cristianismo se coloca en el terreno opuesto, y después de cifrar la perfección en el amor, preguntado el Maestro cuál es el camino del bien, responde con estas solemnes palabras: “yo, yo soy el camino y la verdad y la vida,” palabras que exigen la conciencia de toda influencia exterior y la resguardan en su sinceridad y en su arranque espontáneo contra las tenaces usurpaciones de la ley y del Estado. Lo fía todo al individuo, nada a la colección: funda una sociedad religiosa, sujeta a diversas circunscripciones y de mayor extensión que la sociedad civil, y distingue la región legal de la región moral, con esta respuesta proferida contra los mosaístas recalcitrantes: “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”. De esta doctrina se sigue la independencia del deber moral respecto de la sociedad, su legislación y sus fuerzas represivas o tuitivas. La igualdad del hombre en esta independencia se sigue lógicamente de la naturaleza de la ley en cuyo acatamiento es establecida, y de la naturaleza del resorte que se le atribuye. Así el Salvador en la sublime alegoría del mendigo, cuya extenuada agonía acompañaron los cantos báquicos del avaro, y en la de aquellos infelices y lisiados, que el Padre de familias envió a buscar para su festín a las encrucijadas de los caminos, y en aquellos obreros de la última hora que pagó el labrador como a los que soportaron la pesadumbre del día, estableció la igualdad perfecta de los hombres ante su ley de





justicia en razón de la idéntica responsabilidad que les impone, como a aquellos otros servidores que recibieron los talentos de mano de su señor para responderle de su trabajo y de su celo en relación con sus fuerzas. Podemos sentar dos principios sobre las anteriores reflexiones: la independencia de la moral, la igualdad de la moral.

Ahora bien, siendo exacto que la sociedad es un hecho natural determinado por un instinto y que forma parte del carácter general de la humanidad como sus aspiraciones racionales hacia lo verdadero y lo justo, nos es posible definir la libertad.

Y así: distingo la libertad social en dos categorías: libertad civil, libertad política.

Por libertad civil entiendo la ausencia de toda traba exterior que pudiera oponerse al cumplimiento del deber moral de parte del individuo.

Por libertad política entiendo el ejercicio de todas las fuerzas, cuya reserva y actividad son necesarias para conservar la responsabilidad.

Analícemos. Digo que el hombre es libre, del punto de vista de la libertad civil, cuando ningún obstáculo le estorba la observancia del deber moral, y llamo derechos civiles, todas las garantías que con ese objeto está obligada la comunidad a establecer en beneficio de cada uno.

El hombre, señores, ante el cual se revela la Divinidad, entre los velados resplandores de lo infinito, es atraído a ella por un doble camino, como verdad y como amor, dominante amor y verdad sustancial; y ved ahí por qué es ingénito y profundo el sentimiento religioso y por qué la criatura debe culto a Dios, y por qué, en virtud



de este deber, tiene derecho a exigir que la sociedad y la ley respeten sus creencias y la forma que asuma en su espíritu la fe en lo sobrenatural, puesto que a nadie es lícito asaltar el sagrado de su conciencia, porque para nadie es posible atenuar ni extinguir ni su fe ni las formas de su fe. De aquí, señores, la libertad religiosa.

Dios fecunda el amor de los hombres, y reproduce en los hijos, digámoslo así, la sangre y el alma de los padres, pontífices, legisladores y maestros, en cuya mano y en cuya mente deposita la semilla de las ideas primeras y de las costumbres infantiles, que modifican la naturaleza y amoldan los caracteres. De ahí, señores, que ninguna autoridad sea superior a la autoridad del padre, porque la fuerza está asociada a la responsabilidad. De ahí la libertad doméstica, la autonomía del hogar.

Proveer a las necesidades de la vida: ved ahí otro deber imperioso como la muerte; dominar la naturaleza, obligarla a producir en beneficio de aquella criatura, cuya inteligencia la coloca en la cumbre de la creación: deber también, señores, y deber nugatorio siempre que la tiranía social trabase la industria, monopolicie el comercio o anule y proscriba la propiedad.

Y, por fin, señores, si la simpatía humana sufre una repugnancia invencible hacia todo egoísmo; si el amor constituye la perfección del alma, y el deber moral de no estorbar la realización de su noble fin en nuestros semejantes se completa por el de cooperar a él, tendiendo la mano al que cae, partiendo nuestro pan con el hambriento; ¿no es evidente el deber de compartir nuestras ideas

con aquellos cuya mente se aniquila en el hambre de la luz o es torturada por los estremecimientos desoladores de la duda? Si, señores; y de ahí otros tantos derechos, preciosos porque responden a grandes y nobles deberes, la libertad de enseñanza, la libertad de asociación, la libertad de la prensa.

Se infiere de lo dicho, que la libertad civil constituye un deber general: el de respetar el derecho ajeno en todos y en cada uno de los individuos que componen la sociedad. Todo deber supone una responsabilidad, y toda responsabilidad es inabdicable, inenajenable, propia, intransmisible: obliga en la conciencia como obliga en el honor. Luego, sólo será legítimo aquel estado social en que la comunidad de los hombres acepte y respete esta responsabilidad; y hemos dicho que en esto consiste la libertad política, es decir, en el ejercicio de todas las fuerzas, cuya posesión es indispensable si ha de ser real la responsabilidad que envuelve la libertad civil; y ahora añado que el libre ejercicio de cada una de estas fuerzas constituye lo que se llama un derecho político.

Desde luego, señores, desaparecería aun la noción de la responsabilidad si el pueblo careciera de acción sobre la ley que reglamenta los derechos y que pudiera suprimirlos, en caso de estar entregada a las veleidades de uno solo o de pocos. La participación universal del pueblo en su formación es por lo tanto esencial en un régimen de libertad, pues ni sombra de ella persevera donde se entiende que sea una esfera susceptible de ser extendida y estrechada a merced de los caprichos de un poder externo que la otorga. De la participación





del pueblo en el origen de la ley, se sigue su igualdad para todos, la de su protección y garantías, cualquiera que sea la condición propia de cada ciudadano: la repartición igual de las cargas públicas, la equidad del impuesto, preferentemente establecido sobre el consumo a fin de distribuirlo en proporciones regulares, — la claridad y fijeza de sus preceptos y de sus prohibiciones, y por fin, la administración severa de la justicia en todos los casos de conflicto de intereses o derechos, o de transgresión de la ley vigente y conocida.

No ha de entenderse, empero, que la soberanía popular debe ser directamente ejercida por los ciudadanos. La historia de las repúblicas antiguas demuestra que fácilmente degeneran las libertades públicas, cuando no tienen amparo contra las turbulencias de la muchedumbres. Es esencial la delegación de los poderes populares; pero en este sentido, toda autoridad es constituida originariamente por el pueblo, que confiere su mandato temporalmente y bajo una responsabilidad eficaz, cuidando al propio tiempo de no aglomerar en la mano de un funcionario ni de una corporación cualquiera todos los poderes sociales. De aquí la subdivisión del gobierno, que es esencialmente uno, en diversas ramas, que rigen distintos órdenes del mismo interés, sin que les sea lícito extender su acción fuera de las condiciones de materia y de tiempo en que cada una es autorizada a obrar. El poder legislativo estatuye para lo porvenir; el judicial juzga sobre lo pasado: ni éste tiene acción fuera de los hechos, ni aquél puede legislar retroactivamente.

Tales son, señores, los caracteres y condiciones



de la libertad, social desde el doble punto de vista que indiqué, y es cosa clara, que no los consultan ni comparten sino aquellos gobiernos que describía Madison, diciendo que derivan todo su poder de la gran masa del pueblo, y son desempeñados por mandatarios temporales y responsables, — es decir, el gobierno democrático. Puede existir la libertad civil fuera de él, pero jamás la libertad política; y donde la libertad política no existe, la libertad civil carece de base sólida y está expuesta a desaparecer por el vaivén de una organización ilógica, y por consecuencia, mal trabada y desnuda de fuerza interna.

En suma, señores: la democracia es la única forma de gobierno adaptada a la idea de la libertad en sus aplicaciones sociales. La democracia es la única forma legítima de gobierno.

Su legitimidad, empero, proviene de que es lógica, y lo es, porque afirma los derechos del ciudadano en virtud de los deberes del hombre. Es un principio claro y adquirido definitivamente en moral, que todo derecho arranca de un deber que se relaciona con él y lo apoya y consolida. En los pueblos, cuyas libertades y formas representativas emanan de la voluntad de un legislador, son éstas inconsistentes, porque no encuentran base en los principios de moral que sustentan las democracias. La grandeza, sin embargo, es una carga. De las doctrinas sentadas se deduce que esta carga pesa sobre todos los ciudadanos de una democracia. Frecuentemente se afirma la relación existente entre el deber y el derecho, pero más frecuentemente aun se yerra, considerándola como una relación de analogía o de igualdad, siendo a

la verdad una relación de subordinación y dependencia, porque en términos generales, el derecho depende del deber. Jamás se descuida el uno sino porque se menosprecia o se ignora el deber. ¡Creéis vosotros, señores, que los pueblos abandonarían al capricho de las facciones o las tiranías la formación de la ley y la institución de los poderes, si estuvieran persuadidos de la responsabilidad que su naturaleza impone a todo hombre en los resultados de esa ley que se descuida, y en los actos de esos poderes cuya constitución y vigilancia se abdica? — ¡Creéis que si las facciones estuvieran ilustradas por una noción clara de deber moral, falsearían el voto popular, oprimirían la ley y se deshonorarían a sí mismas perjurando y tramando maquinaciones contra la sinceridad y el derecho? Seguramente que no, como es seguro que proviene de la inmoralidad la generación del caudillaje, y que ella alimenta con su savia deletérea las entrañas vivas, tenaces y siempre renacientes de la montonera en la República Argentina. Todo lo que es definitivo en las instituciones libres en punto a garantías, está confiado a la moral, a la noción del deber, a la conciencia de los hombres, que la ley no puede sustituir sin desbordarse y usurpar. La ley puede garantirme la libertad del sufragio, mas esa garantía será ilusoria siempre que un funcionario perjuro tergiversar mi voto o falsee el de la mayoría, y encuentre jueces complacientes que legitimen su falsía. Puede la misma ley establecer la libertad de la imprenta y de la palabra, libertades preciosas sin las cuales la vida democrática es una nueva mentira o una cobarde traición, pero





su precepto será nulo, en tanto que una facción o muchas se nieguen a respetarme cuando use del derecho que las leyes me reconocen, — y cuenta, señores, que no digo que me acuerdan, porque las leyes nada pueden hacer, sino reconocer lo que la naturaleza me da y la moral me impone: — será nulo, repito, si la calumnia, si la injuria y todos los turbulentos terrores que sugiere la insensatez de los partidos olvidadizos de su deber, se interponen entre la ley y yo.

No se requiere ser sabio para ser demócrata; pero la vida republicana exige una sabiduría. Todos los pueblos modernos, menos uno, han tratado de resolver la cuestión de la libertad a vuelta de tumultos y de estragos. El que exceptúo es el único que realmente la ha resuelto, porque buscó la solución en la educación del pueblo. Hablo de los Estados Unidos. Vosotros sabéis cuán verdaderos y eficaces son allí los principios del gobierno y control de sí mismo, que no son otra cosa en el fondo, sino el acatamiento de la moral política y de la ley del deber aplicada a la vida social, la responsabilidad personal, la custodia propia de los intereses y derechos de cada cual, llevada a tal punto, que en las materias de litigio cotidiano pueden verse aplicadas por los tribunales de aquel gran pueblo, teorías jurídicas que chocan abiertamente con los principios recibidos en la inmensa mayoría de las naciones. Un carruaje se estrella en un camino mal cuidado: el magistrado municipal sufre una pena e indemniza el daño. ¿Por qué? Porque el camino está bajo su responsabilidad. — El tren de un ferrocarril mata un animal que se atraviesa en su trayecto. Su dueño se querrela: el

tribunal absuelve a la compañía. ¿Por qué? Porque el propietario tiene el deber de cuidar de su propiedad, y no puede lícitamente exigir que la compañía se la guarde. Me fijo preferentemente en estos datos que pudieran parecer triviales, porque no puede asegurarse que las ideas liberales imperen en una sociedad, mientras no sepamos que infiltran todos los aspectos de la cosa social, desde la formación de los gobiernos hasta los últimos conflictos de la vida civil en su verdad sustancial, produciendo sus consecuencias peculiares, y bajo la acción de su resorte propio: el individualismo, el derecho y el deber de cada uno, la responsabilidad personal. Y no han conquistado los norteamericanos una idea tan intensa y tan fuerte de la personalidad, sino educándose para la democracia y penetrándose íntimamente de los sentimientos morales que reclama.

Los derechos, señores, son acciones y por consiguiente, trabajo que exige aptitudes adecuadas. En nuestras largas luchas, ora hayan tenido por teatro la escena sangrienta de las batallas, ora la arena más pacífica, pero no menos ruinosa, de los complots y las confabulaciones facciosas, sólo dos linajes de héroes hemos visto actuar: el colono campesino, alma vigorosa y enconada, bárbara y primitiva, el colono urbano, soñador y empecinado en el privilegio, que alza la bandera liberal en las manos marcadas por la argolla de los Fernando y los Felipe. Yo no creo, señores, al hombre de la democracia, porque él no está ni en la montonera, ni en la tiranía, ni en las cábalas facciosas; y el argentino que no se sienta en el aduar o en la cátedra de los fariseos, en ninguna parte está, o ha



abdicado, y duerme en el apático abandono del escepticismo.

Señores, debo terminar. De todo lo dicho se infiere que, lejos de ser superfluo, es necesario y apremiante estudiar la política y profundizar la idea de la libertad, y que esta necesidad es tanto más perentoria en la República Argentina, cuanto es más visible la incapacidad del pueblo para practicar y desenvolver las instituciones que se ha dado, movido por un instinto generoso que constituye su gloria. Nuestros sentimientos populares acentúan nuestra fisonomía y nos caracterizan. Importa ilustrarlos para volverlos fecundos. Los pueblos sin doctrinas son estériles.

Los estudios que inauguramos hoy consistirán, por tanto en la explanación de las ideas que he indicado, y para concretarlas imprimiéndoles un carácter práctico y aplicable, analizaremos la Constitución argentina que les da formas, ahondando sus fuentes históricas, su índole y los derechos y deberes que declara y estatuye. La Constitución de un pueblo libre es la sabiduría del ciudadano.





CAPITULO PRELIMINAR



SUMARIO: I. Definición del derecho constitucional. — II. Fuentes del derecho constitucional. De la tradición, las costumbres y la historia como fuentes del derecho público. De los principios universales del derecho en su relación con el mismo objeto. — III. Fuentes del derecho constitucional argentino.

I

DEFINICION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Dios, que es el padre de la vida, es la fuente universal de las leyes, es decir, de los principios que rigen las relaciones necesarias de los seres animados e inanimados, concepto mucho más amplio y comprensivo que el de Montesquieu, (1) criticado por Bentham, (2) con espíritu todavía más estrecho. Los seres tienen leyes generales y particulares y las particulares son tanto más abundantes cuanto más variadas sus relaciones y tanto más complicadas cuanto más elevada jerarquía ocupen en la naturaleza. Las condiciones que explican suficientemente la existencia de los cuerpos inorgá-

(1) Las leyes en su más lata significación, son las relaciones que se derivan de la naturaleza de las cosas. *Espíritu de las Leyes*.

(2) *Tratado de legislación*, Libro I, cap. XIII.



nicos, no bastan para explicar la vida vegetal, y muchísimo menos la vida de los animales, cuya ley es más múltiple y circunstanciada, por lo mismo que sus fenómenos son más varios y pasmosos. El hombre, por la excelencia de sus facultades, está aislado del grupo universal de los seres y de los fenómenos, que sólo él puede analizar y comprender, así como es el único que puede sondear su propia naturaleza; y ni la química, ni la física ni la fisiología, bastan para explicarle. Es racional, o lo que es igual, conoce su finalidad; por eso es responsable y capaz de merecer en el cumplimiento de la ley que le dirige en sus direcciones peculiares. Es libre; y por eso el único ser que tiene capacidad para desviarse, para sublevarse, para frustrar voluntariamente su destino. Es además un ser social; y por eso la sociedad, sin la cual no le es dable desarrollarse, inviste poder para definir las reglas a que cada cual está sujeto en sus relaciones con los demás.

Que por su inteligencia es sujeto de operaciones características, y objeto de una ley del pensamiento, a la cual llamamos *Lógica*, y que en razón de su libertad, es dirigido por la *Moral*, ley de su albedrío, son proposiciones que no nos compete demostrar aquí; ni es menester que nos esforcemos en probar que el estado social es una condición necesaria de la vida del hombre; pero conviene apuntar dos observaciones que consideramos concluyentes para justificar el punto de partida que adoptamos.

Claudio Bernard ha analizado todos los misterios de la fisiología y todos los aspectos fenomenales e instrumentales de la vida, para llegar a



esta conclusión, que los espiritualistas poseíamos de antemano, y que la escuela positiva no puede repeler sin caer en el materialismo puro: *la vida es una idea directriz*. Uno de sus críticos ha perfeccionado la fórmula, fijando su sentido con mayor precisión filosófica, en estos términos: *la vida es una idea final*. El pensamiento sustancial de Bernard y de Chauffard, es ventajosamente convertible en esta sentencia de la filosofía escolástica: *anima est corporis forma*. Y así, arrancando de las revelaciones de la ciencia experimental y llegando hasta las cimas culminantes de la metafísica cristiana, hallamos por punto de cualquier introducción legítima y al término de cualquier raciocinio bien construido, la idea de *finalidad* dominando y reduciendo a la maravillosa armonía la naturaleza de los seres en general y de cada uno en particular, descubriendo el vínculo entre las funciones y los órganos, entre las instituciones y las aptitudes determinativas de su existencia. Si la fisiología reconoce que cada protoplasma celular encarna una idea final; que el órgano no crea la función, sino que, al revés, la función crea el órgano; que la vida no resulta del organismo, sino el organismo de la vida; séanos lícito generalizar el concepto, en toda la extensión de su certidumbre filosófica, y afirmar, que cuando una peculiar aptitud de determinada naturaleza de seres propende, por evidente conexión, a conservar ciertas condiciones características de su existencia y desarrollo, esas condiciones están comprendidas en la finalidad, natural o sobrenatural, del ser propuesto. Si esto se concede, como quiera que es imposible negar que existe relación de causa a efecto



entre la sociabilidad (condición característica del desarrollo del hombre) y el lenguaje articulado (del cual sólo tiene capacidad el hombre), es lógico deducir que la sociabilidad es una institución final de la humanidad, que por la virtud creadora de todas las leyes finales de los seres, determina en el hombre la facultad del lenguaje. Así, o el estado social es natural, o la naturaleza humana es científicamente inexplicable.

Por otra parte, la fuerza vital es una potencia de reacción y de conservación en los seres vivos; convenientemente auxiliada, rectifica en mayor o menor medida, las afecciones que imperfeccionan los gérmenes en su desarrollo y producen las monstruosidades; ayudada por el arte, o entregada a sí propia, triunfante o vencida, rechaza las enfermedades. Empero, es impotente contra la muerte, cuya idea destruiría esta noción, si el poder de la fuerza vital no resplandeciera en la generación. Así, desaparecen los individuos, mas se perpetúan las especies; y por la perpetuidad de la especie, la vida, idea final y directriz de todas las organizaciones, triunfa de la muerte. Ahora, en las generaciones inferiores transmitir la vida es todo, porque estando, en virtud de su natural constitución, encadenadas por su ley final, la obedecen en toda su serie. Distinto es el caso del hombre, que por ser libre, informado y actor de su propio destino, puede transgredir su ley por infidelidad activa o pasiva. La tradición moral que disciplina la conciencia es tan necesaria para que la especie humana se conserve según su índole propia, como la constitución orgánica para que se conserven las



formas de la vida, peculiares de cada género inferior.

La maternidad considerada como función protectora de la prole, existe en todas las razas animales; la paternidad no existe sino en la raza humana; y tal punto es cierto que se conexiona con la perfección relativa del hombre, que se la venervarse y aun desaparecer de la vida exterior a medida que los grupos humanos se desmoralizan, degeneran en la barbarie, o se envilecen en el salvajismo puro. La alianza de la paternidad y la maternidad, prescindiendo del fenómeno de la generación y encarada por sus atributos afectivos y sus concordes funciones educativas, indispensables para conservar la identidad moral de la especie, engendra el domesticismo, y el domesticismo es el núcleo de la sociabilidad civil; y una vez demostrado que la familia deriva de la naturaleza, o de la ley divina manifiesta en ella, y que es el principio de la sociabilidad, no puede dudarse de que son también naturales y de divina institución, la sociedad civil y su autoridad, radicalmente distinta del libre arbitrio de los individuos que la componen, y en este sentido y por este carácter, plena y perpetua, incontrovertible y exenta de mutaciones caprichosas en lo sustancial. En una palabra, el hombre es por naturaleza súbdito de la soberanía social.

Por la experiencia se llega a idéntico resultado que especulativamente: la autoridad social impera sobre el individuo en cualquier tiempo y sitio, y el progreso de los hombres en la cultura general, si bien puede cambiar sus accidentes y modos de obrar, la aumenta en vez de disminuirla, porque



cada adelanto en las ciencias aplicadas, en las industrias, o en cualquier esfera de actividad, crea un orden nuevo de relaciones, e implica la necesidad de nuevas reglas que lo circunscriban y lo dirijan.

Blackstone define la ley positiva diciendo que, "es una regla de acción prescripta por autoridad superior" (1). Santo Tomás dice que, "la ley es una ordenación racional, promulgada para el bien común por el que rige la comunidad" (2). Nada agregaremos a la palabra del gran maestro. Su definición determina el carácter universal de las leyes asignándoles una fuente, la Razón, lo cual de paso constituye el Derecho en una ciencia, y la tendencia que las legitima, denominándolas medios e instrumentos de realizar el bien en las colectividades humanas (3). Ahora, la institución del agente investido con poder de formular leyes, que

(1) *Leyes inglesas*, Int. Sec. 2.^a

(2) "Quædam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata" (*Summa*, Pr. Sec. Qu. 90 art. 4.)

(3) Ahrens, en su *Curso de derecho natural*, ha dado una definición de la ley, que seduce y aparece suficiente, si no es analizada con muy seria meditación. "Derecho, objetivamente considerado, dice, es el conjunto de condiciones dependientes de la voluntad, en mira del cumplimiento del fin armónico de la humanidad."

Confieso que he sido de los seducidos, y me complazco en rectificar mi error.

Llamando a la ley, *condición*, la despoja de su carácter imperativo. Condiciones son aquellos fenómenos circunstanciales dentro de los cuales, o en armonía con los cuales se desarrollan otros fenómenos; pero no admiten ese nombre los principios superiores que determinan necesariamente la producción de los fenómenos, o reglan los actos libres de que en este caso se trata.

Da por fuente de la ley la voluntad, lo cual no es en absoluto cierto. La ley no emana de la voluntad, al contrario, la com-



no pueden depender de conceptos subjetivos (1), arbitrariamente revestidos de fuerza imperativa, varía intrínsecamente y obedece a distintas reglas de proceder, conforme varían las costumbres, antecedentes y carácter de las razas y de las nacionalidades. El tipo peculiar que cada sociedad les

prime, la modera, la dirige. La fuente de la ley es la Razón. Por eso es más correcto llamar a la ley *ordinatio* que *condición*, y *ordinatio rationis*, que *condición voluntaria*. Sólo sería aceptable este concepto cuando se quisiera por él establecer la diferencia que media entre las leyes sociales, susceptibles de variación, y las leyes morales, que son inmutables, diciendo que las unas dependen, en cuanto a su fórmula y subsistencia, de resoluciones libres (aunque siempre racionales), al paso que las otras subsisten invariables e independientes de las deliberaciones humanas y las mudanzas sociales.

Es erróneamente concebido también el fin que atribuye a la ley. El objeto de la ley no es la realización del *destino humano*. Coopera a ella, pero no la abraza adecuadamente. No es su papel imponer todas virtudes, sino las necesarias para el estado social, ni estorbar todos los vicios, sino los que destruyen la sociedad; y en este sentido, tienden a asegurar el *bien común*, según Santo Tomás, concepto que no debe equivocarse con la doctrina utilitaria, y que significa la realización del bien absoluto en la sociedad y por la sociedad. La pretensión de Ahrens envuelve el socialismo pagano, o una noción del destino humano cuya premisa metafísica no se puede encontrar sino en pleno panteísmo.

Es asimismo incompleta la definición del Dante en el libro de la Monarquía: *lex est realis et personalis hominis ad hominem proportio quæ servata servat societatem, corrupta corrumpit*; porque no determina ni el origen de la ley, ni las condiciones que la hacen obligatoria, ni el propósito superior a que debe tender, ya que la conservación del estado social, si bien es un fin inmediato de la ley, no es su fin remoto y trascendental.

Peca por iguales vicios la definición ciceroniana: *lex est ratio summa insinista in natura, iubens quæ facienda sunt prohibens quæ contraria*. (*De Leg.*, Lib. 1); y más aun, puesto que no llega a precisar, como la del Dante, el más próximo objeto de la ley.

(1) "Cum lex ordinet hominem in bonum commune, non cuiuslibet ratio facere potest legem, sed multitudinis vel principii vicem multitudinis gerentes. (S. Thomas. *Summa*, Pr. Sec. Qu. 90 art. 3.)

imprime es lo que determina su particular constitución política. Por eso definiremos el derecho constitucional, diciendo que *es aquella rama de las ciencias jurídicas que trata de la organización del gobierno y del modo y condiciones y objetos con los cuales se ejerce su autoridad.*



II

FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: DE LA TRADICION, LAS COSTUMBRES Y LA HISTORIA COMO FUENTES DEL DERECHO PUBLICO; DE LOS PRINCIPIOS UNIVERSALES DEL DERECHO EN SU RELACION CON EL MISMO OBJETO.

La primera fuente del derecho constitucional es la ley escrita, el estatuto fundamental en que el soberano o sus representantes determinan la composición y atribuciones de las autoridades, sus facultades y sus límites. Tales estatutos son llamados Cartas, o por antonomasia, *Constituciones*. Ordinariamente reciben el primer nombre cuando son otorgadas por un centro activo de poder, en el cual se haya concentrado una facultad omnímoda de gobernar y contienen franquicias y garantías concedidas a favor de los súbditos. Reciben el segundo nombre en dos casos. Se da el primero cuando una nación reclama de su gobierno, o el gobierno voluntariamente cede a la nación, derecho para compartir el poder político inicial, siendo entonces un verdadero pacto entre la autoridad tradicional y activa por una parte, y por otra, el pueblo o clase que entra a participar de la soberanía. Se da el segundo, siempre que una nación, indisputadamente poseedora de la soberanía, or-



ganiza su gobierno por instrumento formal, definiendo las reglas a que se ha de subordinar, y determinando las franquicias y garantías que deben quedar exentas de presión autoritaria y ulteriores menoscabos.

Pero los estatutos, por más perfectos que los pongamos, así se les considere científicamente, así por el lado de su adaptación al pueblo que han de regir, (lo cual les da su mérito político), son insuficientes para informar del derecho público de una nación, que nace de la manera de entenderlos y aplicarlos, antes que del sentido puramente teórico de sus máximas y preceptos.

Desde luego, es indispensable consultar la historia de cada nación para apreciar en su significado sustancial la doctrina de las cláusulas constitucionales, puesto que no sólo se proponen reglar las acciones futuras, sino coordinar los elementos que actúan cuando son adoptadas, y reparar a menudo extravíos del pasado o satisfacer necesidades gravemente sentidas (1).

(1) Un ejemplo lo esclarecerá:

La Constitución de los Estados Unidos, garantiza a cada Estado una forma republicana de gobierno y les promete protección en el caso en que peligre.

La Constitución argentina garantiza también a cada provincia una forma republicana de gobierno, y en el artículo 6.º, dice que el gobierno nacional interviene en el territorio de las provincias a fin de sostenerla.

Estos textos materialmente iguales, no tienen, sin embargo, el mismo significado, ni responden a las mismas necesidades en la Constitución argentina que en la de los Estados Unidos.

La guerra de la Independencia de los Estados Unidos, no se hizo sin contradicción. Esta contradicción no nacía solamente de la madre patria, que resistía a la emancipación de las colonias, sino también de un partido desafecto a la independencia, el cual una vez que ella había sido totalmente consolidada por la fuerza de las armas, se convirtió en un partido monárquico.



No es menos necesario consultar las costumbres, cuyo estudio se utiliza en dos sentidos. En primer lugar, ellas constituyen la verdadera ley (1) porque los preceptos escritos en los códigos son en sí mismos meras abstracciones, que los hábitos convierten en reglas concretas y eficaces, a veces desarrollándolos, a veces bastardeándolos (2). En segundo lugar, por poquísimo

Por consiguiente, cuando la Constitución fué dada, los hombres adictos a las instituciones republicanas, se encontraban ante el peligro de que cualquier Estado convirtiera la República en una monarquía, y se tenía presente el proyecto de coronar al obispo de Osnaburgo.

Cuando la Constitución argentina fué sancionada, muchos peligros corrimos, menos el de que las instituciones republicanas se transformaran en monárquicas.

Otros eran los temores que podían alarmar al legislador. El país había caído de la anarquía al despotismo; cada provincia argentina estaba regida por un gobierno personal y tratándose de radicar las instituciones republicanas era menester constituir regularmente sus gobiernos y defenderlos contra la ambición y la arrogancia de los caudillos, habituados a gobernar según su capricho, e invertir la forma republicana de gobierno, absorbiendo en el poder ejecutivo la suma de la autoridad.

De suerte que esta cláusula de la Constitución tiene afinidad con otras que prohíben por ejemplo, al congreso federal y aun a las legislaturas provinciales, invertir al poder ejecutivo con facultades extraordinarias; y alude a los atentados que los gobernantes ambiciosos y depravados podían cometer contra la soberanía republicana: la absorción usual de todos los poderes públicos en una autoridad, o mejor dicho, en un hombre y en su provecho. He ahí cómo de las circunstancias históricas en que se dicta una Constitución, se siguen interpretaciones que pueden ser completamente distintas, aun cuando los textos sean análogos o como en este caso, idénticos.

(1) Véase un ejemplo: el auto de *homine replegiando*, antigua garantía de seguridad personal en el derecho inglés, se convierte en Norte América, principalmente en Nueva York, en instrumento para auxiliar a los Estados esclavistas a conservar su misma institución. (Consúltase a Kent, tomo segundo).

(2) El derecho de reunión y petición, resorte normal de buen gobierno parlamentario en Inglaterra, ha sido casi siempre en Francia el más escandaloso recurso de la demagogia. Las ga-



que en el punto de partida difieran de la tendencia genuina de la ley, pueden llegar a separarse de ella tan abiertamente que la frustren y malogren por completo; y viceversa, llegarán tal vez a neutralizar sus consecuencias perniciosas, si regidas por sanas inspiraciones políticas o morales, se encaminan mejor hacia el fin a que las instituciones sociales deben aspirar (1). Y tan poderosamente como las costumbres, contribuyen las tradiciones a completar e interpretar la ley, a corromperla y destruirla también, por lo cual forman otra de las fuentes del derecho, ya que él es un producto vital, a cuya formación cooperan todas las evoluciones sociales, a menos de que los pueblos, haciendo y deshaciendo de continuo su organización, según los consejos fugitivos de la pasión o el entronizamiento accidental de teorías mal criticadas, vivan en perpetua crisis, sin consolidar institución alguna, ni asegurar bajo ninguna forma el orden público, ni la paz general. Las costumbres y las tradiciones son, por consecuencia, elementos complemen-

rantías de la Magna Carta Inglesa, especialmente destinadas a resguardar los privilegios del señorío, beneficiario de la conquista bretona por extensión paulatina, operada bajo la acción de las costumbres, son hoy día, aun en la parte no perfeccionada por estatutos posteriores, admirables defensas de derechos comunes a todos los súbditos británicos. Puede consultarse cualquiera de los buenos historiadores de la Constitución de Inglaterra, y aun a A. Thiers.

(1) La libertad de imprenta se ha consolidado en Inglaterra sin definición legal, por la simple asimilación de la industria tipográfica a todas las demás, y los hechos que hace cien años eran penados como delitos, son reputados hoy por inocentes y sus autores por inmunes, sin más salvaguardia que la costumbre, más adelantada y tolerante que la ley escrita. Consúltese a Fischel.



tarios del derecho escrito y forman parte de la Constitución; prescindiendo de ellas se privaría el observador de nociones indispensables (1) para abarcar en totalidad la materia de su estudio.

Para la correcta inteligencia del derecho público de una nación, son, a pesar de todo, insuficientes estos elementos locales. Las escuelas jurídicas que se apegan con exceso a la letra muerta de las leyes, hacen degenerar la ciencia hacia el empirismo, y ciegan con la ficción ciceroniana las fuentes de la justicia. Ni las costumbres ni las tradiciones, por su parte, merecen adhesión tan reverente que se les atribuya virtud superior, consideradas en sí mismas, que a los estatutos escritos, porque iguales vicios y malas tendencias pueden caracterizarlas. Ni finalmente, es la historia, fuera de los estrechos horizontes de la escuela utilitaria y positivista, medio de justificación definitiva de las leyes, porque la ocasión de definir las puede ser mal escogida o mal apre-

(1) Quien quisiera conocer el sistema de elección del presidente en la República Argentina y en los Estados Unidos, y lo juzgara por las reglas establecidas en las respectivas Constituciones, incurriría en el error más completo. Las costumbres políticas en ambos países han frustrado enteramente los designios de la ley. La elección, indirecta por la forma legal, ha llegado a hacerse directa, puesto que la táctica de los partidos ha despojado de su libertad e iniciativa a los electores de segundo grado, que no son hoy día sino comisionados para votar por candidatos de antemano determinados. Nada es necesario decir sobre los engaños a que daría lugar el estudio aislado de los textos legales, en países en que la tradición y la costumbre forman desde tiempo inmemorial la regla general de la vida política, como acontece en Inglaterra, ninguno de cuyos actuales y más importantes resortes de gobierno se encontrará definido en sus estatutos en la forma y con los modos de obrar que actualmente tiene.



ciada, y es cosa constante que el prurito de legislar se desarrolla en los períodos revolucionarios, los menos a propósito para trabajos que requieran madurez de espíritu y grandísima serenidad del ánimo; así que, aun cuando una institución sea explicada por la historia, no queda por eso justificada, puesto que no se justifica todo lo que se explica, ni es legítimo todo lo que es lógico. De aquí la necesidad de consultar los principios del derecho público, deducidos de las reglas del derecho natural, o inducidos del examen del derecho comparado.

Las sociedades humanas no se estacionan en ninguna forma, y la Providencia parece complacerse en disipar todos los sueños de inmortalidad y poderío de las nacionalidades y de los imperios. La predestinación que Aristóteles atribuía a su raza, ha sido sucesivamente pretensión jactanciosa de todas las que han constituido el núcleo de una grande hegemonía, y se la disputan hoy día los que aspiran a regir la vida humana bajo su inspiración o su yugo. ¡Cuántas mutaciones ha presenciado el mundo, para no excitar meditación sino sobre un corto período, desde que las cruzadas abrieron a los europeos el camino del Oriente! ¡Grandes prestigios hundidos, poderes colosales creados pieza por pieza, la faz de Europa y su equilibrio trasmutado, un continente entero informado en la civilización cristiana, previa la sustitución de las razas indígenas por enjambres europeos, mutaciones sin cuento, cambios radicales en el régimen político y civil, discordias religiosas, apostasías nacionales, consecuente corrupción de las cardinales máximas jurídicas, caí-



da del feudalismo, aparición y ruina de las comunidades, robustecimiento anómalo de la monarquía, prevaricación de los reyes, desmoronamiento final del absolutismo coronado, entronizamiento real o germinativo del absolutismo popular. Ante este cuadro de contradicciones y peripecias, sería insensato presumirse, por fatuidad nacional, poseedor de reglas inmutables de política, insusceptibles de mejora y crítica, exentas de corrupción y mortalidad, de transformaciones y variantes. Ningún estatuto inmovilizará una sociedad; ninguna generación puede ufanarse de que sus obras serán perpetuamente respetadas. Y en esta infinita mudanza, es menester, so pena de desorientarse, buscar acogida en las máximas y en los propósitos que constituyen la sustancia de las instituciones, visibles con claridad tan sólo cuando se las indaga a través de sus multiformes medios de realización (1); — porque en tanta variedad, hay un principio de humanidad, que la explica y consuela de los extravíos y versatilidades humanas.

Pero, ni del derecho natural, ni del derecho comparado, podemos prometernos otra cosa sino principios controvertibles o secundarios; por don-

(1) Se ilustrará esta idea con dos ejemplos. Sea el primero el derecho de disolución de las asambleas representativas que disfruta la corona de todas las monarquías constitucionales bien organizadas. En un régimen republicano, esta atribución daría al poder ejecutivo un recurso odioso de opresión; en los gobiernos mixtos es un resorte de libertad política. Las monarquías templadas adoptándolo, y las repúblicas rechazándolo, buscan sustancialmente un fin idéntico bajo formas divergentes, pero adecuadas a la índole de cada plan institucional.

Sea el segundo la libertad religiosa. Dadas ciertas composi-



de se ve la necesidad de remontarse hasta las únicas fuentes que producen reglas fijas, perentorias, circunstanciadas, que subyugan la razón y conquistan, por su propia naturaleza y la naturaleza de sus órganos, un asenso universal y permanente. Dios impera sobre el hombre, pero éste puede errar cuando interpreta su voluntad reflejada en los fenómenos de la vida moral y en las leyes que de esos fenómenos se inducen. Por eso Dios ha tomado posesión del mundo por el reino de Cristo, y lo ha ilustrado por medio de la revelación. La revelación cristiana es el camino, la verdad y la vida (1). Quiere decir, que no es tan sólo, como por una transigencia próxima a la apostasía, conceden publicistas ilógicos o cobardes, una simple y circunscripta ley de la conciencia individual, sino además una ley universal, precisa, definida, extensa y comprensiva, que abarca todos los caracteres, relaciones y esferas de actividad del hombre, en su ser solitario y en su ser social: en el gobierno y en la obediencia, en la buena y mala fortuna, en la ciencia y en la economía, y concediéndole que no en las formas, naturalmente mudables y acomodaticias, indudablemente en la sustancia y fines de todas las instituciones legales (2). Que sobre el derecho positivo rige el

ciones sociales, la libertad de cultos puede ser un medio necesario de armonía y pacificación. En sociedades de condiciones distintas, su negativa puede ser condición indispensable de paz, sobre todo en naciones sólidas, y de concederla, no seguirse, sino lo que tiende a evitar cuando es lógicamente establecida, es decir, la discordia y la anarquía.

(1) Ev. San Juan, Cap. XIV, v. 6.

(2) El estado no es órgano de la revelación, que opere sobre la conciencia humana por medio de la Iglesia; y por este ca-



derecho natural, confiésanlo de buena gana todas las escuelas que han roto con el letal empirismo de los legistas lisonjeros que prepararon en Europa el absolutismo monárquico. Sería, no obstante, infecundo reivindicar los fueros de la razón en las ciencias jurídicas, para caer en las contradicciones de la pura especulación filosófica. El derecho natural está inmutable e indefectiblemente fijado en el derecho divino (1).

rácter principal difiere, aun prescindiendo de todos los demás, de las falsas creencias paganas, formuladas en religiones nacionales, que son a la vez excluyentes y despóticas; pero rige todas las relaciones del hombre, porque rige todos sus actos sin excepción, definiendo todos los principios morales, esclareciendo todos los problemas de su origen y de su finalidad, constituyendo la familia en una entidad investida de carácter indeleble y de funciones sagradas por el sacramento del matrimonio, condensando todas las razas y naciones, en una sociedad visible, jerárquica y soberana. Nos liga con un vínculo de conciencia, sin contar con el Estado; pero no es ni puede ser extraña, al orden de la vida civil. La vida civil es una condición de la existencia y un medio de desarrollar la actividad humana, que tiene en mira un fin último y superior. Este fin, con el cual se conexonan todos los oreceptos morales, suprasensible y sobrenatural, constituye el dominio de la revelación, y a él deben necesariamente subordinarse todos los principios secundarios, prácticos y especulativos por cuanto, o son medios conducentes y adecuados para alcanzarlo, o al menos inocentes en cuanto no lo traban ni contrarian, o si no, en caso contrario, radicalmente ilegítimos y viciosos.

(1) De la máxima de derecho divino, según la cual, "toda potestad emana de Dios", desprendieron, por una sofística interpretación, la doctrina del *derecho divino de los reyes*, los legistas que en Europa apoyaban la ambición absolutista de los monarcas reforzados por los teólogos clmáticos y los protestantes de los siglos XVI y XVII. Este error extravagante, si se le considera científicamente, ha sido la divisa de todas las rebeliones de los reyes contra la Iglesia, terminadas en la ruptura del vínculo de unidad cristiana, en el despotismo del Estado y la apostasía de las naciones, una vez que la revolución ha llegado a completar la lenta obra de las viejas monarquías. Sería fácil demostrar cuán abiertamente choca la pretensión de los reyes y de los sofistas, que apoyaban su pretensión en de-



Negado el derecho divino, nada sólido le queda a la humanidad: el derecho meramente político, escrito o consuetudinario, adquiere ilimitada autoridad e ilimitada extensión, sin tener más título de legitimidad que su propia existencia; y es sin embargo, inútil protestar contra este título en nombre de la filosofía, porque ella no suministra sino conceptos subjetivos fundados en interpretaciones individuales de la ley natural. El estudio de la historia y del derecho comparado, podrá atenuar las consecuencias funestas de este respeto ciego a las formas adquiridas y a los derechos consumados; pero será impotente para eliminarlas del todo, por cuanto será impotente para remover sus bases y suprimir las condiciones en que nace y medra.

En una palabra; para declarar el derecho es indispensable comparar el derecho nacional, escrito o consuetudinario, histórico y tradicional, con el derecho extranjero, el derecho natural, y por fin y principalmente, con las reglas supremas y eternas del derecho divino.

trimento de los derechos de Dios y de la Iglesia, con los antecedentes de la monarquía en los anales religiosos y políticos del pueblo hebreo, con la doctrina y conducta de las cabezas coronadas en los siglos de fe, con las máximas más puras de los grandes teólogos y publicistas de la cristiandad, y el poder, constantemente defendidos por la Santa Sede, fiel a los principios que dieron su heroico aliento a San Gregorio VII; pero basta para esta simple nota aclaratoria, recordar a los lectores bien informados, las controversias que desde el siglo XVI trabáronse entre protestantes y católicos sobre esta materia, a las cuales pertenece el libro *Del rey y la potestad real* del padre Mariana, cuyas teorías sociales distamos mucho de aceptar íntegramente, pero que sirve en la historia literaria para probar la resistencia de los pensadores católicos a la enorme y funesta paradoja del derecho divino de los reyes.



III

PUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Determinadas las fuentes generales del derecho constitucional, quedan implícitamente determinadas las fuentes especiales del derecho argentino. Además, las provincias argentinas, en virtud del sistema federativo adoptado en la República, poseen todas las facultades del Estado, excepto las conferidas con carácter de exclusivas, al gobierno nacional, aquellas cuyo ejercicio les está prohibido, y las que sin ser exclusivas pertenecen al gobierno nacional y por su naturaleza no podrían sin repugnancia y contradicción, ser ejercidas por las provincias (1), simultáneamente con la nación.

La autoridad de la provincia es, por consiguiente, vastísima; y sin estudiar sus estatutos y su vida política, no sería dable conocer completamente la estructura general de las instituciones y todos sus caracteres. En el principio cardinal del federalismo va envuelto el de la libertad municipal; o más bien, el federalismo es una teoría de gobierno, cuya base se encuentra en la doctrina de las franquicias municipales. Por eso la constitución comunal es otro elemento necesario del derecho público argentino. Finalmente, los poderes nacionales en el ejercicio de sus funciones, las provincias al constituirse, y sus autoridades en el desempeño del cargo que les incumbe respectivamente, así como

(1) *Federalista*.

los municipios en su formación y en su marcha, están obligados a conformarse a la Constitución, a las leyes constitucionales, y a los tratados de la nación; porque ellos forman la ley suprema del país (1), que tiene un órgano establecido para conservar su imperio, rectificando los errores de todos los poderes y manteniendo el equilibrio interprovincial. Este órgano es la justicia nacional. De aquí se sigue que las sentencias de la Suprema Corte Federal, por ser interpretaciones genuinas y obligatorias de la Constitución, son otra fuente del derecho constitucional argentino.





DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTIAS



CAPITULO I

SUMARIO: I. Declaración constitucional de derechos y garantías. — II. Examen de la teoría en que esta legislación reposa. — III. Variación y estado actual del derecho argentino respecto de la condición jurídica de los extranjeros. — IV. Crítica de la declaración constitucional de derechos y garantías.

I

DECLARACION CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y GARANTIAS

El primer capítulo de la Constitución argentina consta de una enumeración de derechos y garantías, en cuyo goce declara iguales a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros. Estos derechos son de dos categorías: los que se basan en la ley natural, y que por consi-



guiente, la ley positiva debe definir y garantizar; y los que, aun cuando se ligen remotamente con principios superiores, no son su derivación necesaria, nacen de circunstancias accidentales, tienen un carácter secundario, y varían, por fin, en sus formas de aplicación y en la latitud de su ejercicio. Considerando una y otra categoría en abstracto y sin relación a ningún caso particular, trataremos de demostrar ante todo su legitimidad.

II

EXAMEN DE LA TEORIA EN QUE ESTA LEGISLACION REPOSA

Es un axioma elemental, que todos los seres tienen un fin y una naturaleza adecuada a su fin, dado que tienen un autor soberanamente inteligente, e infinitamente bueno y libre (1); y es del mismo modo ciertísimo, que sólo el hombre es agente de su fin particular, puesto que es el único capaz de conocerlo, y el único que (en virtud de su libertad) puede alcanzarlo meritoriamente. Así se ex-

(1) En el último análisis, por *materia* entendemos el átomo cuya agregación y desarrollo componen los cuerpos y los organismos. La filosofía necesita explicar cómo se individualiza la materia, o de otro modo, cómo y por qué ciertos átomos se agrupan y dan por resultado un metal, otros una flor, otros un hombre. Si se supusiera que tienen afinidades que los combinan necesariamente, de suerte que den determinados resultados, se negaría su identidad primitiva y universal, y no se haría otra cosa más que desalojar la dificultad y postergar el problema. Pero esa hipótesis es contradicha por la experiencia diaria. Los elementos primitivos de la materia no tienen afinidades intrínsecas y específicas que los hagan llegar a ser una cosa con preferencia a otra. Es experimental este axioma: co-



plica la ley moral que nos dirige, guiando el entendimiento a la adquisición de la verdad, la energía a la práctica del bien, la sensibilidad a armonizarnos con lo bello en lo visible y en lo invisible; y en una palabra, el hombre a Dios, supremo autor y fin último de las criaturas racionales.

El hombre que de esta manera se conoce a sí mismo, y al afirmar su personalidad, afirma sus atributos, conoce su responsabilidad en conexión

ruptio unius, generatio alterius. La tierra se engrasa para mejorar la vegetación, con restos animales, lo mismo que con restos vegetales. Luego, los cuerpos absorben y convierten a su forma sustancial, elementos que han pertenecido a otra forma: el cuerpo muerto se descompone y entrega sus elementos; el cuerpo vivo los atrae y se enriquece con ellos. ¿Será la vida el principio determinante de estas transformaciones? Pero si cuando la vida desaparece de un cuerpo, las moléculas del cuerpo son reducidas a una nueva forma en otro cuerpo vivo, quiere decir que la vida es distinta de la materia. Luego tiene una causa extraña a la materia. Las transformaciones accidentales de la materia suponen una causa inteligente; pues de la misma manera la suponen, y con mayor razón, sus transformaciones sustanciales bajo la acción del principio vital. Si se arguyera que las variedades producidas en las especies por la selección artificial, dan prueba de la capacidad de la materia para diversificarse por la selección natural y el conflicto vital, la objeción sería desatada sin grande esfuerzo, reflexionando ante todo: 1.º, que la selección artificial se apoya en el principio vital y en su vigor, dirigiéndolo a absorber elementos deliberadamente escogidos; 2.º, que la selección artificial produce transformaciones accidentales, no sustanciales; que las formas primitivas y naturales de las especies subsisten al lado de las artificiales; y que cesando el esfuerzo del artificio, los tipos nuevos desaparecen o vuelven a los primitivos y naturales. Nadie ha visto aparecer una forma sustancial nueva: nadie ha visto el rastro de las formas intermedias, que la teoría de la evolución supone; y cuando para salvar de este extremo, se pretende explicar todo, suponiendo que millones de años han medlado para una conservación de especie, y que ese lapso inmenso de tiempo hace desaparecer los escalones de la evolución, se apela a las hipótesis con las cuales no es dable refutar la experiencia, y muchísimo menos si se procede en nombre del método positivista.



con la ley moral y el logro o la pérdida de su destino fatal, por una intuición inmediata que se impone a su espíritu y le subraya sin necesidad de demostración, como una verdad primera; y para valernos del lenguaje pintoresco aunque inexacto de Kant, como una forma de la Razón.

Ahora, cualquier acto ajeno y cualquiera presión exterior que traben al hombre en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus facultades, según las reglas de la ley moral, que “tienen para la razón práctica la misma fuerza que los axiomas científicos para la razón especulativa” (1), tienden a frustrar el fin superior a que él debe necesariamente encaminarse; y no le es dable consentirlos, porque no le es dado eximirse de la responsabilidad que se sigue de su inteligencia y de su libertad.

Si cada cual debe desempeñar esta responsabilidad y desenvolverse moralmente, cada cual puede reclamar que se le respete en el uso de todos los medios apropiados a un objeto, del cual no le es lícito desinteresarse ni alejarse; y como la ley moral rige a todos, y los medios de cumplirla son comunes a todos los hombres, se sigue que la facultad personal de obrar en las direcciones indispensables para su observancia, es una facultad universal que a todos pertenece y a nadie puede ser negada sin flagrante sublevación contra la eterna ley que la genera.

Que tal facultad determina una franquicia exigible, cuyo goce debe ser protegido por la sociedad, es un principio que reviste la claridad mayor, una



vez que se estudia el carácter, y la naturaleza de la potestad que ésta reviste.

La sociedad es condición natural de la existencia del hombre, y es naturalmente soberana. No es un ser, pero es una entidad moral. Por lo tanto, está subordinada a la ley universal, y tiene un ministerio que por fuerza debe ser armonioso con el de los individuos que no pueden vivir y desarrollarse sino en su seno y obedeciéndola. Aunque su autoridad sea legítima y completa, es secundaria y limitada (1). La consecución del fin sobrenatural es el objeto superior de la actividad de los hombres. Luego, ella no puede entorpecer su desarrollo, y está por su ley particular obligada a estorbar que actos siniestros la entorpezcan en perjuicio de muchos. Quiere decir que, no pudiendo el hombre vivir sino bajo el poder social, necesita exigirle que le garantice la universal facultad de desenvolverse y obrar en desempeño de sus responsabilidades morales. O lo que es igual: la sociedad está obligada a definir y resguardar invulnerablemente las franquicias que los hombres necesitan para ejercer todas las funciones y cumplir todos los deberes que constituyen su ley superior. A las franquicias de esta naturaleza llamamos derechos.

Hay derechos, por consiguiente, que tienen su raíz y medida en los deberes morales, y que, siquiera nazcan en la sociedad y con la sociedad, no nacen de ella (2).

(1) *Omnis potestas a Deo.* (S. Pablo, ad Rom. XIII, 1).

(2) La inteligencia del hombre lo lleva a buscar el conocimiento de la verdad; pero no la abarca en una sola visión. El



Las leyes positivas los definen: no los crean. Su noción es primitiva, porque la capacidad de la persona humana y el estado social son hechos inseparables en la experiencia. Son inviolables, porque su idea es indiscernible de la idea de la justicia. Son inalienables, porque abdicarlos equivaldría a rebelarse contra las responsabilidades y deberes que los engendran. Son, finalmente, imprescriptibles; porque su usurpación o su renuncia vulneran

espíritu humano carece de la unidad, del conocimiento; y es eso lo que en la serie de los siglos ha buscado, buscando la síntesis de las ciencias, ya en la filosofía, ya en la religión.

Cuando el positivismo deja de ser un método y se convierte en doctrina, y los elementos pensadores de la sociedad se precipitan en la pendiente del materialismo, la humanidad se aleja de la ciencia, porque se aleja de su ideal supremo. Pero aunque ésta sea una aspiración del hombre, jamás la satisfará. No puede conseguir la verdad sino fragmentariamente y con esfuerzo. Pascal decía: "El hombre necesita raciocinar; el hombre es capaz de raciocinar; en la capacidad del raciocinio está su grandeza: en la necesidad del raciocinio está su pequeñez".

El hombre no es sólo inteligente sino también sensible. Vibran cuerdas simpáticas en nuestra naturaleza, en presencia de lo bello, de lo grande y de lo noble. Nos arrastran impulsos, como la amistad y el amor. Pero la misma sensibilidad nos engaña, y subleva tempestades en que la razón y las pasiones traban porfiada lucha. ¡Los grandes hombres no son a menudo sino individuos en los cuales las pasiones grandes han conseguido dominar las mezquinas! El hombre no se explica sin la pasión: y ella es una fuerza impulsiva, al mismo tiempo que una fuerza deprimente.

Fuera de ser inteligente y ser sensible, el hombre es libre; pero no puede todo lo que quiere. Así como sus pasiones tienen extravíos, de la misma manera su libertad se encuentra trabada por la desproporción entre los propósitos que pretende acometer y las fuerzas de que dispone para conseguir sus objetos; y además de esta limitación de la libertad (que es en suma la iniciativa que tenemos en nuestras acciones) el hombre siente que no puede querer racionalmente todo aquello que le halaga en un momento dado. La noción del bien y del mal impele al hombre en una dirección y le aleja de otras; hay en el concurso de todas las propensiones, una propensión, y sobre todas sus



leyes eternas y agravan todas las generaciones despojadas. Tal es la doctrina que deben acoger los pensadores que detesten el socialismo pagano, conmovido por Moisés y derribado por Jesucristo (1).

facultades, una facultad, cuyo consorcio le lleva, discuriendo de lo conocido a los desconocido, de lo transitorio a lo permanente, de lo finito a lo infinito, a reconocer a Dios, fuente de toda vida y de toda ley.

El hombre sabe que su fin y su naturaleza, tienen relaciones gobernadas por una ley; y que esa ley emana del origen de la vida: del Único que tiene en sí la razón de su existencia, del Único que existe por sí mismo, es decir, de Dios.

El hombre, pues, se encuentra sujeto a la ley divina.

Si le suponemos aislado y solo en relación con Dios, la noción del derecho no tiene asidero ni sentido.

El hombre tiene deber de obediencia y de admiración hacia Dios.

El cumplimiento de estos deberes satisface su conciencia y le sugiere una esperanza; pero de ninguna manera le da convicción de un derecho. Del hombre a Dios no media sino un vínculo: el del deber...

La noción del derecho nace de la asociación, es decir, de la concurrencia de varios sujetos de un deber, sustancialmente uniforme, y que por necesidad viven, obran y se desarrollan en un campo de acción común, en que todos deben respetarse recíprocamente. Por eso decimos que el derecho nace con la sociedad, sin convenir en que ella sea su fuente — negándolo al contrario, porque todo estatuto social reviste un carácter precario que es incompatible con la naturaleza del derecho.

(1) Pocos ejemplos bastarán para persuadir al lector de que la organización de las sociedades paganas, bastante bien estudiadas por Benjamín Constant, pero malísimamente calificadas, en ningún tiempo de la historia han asegurado la libertad civil.

"Nuestros padres, decía Cicerón en el *Libro de las Leyes*, (II, 22.), pusieron a los que mueren en el número de los dioses..." De esta superstición nacieron el culto de los manes y de los lares, y el rito del hogar, fundamentos de la familia patriarcal en Roma y en Grecia como entre los hindúes, y de la familia patriarcal, la *gens*, la curia, la fratria, instituciones en que se desenvuelve y ensancha el culto de los dioses domésticos. La ciudad antigua, como lo han demostrado Fustel de Coulanges y Willems, es la Iglesia y la familia de las tribus: el pritáneo es el templo y el altar de los manes y lares de la ciudad: el culto de

Pertencen a la segunda categoría aquellas franquicias que no está obligada la potestad social a reconocer en todo tiempo y lugar, mediante a que no derivan de una necesidad estricta, universal ni permanente, comprendida en el derecho natural.

Vesta es el rito del hogar urbano: los banquetes religiosos, las caristas cívicas, son una transformación de las libaciones domésticas, confesionales en los tiempos primitivos y más tarde puramente simbólicas. Todos los principios y formas de la sociabilidad irradian como de su foco, de las tumbas-altares y del fuego perpetuo encendido en honra de los lares de la familia o del pueblo. Ellas son los penates, confiados por la sombra de Héctor a la piedad de Eneas cuando se "derrumbaba Troya desde la alta cumbre" (*Eneida*, libro 2.); el altar que el viejo Priamo defendía con su "Impotente dardo"; y a cuyo lado "resbalando en la abundante sangre de su hijo caía bajo el acero de Pirro" (*Eneida*, libro 2.); los que el pío colonizador del Lacio, en pos de sus dramáticas aventuras saludaba en las orillas del Tíber: "¡Salve, oh tierra que me debían los hados! ¡salve oh vosotros también, fieles penates de Troya!" (*Eneida*, libro 7). La patria potestad provenía del sacerdocio familiar: la potestad real provenía del sacerdocio urbano; de tal manera que cuando en Grecia, el poder político pasó al Arconte, continuó el rey investido del sacerdocio. El culto del dios Término era la base ritual y jurídica de la propiedad, así como el dominio territorial de la soberanía urbana.

Estos antecedentes explican a la vez las discordias intestinas de la sociedad romana cuando la religión primitiva decayó, abriéndose camino una nueva teogonía, es decir, la lucha del patriciado preponderante con la plebe inquieta bajo su yugo; y el genio y el vigor de la sociedad, recibidos de sus remotos fundamentos. El interés social reemplazó al dogmatismo como principio de gobierno, pero el despotismo del conjunto sobre los individuos no podía disminuir porque cambiara su agente o se alterara su criterio. En Roma bajo los emperadores lo mismo que bajo la República, esto es, bajo el cesarismo democrático como bajo el privilegio patricio; en Atenas, bajo la omnipotencia de la multitud; en Lacedemonia bajo la aristocracia militar, el estado se arrogaba el papel de fuente exclusiva del derecho, intérprete superior de la verdad; y de ahí su dominio universal sobre todas las esferas de relaciones y de actividad, que nadie controvertía, ni en el terreno de los hechos, ni en el terreno especulativo, profesada por Licurgo y por Numa, lo mismo que por Aristóteles y Cicerón, malgrado de todos los



Puede darse caso de que se relacionen con el derecho natural, pero remotamente y sólo por cuadrar determinadas circunstancias o condiciones sociales. Puede darse caso también de que sólo tengan relación ya con la forma de gobierno adoptada,

contrastes que trastornaron a través de los siglos, la forma de los gobiernos. Cuando J. J. Rousseau definía al hombre en el estado civil como una unidad fraccional cuyo denominador es la sociedad, y preconizaba por superior e ideal aquella organización de gobierno que más completamente desnaturalice al hombre y absorba su individualidad, no hacía más que convertir en principio la regla culminante y característica bajo la cual estuvieron instituidas las antiguas Repúblicas. En ellas la libertad política confería a cada individuo el derecho de contribuir a despotizar a los demás hombres, pero sin poder eximirse de ser a su turno tiranizado por todos. Esta situación ventajosa no era gozada, sin embargo, sino por los que heredaban (*politai* o *ciudadanos optimo jure*) el privilegio de los iniciados antiguamente en los ritos urbanos. La esclavitud, el desheredamiento del ilota, pieza de caza para los jóvenes ciudadanos de Esparta, la enemistad del extranjero, el enclaustramiento de los nacionales dentro del territorio, eran consecuencias y aún condiciones necesarias de aquella institución. Su rasgo prominente salta a los ojos: consistía en hacer de la religión un sistema de creencias y leyes y ceremonias puramente locales, definidas y conservadas por la autoridad del Estado. Así, la nacionalización de los dioses extranjeros fué un medio de radicar la hegemonía romana del mundo, y Alejandro Severo pretendió atraerse la sumisión de conciencia de los cristianos, admitiendo a Jesucristo en el número de las deidades nacionales.

Análogos caracteres encontramos en los antiguos estados cultos de nuestro propio continente. El doctor don Vicente F. López (*Les Races Aryennes du Pérou*) ha fundado en datos lingüísticos y mitológicos una hipótesis histórica, sobre la cual nada podemos decir competentemente; pero si observáremos que hay en el derecho público de los peruanos circunstancias que la robustecen. En la época de la conquista española conservábanse aún rastros de ritos análogos a los de la religión social de las naciones indo-europeas del antiguo continente. Los antiguos dioses nacionales se llamaban *huacas*, como los sepulcros: el conopa recuerda vivamente los penates y la huaca doméstica trae a la memoria dos elementos de la primitiva sociabilidad grecorromana: la tumba paterna conservada en el recinto contiguo a la habitación de la familia, y el rito gene-



ya con los antecedentes de la formación histórica de una nacionalidad, con sus costumbres arraigadas, con sus vicisitudes, su estado de cultura, sus condiciones económicas, u otros fenómenos sociales, completamente extraños al derecho natural.

radar del derecho de propiedad. Los peruanos practicaban además la libación fúnebre, el banquete público como en el pitáneo griego, el culto del Sol (análogo al de la Vesta romana), padre del Imperio, como era Vesta el hogar urbano: tenían el *aillo*, que no es acaso, sino como sus análogas, la *gens* y la *fratria*, un desarrollo en la esfera política, de núcleo familiar, acrecentado por la agnación en virtud de iniciaciones litúrgicas. El sacerdocio doméstico se transformó verosímilmente en una aristocracia levítica bajo la dinastía de los amautas, y por fin en el cesarismo teocrático de los incas, siguiendo con mayores o más leves alteraciones, la serie de fenómenos patológicos de las sociedades congéneres. Un carácter permanente le da relieve y unidad en todas sus épocas y formas: el poder omnímodo del Estado, convertido en manantial del dogma, de la moral y del derecho: su dominio sobre todas las fuerzas individuales y colectivas por la constitución de la propiedad, la legislación del matrimonio y la educación de los niños, en virtud de serie trasladadas la soberanía y las funciones peculiares de la familia.—El concepto de los *gobiernos paternos* es genuinamente indo-europeo.—Los absolutistas modernos lo tomaron de los legistas del Bajo Imperio.—Tal vez la hipótesis del señor López sea desvanecida por nuevas indagaciones, en lo que tiene de absoluta; no falta quien ligue los orígenes de la población peruana con antiquísimas emigraciones chinas, apoyándose en dos datos: la similitud de nombres de varios puertos del Perú con otros del Celeste Imperio: la analogía de lenguaje entre cierta población del Perú y los colles; pero esta nueva hipótesis no destruiría la primera por completo. El Perú era un país de castas, y las castas han sido resultado de la multiplicidad de colonizaciones y conquistas sobre los territorios en que han aparecido. Sea de ello lo que fuere, para nuestro objeto basta poder comprobar la analogía de instituciones del Perú con los antiguos Estados de Asia y de Europa en su punto sustancial.

Consideraciones muy semejantes sugiere el estudio del imperialismo feudal de Méjico. Atravesara o no el país, cuando sobrevino la conquista española, una época de transición, la verdad definitivamente averiguada es que en la sociedad mejicana todo era por entonces sacrificado al empeño de consolidar





Estas franquicias pueden ser convertidas en derechos por la autoridad de la ley, que es irrecusable, en tanto que sea legítima por su origen y su concordancia con los principios morales que jamás debe perder de vista. Afirmar que la ley es

el imperio de los aztecas. En medio de todo, se traslucen principios que debieron presidir la sociedad antes que las revoluciones o las conquistas la transformaran: la adoración de los dioses penates en las familias más humildes, los entierros domésticos y el fuego perenne de los *teocallis*, último fulgor tal vez de un antiguo culto urbano o nacional. En la escritura y diversas artes, Méjico aventajaba al Perú, pero no parece sino que esta superioridad le condenaba a ser más lógico en las aplicaciones del error inicial de sus instituciones. Había hecho del comercio un instrumento de dominación protegido por la ley con privilegios que atentaban contra la seguridad general, contra los cuales eran impotentes los gremios industriales formados para resistirle. El comunismo peruano implicaba la igualdad: el señorío mejicano era feudal: el dominio *pro indiviso* de las calpullas recuerda los tziagos de Rusia, y la condición del *mayerque*, las desventuras y las miserias del *fallah* de Egipto. Las ferias del último día de la semana (el 5.^o), bajo la vigilancia de los oficiales públicos, subordinaban los intereses y derechos de la vida económica a las conveniencias generales interpretadas por el gobierno. Por otra parte, la poligamia era permitida en las clases superiores, al revés que en Egipto (*Diodoro*, lib. 1, § 80). —Así ninguna resistencia podía encontrar el despotismo: los pobres carecían de influencia y poder eficaz, aunque gozaran de la salud moral que infunde la vida de familia: los ricos sacrificaban su influencia, perdiendo su vigor en la molición, que destruye y envilece las razas polígamas.—El código draconiano de Nezahualcoyotl y el papel censor y dogmático de las academias de Tezcuco, acabarían de caracterizar la sociabilidad de Anahuac, si no revistiera sus formas más detestables en el rito supersticioso y feroz de Tezcatlipoco. Siendo la religión nacional en su fuente y su designio, la inmolación de los prisioneros era acto colectivo de culto, y se devoraba su carne en odiosos festines en holocausto por la salud de todos. El socialismo pagano llegaba en Méjico a su extremo más brutal.

Pues si respecto de Méjico no es dable formar iguales conjeturas que respecto del Perú, y aun las relativas al Perú pueden llegar a ser desechadas, siempre que a lo menos se reconozca la identidad de espíritu de sus instituciones con las del antiguo continente, será menester convenir en que una causa extraña a

la fuente de todos los derechos, es una enorme paradoja; pero no es menos enorme sostener que nunca puede ser fuente de derecho. La primera doctrina destruye las reglas superiores de justicia a que las naciones están subordinadas en el orden civil:

la filiación histórica de las nacionalidades, explica la innegable armonía de todas las instituciones que no se fundan en las bases derivadas del dogma cristiano. Reforzaremos este punto de vista con dos ejemplos más.

Ninguna nación de la antigüedad superó al Egipto en el conjunto general de su civilización; no obstante lo cual, habiéndose formado sus diversos Estados por conquistas y colonizaciones sucesivas, la sociedad egipcia llegó a ser una composición jerárquica de castas, aumentadas poco a poco, aun por operaciones orgánicas y legales para satisfacer necesidades especiales como en el caso de la casta de los intérpretes, creada para servir de vínculo intelectual con la Grecia.—El imperio pertenecía a las dos que conservaban hereditariamente el privilegio de las razas victoriosas: la casta sacerdotal que monopolizaba la ciencia, la militar, que monopolizaba la fuerza.—Los conceptos elevados eran reservados de la muchedumbre, a quien se dejaba hundida en un fetiquismo vil. Teniendo por base una religión nacional, como todos los Estados antiguos, y no pudiendo llegar a la intolerancia teológica, concedían a las castas subordinadas la franquicia de conservar sus ritos más groseros, y como éstas eran ignorantes y supersticiosas, convertían en dioses los símbolos jeroglíficos del universo y de la religión, como el gavián y el escarabajo, y se desenvolvía, con el consentimiento de los sabios y la complicidad de los filósofos, cegados por una ilusión caliginosa, la adoración de los cocodrilos, de los gatos, del buey de Menfis, el cabrón de Mindes, y el león de Leontópolis.

Dos historiadores antiguos (Herodoto y Diodoro de Sicilia), explican dos formas diversas de creencias de una vida ulterior: la que atribuía al hombre el eterno reposo sepulcral, y la que atribuía al alma una serie de encarnaciones en toda la escala zoológica, hasta volver a la forma humana tras de un ciclo de tres mil años. Heeren es de parecer que ambas hayan coexistido, siendo parte la primera de la religión popular, y la segunda, profesada por el sacerdocio, en razón del aire de sistema científico que encontraba en ella. La creencia en la vida futura, bajo cualquiera de ambas formas, no podía dar a la moral ni a la religión un carácter que emancipara la conciencia del despotismo del Estado, y que por consecuencia, engendrara un





la segunda las arroja a las sombrías aventuras de la demagogia; sobre todo cuando la decadencia de la fe religiosa constituye a cada hombre en intérprete arbitrario de la ley moral. Consiste el primer sofisma en atribuir a la colección un poder

concepto del derecho capaz de determinar las libertades civiles.

Varían mucho los historiadores al designar el número de castas que constituyen la jerarquía social de la India. Diodoro, que me parece, por otra parte, muy mal informado de las cosas indias, asegura ser siete: otros reducen las capitales y primitivas a cuatro, todas puras a saber; tres regeneradas (Brahmas, Ketris, Valsyas), y una no regenerada (soudras), admitiendo, sin embargo, no sólo la *impura* nacida de la mezcla de cualquiera de las tres primeras con la de las soudras, sino otras muchas cuya formación es ignorada y puede atribuirse a conquistas de grupos independientes, hasta el número de ochenta y cuatro a que las eleva Thevenot, exageradamente tal vez. Bástanos aquí considerar el hecho en globo.—Esta división estriba en creencias religiosas y filosóficas, definidas por el Estado, cuyo gobierno ejerce el rajah, subordinado a la casta brahmínica. La metempsicosis y la absorción sustancial de los espíritus en el Ser Supremo son doctrinas que inmovilizan y extirpan cualquier fuerza reactiva que los instintos naturales pudieran suscitar contra el avasallamiento de las clases inferiores por las más elevadas.—La libertad civil jamás podría germinar bajo un sistema semejante.

Despréndese de lo dicho, que todos los Estados paganos ejercen un despotismo, fundado capitalmente en la potestad que invisten como órgano de la religión nacional.

El maravilloso papel de la nación hebrea en la historia religiosa del mundo y su organización civil, relegaban las cuestiones teóricas del derecho público al radio de las cosas secundarias y así, no es posible encontrar en su legislación una política positiva bien definida. No obstante, indaguemos su espíritu en sus diversas peripecias. Después del cautiverio de Egipto, las tribus abrogan la antiquísima forma patriarcal para aceptar la dictadura mosaica; sigue la federación de los jueces; más tarde la monarquía surgente de la conjuración de Ramá; a ésta la secesión de Israel y el establecimiento de la segunda monarquía, la expatriación del pueblo que lloraba sus desventuras en Babilonia, y esparcía por el mundo sus esperanzas sobrenaturales. En este drama se mezclan sus glorias y sus fidelidades con sus ingrattudes y sus traiciones, las profanaciones del suelo por multitud de extráneos y del alma por la

sin límites derivado de la independencia completa y la absoluta libertad de los individuos ligados en comunidad mediante un contrato; y el segundo en negarle el que legítimamente le corresponde por

idolatría, las luchas del pontificado, sus avances y sus nobles sacrificios por la justicia y la libertad, los profetas hablando en nombre de Dios y arrojando, como Jeremías, la enemistad de los grandes y de los poderosos bajo el impulso de un generoso patriotismo; el gobierno militar de los Macabeos, y finalmente, el torbellino de miserias y desventuras que afirmó sobre ella el yugo de la conquista romana. Pues en medio de estos rasgos flotantes e indecisos de su fisonomía, la idea de Dios domina la sociedad, aun cuando la sociedad la reniega.—Este concepto supremo destruye el principio pagano en que estribaba la ilimitada potestad dogmática del Estado sobre la razón y sobre la conciencia. No siendo la sociedad el ser superior entre todos los seres, su soberanía no es absoluta, sino derivada; existe una soberanía eterna inmanente en la eterna fuente de la vida, centro infinito de la verdad y del bien. Así la soberanía que gobierna al hombre reside en Dios: la sociedad sólo es soberana en cuanto le compete interpretar la ley divina sobre las criaturas. Tal es la doctrina categóricamente fundada en todos los textos bíblicos relativos a las grandes revoluciones hebreas. Una ley es impuesta al pueblo: el Decálogo, la suma del deber, ley inmutable y divina, fuente de todos los derechos por ser la regla universal de las relaciones de los hombres en todos los círculos de su actividad; pero todas las leyes orgánicas y secundarias provienen del consentimiento de la sociedad. De esta suerte, Moisés consultaba la nación, y la nación por boca de los ancianos pronunciaba su aquiescencia. Mil cien años antes de Jesucristo contra la voluntad expresa del sacerdocio, depositario de la tradición y de la ley, manifestadas por el nazareno Samuel, la nación estableció la monarquía y cincuenta años más tarde, cambió la dinastía acatando y consagrando la revolución victoriosa de David. Omitiremos detalles para llegar a un momento gravísimo. Después de las grandes reformas sociales de Esdras, cuando el pueblo había reedificado el templo, "construyendo con una mano y blandiendo la espada con la otra", la constitución político-moral de los hebreos fué rehecha en un acto popular y reducida a un instrumento legal, en la solemnidad de las Trompetas, cuatro siglos antes de nuestra era. Es cierto que las cosas santas y las cosas mundanas estaban confundidas en una sola legislación, cualesquiera que fuesen las alternativas que el predominio del sacerdocio corriera en la



ordenación de Dios, que le ha dado una autoridad independiente del beneplácito de los individuos sobre los cuales la ejerce.

serie de los tiempos, la cual abarcaba, desde la regla de fe en la región más elevada de la ontología, hasta las prescripciones de la higiene, todo cuanto en el orden religioso, civil y doméstico interesa a los hombres.—La doctrina era incompleta; pero encerraba germinativamente la solución del problema social. Colocaba a Dios arriba de la sociedad. Era necesario reducir aún más el papel del Estado, limitando la soberanía a la esfera determinada por su propia naturaleza. Tal ha sido la obra del cristianismo.

El dogma cristiano no tiene al Estado por órgano suyo, ni funda tampoco una religión meramente individual, según se pretende, pura y secreta relación de la conciencia humana con Dios: es un dogma universal que vincula todos los hombres en la misma fe y en la misma esperanza, por la Revelación y la Redención, y los congrega en una sociedad perfecta, eterna y soberana, distinta de la sociedad civil; de donde se sigue que coloca los principios morales conducentes al fin último del hombre, por cima de las leyes positivas, como base robustísima de los derechos que constituyen la libertad civil.

El socialismo moderno, y con él la escuela revolucionaria de Europa, que sólo siendo inconsecuente puede condenarlo, ha retrocedido a los conceptos políticos del paganismo, empeorándolos, a lo menos en la teoría, mediante a que todos los sistemas paganos estriban en un principio religioso, erróneo y grosero, pero al fin testimonio de acatamiento a la divinidad, y poderoso elemento para rectificar los excesos del capricho personal; al paso que el socialismo moderno y la democracia francesa e italiana, quisieran construir el sistema político sobre la negación del orden sobrenatural y la destrucción de todos los principios religiosos.—Hasta qué punto sería monstruoso el despotismo organizado sobre esta apostasía, indicarlo suficientemente los escándalos con que la horrorizado al mundo en los cortos ensayos que le ha consentido hacer el instinto conservador de las sociedades y la conciencia cristiana de la Europa.—El nihilismo ruso es un producto y a nada conduciría su amputación, aun siendo posible, mientras no se extirparan las raíces que lo alimentan.



III

VARIACIONES Y ESTADO ACTUAL DEL DERECHO ARGENTINO
RESPECTO DE LA
CONDICION JURIDICA DE LOS EXTRANJEROS

Los derechos de la primera categoría, por su propia naturaleza, y los que nacen de la ley, por cuanto ella al definirlos los declara necesarios para la paz social, deben ser, en tanto que pertenezcan al orden puramente civil, asegurados en beneficio de los nacionales y los extranjeros residentes, sin diferencia sustancial. La razón es muy clara. Si la sociedad inviste una facultad indestructible de gobernar, y forma en sí misma una condición necesaria de la vida humana, es evidente que debe amparar a todos los hombres en el uso de iguales franquicias y reconocerles idénticos derechos, como quiera que todos tienen en su seno el mismo carácter y están sometidos a las mismas reglas y presiones. La Constitución argentina ha llegado a las últimas consecuencias de la doctrina, declarando en su artículo 20 que, "los extranjeros gozan en el territorio de la nación de todos los derechos civiles del ciudadano". Esta declaración no es nueva, pero sintetiza, de todas maneras, una variación radical en el derecho positivo de nuestra sociedad, cuya historia puede ser compendiada en pocas palabras.

Ordenanzas y leyes de la corona, singularmente las de 1592, 1616 y 1680, prohibían por punto general la entrada de extranjeros en el territorio de América dominado por los españoles. Otros esta-





tutos, como el de Felipe III, en 1614, ratificado en 1680 por Carlos II, prohibían a los colonos tener trato mercantil de ningún género, bajo una sanción penal: la muerte y la confiscación, hasta 1799 en que la pena capital fué cambiada por la de seis años de presidio, quedando en vigor la confiscación. Estas leyes concordantes con el régimen prohibitivo en materias mercantiles, no eran mitigadas sino por condescendencias arbitrarias u odiosas. En 1602 se ordenó hacer en América “una limpieza de extranjeros”, de la cual fueron, sin embargo, exceptuados “los oficiales mecánicos”, y las autoridades coloniales estaban facultadas para admitir composiciones onerosas a los extranjeros a quienes creyeren prudente conceder hospitalidad en los territorios de su mando, en los términos y con las excepciones previstas en el título 27 del libro IX de la Recopilación de Indias.

Muchas circunstancias inclinaron el ánimo de los argentinos a más fraternales sentimientos hacia los extranjeros. Las prohibiciones mercantiles y la inmolación de los productores del Plata, bajo el capricho del comercio español, arnado del monopolio, remataron necesariamente de la miseria pública y privada, que se hizo evidente en el cuarto de siglo precedente a la emancipación; y al mismo tiempo que esta congojosa realidad abrumaba los espíritus con sus estragos presentes y sus horrendas perspectivas, traslucíase una esperanza de mejor fortuna dependiente de la libertad de los cambios, de la concurrencia industrial, del ensanche, en una palabra, de las relaciones del país con el extranjero. La revelaban la efímera prosperidad alcanzada por medio del comercio de con-



trabando, durante la ocupación de la Colonia del Sacramento por los portugueses; el impulso que siguió a la frustrada iniciativa del general Zeballos; los ejemplos del extranjero generalizados por Belgrano y sus aliados en el Consulado, por Vieytes y sus colaboradores en el *Semanario*, y finalmente, el rápido incremento del bienestar económico, que tomó una parte del virreinato durante la ocupación de Montevideo por los ingleses en la primera mitad de 1807. Difícilmente guerra alguna habrá redundado para un pueblo, en tan palpable provecho como las invasiones británicas de 1806 y 1807, para el Río de la Plata, si se considera la masa de preocupaciones que los ingleses removieron en la prensa y en los círculos familiares, el fecundo ejemplo de sus reformas aduaneras, y los vínculos que después de la victoria trabaron con ellos los nobles patricios, ansiosos de una regeneración social. Cuando en 1809, Moreno abrió con la mano del virrey Cisneros las puertas del Plata a las banderas extranjeras, dos hechos quedaban conquistados: la emancipación nacional, la reconciliación de los argentinos con sus hermanos de distintas razas y lenguas, bajo el amparo del derecho común y del interés universal.

Desde los primeros años de la emancipación nacional, se manifiesta claramente el espíritu humanitario de nuestra actual legislación. Así aunque el decreto de seguridad individual de 1811, no aluda en la generalidad de sus textos sino a los ciudadanos, al enumerar las garantías de que rodea los derechos personales, contiene, sin embargo, esta declaración: "*todo hombre* tiene libertad para permanecer en el territorio del Estado, o abandonar,

cuando guste, su residencia" (1); pero si se prescinde de él, y se disculpa su vaguedad, recordando la época embrionaria en que fué promulgado, y las circunstancias del gobierno que lo dictó, después de destruir la Junta Conservadora nacida de las escandalosas asonadas del 5 y 6 de Abril de 1811, encontramos en seguida del período de valiente iniciativa de la Asamblea Constituyente, declaraciones perentorias que prueban la solidez creciente de estas ideas. El Estatuto provisional de 1815, de origen anómalo y comunal, fuera de las grandes facilidades establecidas para obtener la naturalización, preconizaba los derechos de los habitantes del Estado, y reconocía iguales a nacionales y extranjeros, en su goce y garantía (2). Idénticas declaraciones contiene el Reglamento provisional de 1817, de origen orgánico y nacional (3); de suerte que aun cuando la Constitución de 1819, elaborada en medio de zozobras y desfallecimientos enervantes, no sea explícita sobre este punto, como tampoco crea privilegios en favor de los ciudadanos y deja, por otra parte, subsistentes todas las leyes y ordenanzas precedentes que no pugnen con sus preceptos (4), puede decirse que desde 1817, por lo menos, la igualdad de los extranjeros y nacionales, respecto de los derechos civiles, es

(1) Artículo 7 del decreto de seguridad individual, de 23 de Noviembre de 1811.

(2) Los derechos de los habitantes del Estado son la vida, la honra, la libertad, la igualdad y la seguridad. (Artículo 1.º). Todo hombre gozará de estos sus derechos en el territorio del Estado, sea americano o extranjero, sea ciudadano o no (artículo 2.º).

(3) Sección primera, capítulo I, artículos 1 y 3.

(4) Sección sexta, artículo 135.





un principio definido en las instituciones fundamentales de la República Argentina; y por consecuencia, una ley tradicional contemporánea de nuestra sociedad política, cuya existencia comienza, ante el derecho público de las naciones, con el acta de independencia del 9 de julio de 1816. Numerosas leyes excepcionales, odiosas o ridículas, fueron lanzadas contra los españoles durante la guerra de la emancipación (1810-1821), mas ellas no sólo tienen disculpa en el fanatismo que agita todos los pueblos en análogas circunstancias, sino que son, además, insuficientes para desnaturalizar el antecedente constitucional puesto en claro.

El tratado ajustado con Inglaterra en 1825 precisó, en favor de los ingleses, estos principios, incluyendo una particularidad que debemos hacer notar. El artículo 13 garantizó a los súbditos británicos el derecho de poseer toda clase de propiedades y de disponer de ellas "en la forma que quisiesen, o por testamento", concesión armónica con las doctrinas aceptadas desde 1817, pero cuya reciprocidad no estipuló Inglaterra ni habría podido estipular sin reformar radicalmente sus leyes. Los extranjeros no podían, en efecto poseer bienes raíces en Inglaterra: en el 7-8 de Victoria, les fué otorgada la franquicia de arrendarlos hasta por un plazo *maximum* de veintiún años (1), siendo requerida, como de antiguo, para adquirir inmuebles la *denization*, o naturalización imperfecta *ex donatione regis* (2) y sólo en el año 33 de Vic-

(1) Véase a Fischel, *Constitución de Inglaterra*.

(2) La *denization* confería el derecho de adquirir bienes por compra, donación o legado, pero no por herencia, en razón de



toria, (1870) ha sido declarada la igualdad civil de los extranjeros (1), es decir, cuarenta y cinco años después de celebrada la estipulación que comento. Largo sería enumerar otras concesiones gratuitas del mismo tratado, inferiores a la precedente, y con las cuales hemos excedido o nos hemos adelantado a las legislaciones reputadas como modelo de liberalidad. Desechadas las bases feudales del derecho, como las iniciaciones litúrgicas y patricias de los antiguos, prevalece el principio humanitario que ha arraigado en nuestras instituciones por su propia lógica, sin reserva ni compensación. Así, en tanto que los Estados Unidos, no obstante necesitar y promover la inmigración europea, conservan respecto de los extranjeros las antiguas leyes inglesas (2), sin más lenitivo que la facilidad de naturalizarse, la República Argentina ha destruido el privilegio de nacionalidad, bien como ha desenvuelto sentimientos de cordial fraternidad sin intermitencias ni reacciones.

Derribada la tiranía de Rosas que entorpecía en todo sentido el desarrollo institucional de la nación y reorganizada ésta por la Constitución y la reforma (1853-1860), la tradición consuetudinaria y legal fué solemnemente ratificada, en primer

que, siendo el beneficiado hijo de extranjero, su padre no podía transmitirle un derecho que no tenía. Por la misma razón, el hijo del *denizen* nacido antes de la *denization* no podía heredar por no haber recibido sangre con tal capacidad; pero no sucedía lo mismo con los hijos nacidos después de la *denization*. La *denization* no emancipaba del *alien's duty*. (Blackstone, lib. I, cap. N).

(1) *An act to amend the law relating to the legal condition of aliens and british subjects.*

(2) No excluyen el derecho de albinaglo (*droit d'aubaine*).



lugar por la declaración del preámbulo (1) y en seguida y principalmente por los artículos 20 y 25 de la ley fundamental (2), reproducidos unánimemente, como en prueba de general adhesión, por todas las constituciones de provincia, la mayor parte de las cuales, además, conceden a los extranjeros el derecho electoral activo o pasivo, a la vez, con restricciones o sin ellas, en el régimen de los municipios (3).

Apoyaba ostensiblemente la corona su legislación respecto de los extranjeros en el propósito de conservar la unidad religiosa: pretexto frívolo si se repara por una parte, en que idénticas restricciones gravitaban sobre todos los extranjeros, cualesquiera que fuesen sus creencias o las dominantes en la nación a que pertenecieran y por otra en que ningún rasgo distintivo de la colonización hispano-americana, ni su origen ni sus tendencias

(1) "... y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino".

(2) "Los extranjeros gozan en el territorio de la nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos, navegar los ríos y costas, ejercer libremente su culto, y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía ni a pagar las contribuciones forzosas extraordinarias..." (art. 20).

"El Gobierno Federal fomentará la inmigración europea y no podrá limitar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes." (art. 25).

(3) Conceden voto activo y pasivo, sin restricción Santa Fe, con restricciones: Buenos Aires, Córdoba y Salta, conceden el voto pasivo. San Luis, Mendoza, Ríoja, Catamarca y San Juan; defieren el caso a la ley, que generalmente es concordada con la opinión dominante, Entre Ríos, Corrientes, Jujuy, Santiago y Tucumán.



manifestadas en las leyes y en las prácticas y criterio del gobierno, permiten atribuirles el carácter de una colonización religiosa, cuyo tipo en el nuevo mundo sólo presentan las colonias puritanas. — “La fuerza de la fe” era en boca de los monarcas regalistas un disfraz hipócrita y una divisa mentirosa, para disculpar un despotismo suspicaz. — Era forzoso perseguir al extranjero para conservar las prohibiciones mercantiles, como era menester estorbar el incremento de la instrucción pública y alejar, según se pactaba solemnemente en las capitulaciones de Cabeza de Vaca, los elementos de cultura, aun indispensables para la administración regular de la justicia, si habían de mantenerse las colonias en completa servidumbre. — Esta ley es uno de los muchos elementos depresivos que constituían el plan del gobierno colonial; porque trababa a la vez la riqueza que da fuerza y la civilización que da bríos a las sociedades humanas.

No arranca tan sólo de un sentimiento expansivo, sino también de un cálculo racional, el vuelco que a este propósito sufrieron las ideas desde el nacimiento de la nacionalidad argentina (1). Si la sociedad, como decía Kant, es un comercio de ideas, sólo es fuerte y fecunda cuando sus vínculos atan todo lo que es humano, bajo el ideal

(1) La opinión va aún más adelante que la ley y tanto que a menudo se extravía. De estos excesos, emanan males muy serios. Llega el amor al extranjero al extremo de sacrificar nuestro tipo nacional en imitaciones serviles, trasladando ojos inaplicables, cuando no perniciosas, en el presente estado de nuestra sociabilidad, y creemos oponer teorías a la experiencia cuando sólo tenemos llena la cabeza de un empirismo exótico. Llega la condescendencia pública hasta presenciar sin inquietud



de la fraternidad cristiana. Por otra parte, los pueblos requieren el vigor vital que emana de la riqueza, y al decir riqueza, decimos producción, cambio, solidaridad industrial, todo lo que naciendo del interés, consolida y ensancha las relaciones regidas por principios superiores en virtud de la unidad del espíritu humano. No son otros los propósitos que envuelve la Constitución argentina. Esta República es todavía pobre y su organización económica imperfectísima. La razón es perentoria: los argentinos somos escasamente dos millones de hombres diseminados en más de cuatro millones de kilómetros cuadrados de territorio; y por consiguiente ni el territorio tiene valor, ni la sociedad tiene consistencia. Es evidente, entonces, el acierto de los designios de la Constitución, cuando prescribe que sea fomentada la inmigración, y ellos bastarían para justificar, por el interés nacional la igualdad civil de los extranjeros, si no bastaran los gravísimos principios morales y políticos en que estriba (1).

que extranjeros amparados por el derecho común se organizan atribuyéndose carácter y nombre de colonias, con menoscabo de la soberanía y del honor de la nación, exactamente como si en la República Argentina vivieran bajo las capitulaciones de Solimán.

(1) Siendo tan explícitas las garantías del derecho, ofrecidas por la Constitución a los extranjeros, y tan amplia su libertad para entrar al territorio, y existir o domiciliarse en él, que ninguna restricción se considera legal ni aún para estorbar la entrada de vagabundos, mendigos o perseguidos de la justicia, se puede poner en cuestión si el gobierno podría o no legítimamente decretar la expulsión de los extranjeros de determinada nacionalidad por razones de seguridad.

La expulsión de los extranjeros en tiempo de paz no me parece ser conforme al derecho natural, aunque la consienta el derecho positivo de casi todas las naciones cultas del orbe.



IV

CRITICA DE LA DECLARACION CONSTITUCIONAL DE DERECHOS
Y GARANTIAS

Como todos los ensayos de organización política de esta nación han tenido en mira asegurar la libertad civil, es constante la inclusión en todos nuestros documentos constitucionales de una declaratoria de derechos, análoga a la que forma parte del estatuto vigente, y por ello conviene considerar algunas de las capitales observaciones críticas que han solido oponerse a las disposiciones legales de su género.

Gerry y Madison, incitaron la famosa convención de Filadelfia (1787), a consignar en la Constitución algunas garantías de derechos preconiza-

con el cual está la legislación argentina en ventajosa divergencia; pero en tiempo de guerra la expulsión es de derecho natural, según lo entiendo, siempre que sea necesaria para la defensa nacional. El derecho internacional reconoce como de pura gracia la residencia de los súbditos del soberano enemigo en territorio del beligerante y sólo de derecho en cuanto repose sobre estipulaciones formales entre los Estados en guerra. Reconoce igualmente el derecho de cada Estado beligerante para estorbar la salida de un extranjero, súbdito del enemigo, si la reputa peligrosa por el conocimiento que accidentalmente o adrede haya podido adquirir, respecto del país y sus medios de defensa. Estos principios generales se derivan del derecho de soberanía y conservación de las naciones; y las leyes protectoras de los extranjeros en los países que los atraen para fomentar su riqueza y su cultura, no pueden despojarlos de los medios de conservarse, ni tienen razón suficiente de imperar cuando la residencia de los extranjeros sea contradictoria con los fines que se han propuesto al protegerla.—Por consecuencia, las garantías constitucionales que amparan a los extranjeros en el derecho de residir y domiciliarse en territorio argentino, son susceptibles de ser suspendidas siempre que, en caso de guerra, así lo exija



dos en absoluto, tomando probablemente por base las que parcialmente habían formulado desde épocas muy anteriores, diversas legislaturas coloniales (1). La convención rehusó seguir este consejo, temerosa de que una declaración concebida en términos vagos e incompletos, pudiera ser interpretada restrictivamente en el ejercicio cotidiano del gobierno, es decir, como si excluyera todos los derechos y franquicias que no hubieran sido enumerados en el texto. Massachussets y Virginia, cuando revisaron el proyecto de Constitución (2), exigieron lo que Madison y Gerry habían pedido a la convención, y los peligros que detuvieron a este cuerpo fueron conjurados por la declaración con-

la seguridad de la República; y no se puede negar, que su expulsión es una de las atribuciones anómalas del presidente durante el estado de sitio. Más complicada sería la cuestión si se tratara de prevenir un conflicto por medio de la expulsión; pero, en tesis general, puede afirmarse que expulsar los súbditos de un soberano con el cual es inminente la guerra, cuando por su número u otras circunstancias, hubiera peligro en consentir su residencia, es tan legítimo como declarar la guerra en defensa de derechos, sin tomar por eso el papel de agresor.

(1) Dos clases de declaraciones de derechos formaban parte de la legislación colonial de Norte América. Pertenecían a la primera las consignadas en cartas reales, como las de Virginia de 1606 y 1609, de Massachussets, de 1629, de Maine, de 1639, de Connecticut, de 1662, de Rhode Island de 1663, de Marylandia, de 1632, de la Carolina, 1663, de Georgia, de 1732. A la segunda clase pertenecían las formuladas en estatutos expedidos por las legislaturas coloniales, entre las cuales enumeramos las de Connecticut, de 1639, Nueva York, de 1691 y 1708, Massachussets, de 1636, Virginia, de 1624 y 1672, Pensilvania, de 1682, Marylandia, de 1639 y 1650, Rhode Island, de 1663, Carolina, 1687, etc., etc.

(2) Los Estados de la Unión, al revisar la Constitución, propusieron más de doscientas enmiendas, que eliminadas las repeticiones e implicancias, quedaron reducidas a cerca de sesenta, presentadas por Hamilton a la Cámara de Representantes. Una comisión compuesta de un diputado de cada estado,



tenida en la enmienda 9.^a, sustancialmente idéntica al artículo 33 de la Constitución argentina (1).

Se ha argüido, además, que las razones de común seguridad que la justifican en las sociedades monárquicas que tratan de sustraer de la presión autoritaria determinadas formas de la actividad individual, no subsisten en las sociedades republicanas, por cuanto en ellas se confunden la autoridad y la voluntad del pueblo, es decir, el elemento que refrena y el interesado en la inmunidad de los derechos. Este raciocinio estriba en una noción falsísima de la libertad. Sería concluyente si por libertad hubiéramos de entender a manera de la democracia revolucionaria de Francia, la investidura de un poder omnímodo en la masa popular, heredera del absolutismo monárquico, dispuesta a usar y abusar de su ilimitada autoridad o a concentrarla en el cesarismo; pero si la libertad consiste en reducir el poder soberano, cualesquiera que sean su asiento y su órgano, el papel que de-

los examinó, y la cámara aprobó diecisiete. El senado las redujo a doce. Las legislaturas locales aceptaron definitivamente diez, que son otras tantas declaraciones de derechos, ya del pueblo, ya de los Estados, como entidades políticas o limitaciones de la autoridad, conferida al gobierno general; Massachusetts y Virginia, entre los Estados; Jefferson y Patrick Henry, entre los nombres políticos, se distinguieron por su empeño en incorporar tales declaraciones al estatuto federal.

(1) *The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.* (Amendment IX). *The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.* (Amendment X). 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. (Constitución Argentina, art. 33).



riva de la naturaleza del estado civil, de suerte que encabece el orden jurídico sin destruir el organismo de la sociedad, tal cual resulta del hecho universal de su existencia y de los caracteres históricos y consuetudinarios de cada nacionalidad, entonces es forzoso reconocer la necesidad de poner contrapesos y límites bien trazados a la autoridad republicana, que por sólo la circunstancia de ser autoridad, constituye una entidad diversa de las personas y de los agrupamientos rudimentales de la nación.

Por otra parte, la Constitución argentina ha dado ocasión a una crítica especial de parte de más de un publicista del continente (1). El artículo 14 dice así: "todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos, *conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, etc.*"; cláusula improbada bajo el concepto de que es implícitamente derogatoria del texto en que figura, mediante a que si los derechos reconocidos son absolutos, no pueden ser reglamentados, y si el gobierno tiene potestad para reglamentarlos pierden su estabilidad y caen en la categoría de las franquicias revocables y precarias. Ante todo, es oportuno notar que la cláusula no es insólita sino en la forma, porque abarca en una generalidad, la serie completa de declaraciones que la siguen, coincidiendo, por lo demás, en el fondo, con todos los instrumentos análogos que le han servido de modelo. Las enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos, aluden en varios pasos importantes, a le-

(1) Florentino González, *Curso de Derecho Constitucional*; Justo Arresemena, *Constituciones de la América meridional*.

yes reglamentarias y de procedimientos (1); sus antecedentes tradicionales, el bill de derechos de la Gran Bretaña, de 1689, la petición de derechos de 1628, y finalmente, la Magna Carta de 1215, no separan la afirmación del derecho de su reglamentación; como no se atrevieron a separarlas, a pesar del desborde de utopías que en su época arrasaba todas las reglas del buen sentido y de la experiencia política, las constituciones francesas de 1791 y 1793. No es esta unanimidad una mera y estéril coincidencia, revela, al contrario, la permanencia de fenómenos y leyes sociales, que manifiestan el espíritu de todos los hombres a quienes el fanatismo no ciega, que preconizar en absoluto la libertad de los individuos en sentidos dados, equivale a arrojar la sociedad en la anarquía: que para garantizar los *derechos*, es menester que se regule su *ejercicio*, sin lo cual, el egoísmo, consejero tan malo como seductor, los desnaturaliza fácilmente, haciéndoles exceder su radio con perjuicio del mismo derecho; — y por fin, que reglamentar el ejercicio del derecho es cosa radicalmente diversa que menoscabar el derecho mismo. Distinguir, por medio de la ley, al que subleva las masas contra las instituciones del que las critica en el campo sereno de la doctrina, no es destruir el derecho del pensador y del propagandista; es coordinarlo con el derecho del Estado y de la ley, a conservarse y a imperar. Que la potestad reglamentaria del Estado sea ocasionada a abusos, como afirman sus contradictores, no es maravilla, porque todo poder es fuerza, y susceptible





de ser viciosamente empleado; pero de ahí, o nada se deduce o se deduce la fantasía de Pelletan y todos los visionarios de su tipo: la democracia sin gobierno. No hay término medio de avenimiento, y como esa quimera conduce a la barbarie, debemos quedarnos en la organización histórica y en el orden jurídico de las sociedades cultas (1).

Rebatida esta triple crítica, dejaríamos justificada la declaración argentina, oportuna en cualquier país de derecho escrito, y adoptada a curar vivísimas dolencias de nuestra nación, en la época en que la Constitución se promulgó, si no tuviéramos necesidad de criticarla a nuestro turno, indicando aquí un punto de vista que desenvolveremos en otros pasajes de este libro. Dejamos explicado que hay dos categorías de derechos civiles: la que arranca del derecho natural, la que nace de la ley positiva; y es evidente que se desvía cualquier sistema de instituciones que las confunde, sea abatiendo la más elevada y tornándola, por lo tanto, precaria, sea igualando con ella la que es secundaria, y convirtiendo en principios las reglas pasajeras y acomodaticias que, encuadrando a determinada situación de una sociedad, podrían ser atentatorias y funestas en un estado más sólido o menos imperfecto.

Este es el verdadero vicio de la declaración argentina: coloca en una misma línea de importan-

(1) Los derechos absolutos de los individuos se reducen al de la seguridad y libertad de la persona, y al de adquirir propiedad y gozar de ella... Derecho es lo que cada hombre puede tener, hacer o exigir de los demás, dentro de los límites prescritos por la ley.—Kent, *Commentaries of American law*; lecture XXIV, § 1.

cia, franquicias cuyo carácter es sumamente desigual: toma como principios absolutos ciertas reglas que, nacidas de situaciones anómalas y adoptadas para estorbar dislocaciones sociales en un país, han imitado otros por pruritos de innovar, o con miras siniestras, y que la escuela revolucionaria de nuestros tiempos, ha trasmitido, entre sus muchas supersticiones, a la América, empuñada en un propósito indiscreto: el de crear instituciones estables modelándolas en las que ensayan en los partidos de Europa, como instrumento de mudanza y demolición. La exactitud de esta crítica resultará de los estudios concretos y parciales que van a seguir en los capítulos inmediatos.





CAPITULO II

SUMARIO: DERECHOS DE LAS PERSONAS. IGUALDAD.—I. Imposibilidad de la formación de una aristocracia en el Río de la Plata.—II. Desigualdades sociales en la época colonial.—III. Composición de la sociedad colonial.—IV. Condición respectiva de los peninsulares y los criollos.—V. Resultados inmediatos de la Revolución, respecto de la condición de los criollos.—VI. Libertad de los esclavos.—VII. Condición de los indios.—VIII. Abolición de los blasones, títulos nobiliarios, etc.—IX. Abolición de los fueros personales.—X. La igualdad según la Constitución.



I

IMPOSIBILIDAD DE LA FORMACION DE UNA ARISTOCRACIA EN EL RIO DE LA PLATA

Los primeros pactos nacionales atribuían a la emancipación política del Río de la Plata, el designio de reivindicar los derechos de la razas autóctonas usurpadas por España, y no pocos publicistas y gobernantes se han adherido, al menos durante el período de la guerra, a ese concepto declamatorio e histórica y jurídicamente falso. En 1810 fueron cambiadas las condiciones políticas del Río de la Plata, pero sin que se alterara sustancialmente el tipo de la sociedad emancipada, que tiene origen en la ocupación del territorio y el sometimiento de sus pobladores al imperio de la raza blanca y civilizada. Esta ocu-

pación no destruyó una soberanía, puesto que las tribus indígenas del Plata eran nómades; pero la llamaremos conquista, porque fué violenta, y en ocasiones, cruel y sanguinaria.

Las sociedades de esta manera fundadas han revestido ordinariamente una de estas formas: o bien su organización en castas, como la India el Egipto, el Perú antiguo, por la superposición de razas vencedoras o el acuerdo de razas copartícipes en los privilegios nacidos de la victoria; o bien, el imperio aristocrático, análogo al de los godos de España y los normandos en Inglaterra; — pero uno y otro sistema, aunque por causas diversas, fueron en el Río de la Plata, igualmente imposibles.

El cristianismo enseña la monogenesia de la especie humana, su corrupción original, su redención por un solo sacrificio, su iluminación por un solo evangelio, su congregación en el seno de una sola Iglesia; y como una jerarquía de castas supone, además de desigualdades civiles y políticas, desigualdades morales e intelectuales entre razas de hombres, es evidente su incompatibilidad con las doctrinas cristianas.

El imperio de una aristocracia era también imposible, por los caracteres económicos y políticos de la sociedad. El derecho aristocrático consiste en un privilegio hereditario para ejercer una parte de la potestad política, como en Inglaterra, o bien en su monopolio total, igualmente hereditario dentro de una clase, como en Venecia; — reposa en una condición económica indispensable, y supone una esfera de acción no menos necesaria. No subsiste ni prospera, en efecto, si-





no en cuanto sus titulares monopolicen la propiedad territorial, y ejerzan patronazgo o señorío sobre los cultivadores personales del suelo. Este señorío depende de dos condiciones: de la roturación completa del territorio y de la residencia de los grandes propietarios en sus dominios; coronando el sistema, la conservación íntegra de los fundos nobles, ya bajo el régimen de la familia patriarcal, ya bajo el régimen de los mayorazgos. Basta comparar las cifras de población con la superficie territorial que ocupaba, para apercibirse de que era físicamente irrealizable la primera condición del señorío. Las encomiendas afectaban ciertos caracteres feudales, pero ni eran indefinidamente hereditarias, ni tardaron en ser abrogadas a principios del siglo XVII, reduciendo el privilegio de los encomenderos a una especie de señorío industrial, expoliador y odioso, sin duda, pero capitalmente distinto del derecho aristocrático (1). Las donaciones de tierras se verificaban en lotes tan extensos y desproporcionados con los medios de cultivo que la población ofrecía, que era de todo punto imposible consagrarlos a la agricultura. Una aristocracia en una raza pastora es

(1) Aun estos derechos eran limitados según las Ordenanzas del oidor Alfaro (1611), que si no fueron totalmente obedecidas, por razones que expone con mucho fundamento don Manuel Ricardo Trelles, imperaron al menos sobre ese punto, en que coincidían con las leyes generales y con los estatutos particulares de Irala. Alguna vez se hizo esfuerzo por prorrogar el derecho de encomienda, como lo solicitó el Cabildo de Buenos Aires en 1634; otras veces fué prorrogado en efecto, como en Tucumán, para premiar los jefes españoles que se distinguieron en la guerra contra Bahayan, fingido heredero de los incas; pero en lo sustancial y permanente, prevalecieron las limitaciones legales.



un concepto monstruoso. Añádase a estas consideraciones la enorme extensión de las propiedades fiscales, *ager publicus* que la plebe no disputaba, porque tenía en él ganados por millones (1) y campeaba libre y nómada por su inmensa extensión, desdeñosa del trabajo regular, del salario, de la disciplina industrial y civil; y se verá con plenísima claridad, que ningún influjo señorial podía desenvolverse sobre masas así diseminadas y móviles (2). Era consecuencia de estas circunstancias y del régimen mercantil de las colonias, que los grandes caudales sólo pudieran formarse en el comercio, que jamás ha fundado aristocracias, como lo prueba el ejemplo de Méjico y de gran parte de la Europa contemporánea. Las causas de ello son evidentes: una es la inestabilidad de las fortunas perpetuamente comprometidas en las aventuras de la especulación; otra es la aglomeración de los ricos en las ciudades, donde perecen aun las aristocracias más vigorosas, por-

(1) Hasta qué extremo llegaba esta abundancia se demuestra con sólo un dato conocidísimo de cuantos han estudiado la economía social en nuestra historia. Los cueros vacunos eran el único artículo de exportación con que se retornaban las mercaderías españolas. Cada cargamento se componía de 40.000 pieles, que debían ser de toro y de una medida a que difícilmente llegaban ni aun éstos; de suerte que para obtener aquel número era, según se calcula, menester una matanza de 80.000 animales. La carne, los huesos, la grasa y los cuernos eran perdidos.

(2) El actual territorio de Entre Ríos estaba, aún a fines del siglo pasado, en poder de masas nómades, que vivían del pillaje y apenas diferían de los salvajes por sus costumbres. El único virrey nacido en América que ha gobernado el Río de la Plata, (don Juan José de Vértiz), fué quien se ocupó primero de cambiar las condiciones morales y económicas de los *changadores de ganados*, fundando en ambos lados del Uruguay villas para reconcentrarlos y reducirlos a la vida sedentaria.



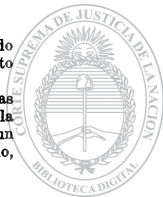
que la molicie las enerva, y el ausentismo las desprestigia, como ha sucumbido en Francia y en España, mientras vive lozana la aristocracia inglesa, robustecida por hábitos varoniles conservadora de su prestigio, y apta para ser hoy, como siglos atrás, el meollo de la vida política de la nación (1).

Por otra parte, la aristocracia necesita tener un papel, y éste supone un teatro libre de acción, es decir, la capacidad política de la sociedad en que actúa. Las colonias españolas de América ninguna franquicia gozaban para su gobierno particular, fuera de la administración de los municipios, que antes era privilegio que derecho (2).

(1) No está de más tener en cuenta lo que eran las ciudades coloniales. Para no recargar la memoria de datos retrospectivos, basta saber que de las catorce capitales de provincia, hay doce que no llegan a 20.000 habitantes y ocho que no llegan a 10.000, según el censo de 1869, y con excepción de Buenos Aires, ninguna tiene cincuenta mil. Retrocédase ciento cincuenta años en el cálculo, y se verá la insignificancia de cada uno de esos grupos de población. Buenos Aires apenas alcanzaba en 1810 a tener 45.000 habitantes; y a mediados del siglo pasado 22.000, según Concolorcovo (*Lazarillo de ciegos caminantes*). Córdoba en 1788 tenía 8.000 habitantes, según los datos oficiales del marqués de Sobre-Monte. Un viajero del siglo pasado se echaba a dormir en el suelo, creyendo estar en el desierto, cuando estaba a cien varas de la plaza principal de La Rioja, y hubo, según las crónicas, gran señor de dicha ciudad, que se sacó un ojo por querer andar en coche entre los matorrales y espinas de las calles. Y no es mucho si se repara que hasta el gobierno de Vértiz, no tenía Buenos Aires ni policía regular, ni alumbrado público, bien que lo adquirió poquísimo después que Madrid.

Quiere decir, en una palabra, que las ciudades eran mezquinísimos teatros, sofocados por las expoliaciones del prohibicionismo mercantil, en que ningún imperio podía radicar, cualesquiera que se supongan su naturaleza y su forma.

(2) No es maravilla que en Norte América se desenvolvese, aunque no completa en su tipo, cierta preeminencia aristocrá-



Por consecuencia, ningún ministerio habría tenido que desempeñar una aristocracia, aun supuesto que hubiera podido nacer y consolidarse.

En suma, faltaban a la aristocracia todas las condiciones positivas de existencia. De ahí que la conquista no la engendrara, como ni tampoco un régimen de castas, excluido por el cristianismo, que es la fuente de nuestra civilización.

II

DESIGUALDADES SOCIALES EN LA EPOCA COLONIAL

No quiere esto decir que existiera una igualdad completa en la sociedad colonial. A salvo las modificaciones contemporáneas de la creación de un virreinato en el Río de la Plata, y otras análogas, más bien administrativas que sociales, las leyes de las Indias españolas eran uniformes; y como todas sus secciones no tenían tipo idéntico, muchas reglas aplicables en alguna de ellas, regían en otras, aunque no guardaran armonía con su carácter y necesidades. — De aquí el imperio general de leyes penales, que establecían diversos modos de represión, según la categoría noble o villana de los criminales; distinción hasta cierto

tica, al menos en aquellas colonias cuyas industrias y organización económica se prestaban a ello, como la Virginiola, escavista y agrícola. Si se repara en la latitud de gobierno local que les consentía el régimen inglés en cualquiera de las tres formas adoptadas para su institución, ya como gobiernos provinciales, ya como gobiernos de propietarios o de cartas. Nada análogo tenía margen en las colonias hispanoamericanas.

punto fundada en Méjico y el Perú, pero puramente nominal en el Río de la Plata, donde no tenía, por consiguiente, aplicabilidad aquel sistema nacido de la distinción de la órdenes, de origen feudal, y de la vindicta privada y el derecho de composición, pertenecientes a épocas en que la autoridad social era debilísima en Europa. Además, la organización judicial establecía fueros personales: el común, el eclesiástico y el militar; tribunales especiales, cuya jurisdicción era determinada, o bien por razón del sitio en que tenían lugar los actos por ellos justificables, como la Santa Hermandad; o bien por la naturaleza de las relaciones gremiales que debían regular en caso de conflicto, como los Alcaldes de la Mesta; y un tribunal excepcional, la Inquisición, regido por las Concordias de 1610. Finalmente, los descendientes de los jefes conquistadores, los comerciantes acaudalados y los vecinos entroncados con familias de alto rango de España, constituían por estos antecedentes y por el privilegio que la propiedad urbana les daba naturalmente, el cuerpo comunal de las ciudades y villas asiento de un Cabildo (1).

III

COMPOSICION DE LA SOCIEDAD COLONIAL

Pero es menester analizar la composición de la sociedad, clasificando sus elementos, para adqui-

(1) Consecuencia necesaria de un régimen económico, según el cual el comercio monopolista era udeño de los precios en





rir una idea correcta de su carácter y condiciones.

La conquista puso, ante todo, en conexión la raza blanca con la india; introdujo más tarde la raza negra, y por consecuencia, produjo una sociedad heterogénea en su complexión etnológica.

Cupo a los indios suerte muy variable. Una porción de ellos, repelida a medida que avanzaba la ocupación española, se conservó en el estado de guerra o de recelosa hostilidad en que hasta hoy día se mantiene. Otra fué incorporada a las poblaciones de los conquistadores y se mezcló con la raza blanca y la negra. Los mestizos de indio y negro jamás han podido elevarse en el nivel social de la ínfima escala de la domesticidad y del trabajo servil. Los mestizos de indio y blanco, han soportado igual destino hasta la tercera o cuarta cruza, pero han compartido el papel preponderante de los blancos, sobre todo en las provincias mediterráneas, cuando se ha debilitado el rastro de su origen. La tercera porción fué reducida a la

los mercados coloniales, a tan brusca diferencia llegaba la condición de fortuna de la clase media que puede decirse que no había punto de transición entre la riqueza y la miseria. Puede consultarse alguna que otra noticia sobre los precios corrientes a principios de este siglo cuando la sociedad comenzaba a tomar movimiento y conciencia correcta de su situación impulsada por las empresas de Oyarvide y de Sourrier, por los trabajos de Azara, de Cerviño, de Vileyes, de Belgrano y fuera de Buenos Aires, por los de Funes y Padilla. Dos datos sólo consignaremos aquí: las bayetas usadas para rebozo de las señoras, se vendían a diez o doce pesos fuertes por vara; las vajillas de plata eran preferidas a las de loza, por ser menos costosas. Añádase a lo que puede inferirse aquí, que todos los trabajos materiales, tanto en la industria como en la domesticidad, se hacían por brazo esclavo, y será fácil conjeturar el extremo de pobreza, y por consiguiente, debilidad de la mayoría de un país víctima de tan absurdo sistema económico.

cultura por los misioneros franciscanos y jesuitas, en especial por los últimos, que durante ciento cincuenta y siete años (1610-1767) tuvieron organizada la república comunista y levítica de los guaraníes, dislocada por administraciones rapaces e ineptas (1767-1810), y finalmente destruidas en las catástrofes de las montoneras. La última porción se afocaba en los pueblos de indios fundados en virtud de las ordenanzas de Felipe II, y por medio de transmigraciones violentas, como los quilmes, en la vecindad de Buenos Aires. Eran benignas las leyes que regían esta porción de los indígenas; pero los hechos eran contrarios a las leyes. Las brutalidades de las malocas y la esclavitud de las encomiendas no sólo habían dejado rencores en el corazón de los indios, que estallaron en la sublevación de Tupac-Amarú, sino eran al mismo tiempo causa y efecto de una política imprevisora que los abatió sin cesar bajo el tributo, la mita y los repartimientos, signo perpetuo de su inferioridad social y legal.

Los negros fueron introducidos en condición de esclavos. Debe decirse en honra de la humanidad de nuestros antepasados, que la esclavitud no tuvo en esta sociedad los caracteres feroces que ha revestido en otras, como lo prueba el hecho de consentir que los esclavos formaran asociaciones en que recordaban la patria y olvidaban sus amarguras, reproduciendo los cantos y las danzas que alegraron su niñez y enseñaban a sus hijos. — No obstante, producía los funestos resultados morales y económicos que necesariamente implica. En vilecía a los negros y reducía a la miseria las clases pobres. La esclavitud era trasmisible de ma-



dres a hijos; y como, fuera de enseñanzas religiosas imperfectísimas, ningún esfuerzo se hacía por mejorar las condiciones de espíritu de los africanos y sus descendientes, la esclavitud venía a ser una incrustación de barbarie, insoportable en el seno de una sociedad cuya cultura no era bastante intensa para desenvolverse, a pesar de tamaña imperfección orgánica.



IV

CONDICION RESPECTIVA DE LOS PENINSULARES Y LOS CRIOLLOS

El último fenómeno de desigualdad consistía en la condición respectiva de los peninsulares y los criollos. Monopolizaban los primeros la influencia en la administración y el gobierno, encabezados por funcionarios sin vínculo con la sociedad que regían y que desempeñaban su cargo bajo dos móviles insanos: conservar el sistema de extorsiones que constituían el régimen económico de las colonias hispano-americanas; acreditarse para lograr posiciones más ventajosas en su carrera, por el celo desplegado en servir los intereses egoístas de la metrópoli, aun con perjuicio de conveniencias y derechos totalmente secundarios para ellos. Favorecíales el sistema de renovación de los cuerpos municipales, en cuya virtud eran también dueños tradicionales y exclusivos del gobierno comunal. Esta reglas y costumbres servían para conservar la condición subalterna de las sociedades coloniales, y manifiestan la impre-



visión de una política que sacrificaba el porvenir para obtener momentáneas utilidades. La Inglaterra debe a la autonomía de sus colonias actuales la solidez de su imperio (1). España fomentaba una anarquía interior y rivalidades de paisanaje, aún en el seno de las clases superiores, que no podían menos de gastar poco a poco los asientos de su autoridad.

Este antagonismo trascendía a la vida privada. Cuando Buenos Aires dejó de ser mezcla de establecimiento libre y de colonia penal, y la inmigración guerrera perdió su oportunidad y su papel, la corriente de inmigrados peninsulares era compuesta de elementos varios. En primer lugar entraban los comerciantes y los empleados del rey; en lo ínfimo de la escala, los polisones; y entre ambas categorías, una muchedumbre de individuos de poca cultura, que colocados en clase de dependientes de comercio y una vez amaestrados en el contrabando, con el mérito de su origen y de una probada cicatería, se casaban con las hijas de sus patrones. Estos matrimonios eran el fundamento de la familia colonial, bien entendido que hablamos prescindiendo de excepciones; pero la progenie de ella salida, entraba en la masa criolla, fuera de pocos jóvenes que se trasladaban a España para ingresar en la carrera militar, los que se incorporaban al clero, y poquísimos que en los últimos tiempos estudiaron en las universida-

(1) Las colonias del Canadá y del Cabo de Buena Esperanza son gobernadas por un parlamento unitario; las de Australia tienen legislaturas parciales y una administración general; las de Nueva Zelanda forman una república federativa.

des de otras secciones más favorecidas de América, o en las peninsulares, el clasicismo y la jurisprudencia, sin conseguir por eso importancia ni influencia hasta la crisis política de principios de este siglo (1).

(1) Aunque poco se interesaran los reyes de España en la cultura intelectual de sus colonias, sus principales establecimientos (Méjico y el Perú), fueron favorecidos con universidades que invertían fueros latos y conservaban y daban tino a los estudios que entonces constituían casi exclusivamente la enseñanza universitaria en Europa. El Río de la Plata no mereció iguales favores. La Universidad de Córdoba jamás llegó a gozar de la misma protección que la de San Marcos; y en el resto de estas provincias ningún establecimiento de alta enseñanza existía, si no eran los colegios de letras latinas de los padres de la Compañía de Jesús. La cédula de Carlos III, ordenando la expulsión de los generosos civilizadores de América, destinó el producto de sus bienes expoliados a fomentar la instrucción pública, satisfacción hipócritamente ofrecida a la conciencia nacional irritada, y que los agentes del rey se abstuvieron de hacer efectiva, hasta que Vértiz fundó el Real Convictorio Carolino en Buenos Aires, mientras la Universidad de Córdoba pasaba a manos de los religiosos franciscanos. Algunos estudios lechos en los conventos que han sido (aún bajo la tiranía de Rosas) el último refugio de las letras argentinas, y a veces su único hogar, completaban todos los medios en aquella época, disponibles para cultivar la inteligencia de la juventud. Es sabido hasta qué punto se restringía el comercio de libros, estorbado, según la expresión del príncipe de la Paz, con tanto celo como la importación de una epidemia, al punto de no ser conocidos en América, ni aún los trabajos de los arbitristas de tiempo de los Felipes, que dilucidaban los negocios coloniales, entre otros, fundaron, a vuelta de esfuerzos, acertados unos, y otros extravagantes, el estudio de la Economía Política en la Península. Como las prohibiciones mercantiles desarrollaron el contrabando, las del comercio libre contribuyeron probablemente a la avidez por los malos libros de Francia que envenenaron las fuentes de la política nacional hacia los orígenes de la independencia.— Los únicos matemáticos y naturalistas que brillaron en el Río de la Plata, excepto los misioneros, que han dejado sus huellas en todas las ramas de las ciencias especulativas y de observación, fueron los ingenieros que en diversas épocas vinieron a ocuparse de la demarcación de límites con Portugal. La profesión de médico era tan baja como en Francia en los días de



V

RESULTADOS INMEDIATOS DE LA REVOLUCION, RESPECTO
DE LA CONDICION DE LOS CRIOLLOS

La rivalidad entre criollos y peninsulares se acentuó desde que sus respectivos intereses se chocaron en los debates del Consulado sobre la legislación mercantil; y llegó a ser gravísima en 1806 y 1807, en seguida de las invasiones inglesas y a propósito de los actos de gobierno local, que estos acontecimientos hicieron necesarios; más áspe-

Mollére: había secciones de América en que no la ejercían sino los mestizos, como en Lima; y Buenos Aires, entre otros muchos servicios, le debe a Vértiz haberle dado disciplina y dignidad. Respecto de los juristas, la opinión era muy divergente, según se tratara de los magistrados o de los abogados.—El respeto hacia los primeros rayaba en supersticioso; y se cuenta de una señora de Tucumán, que en su testamento hizo un legado para regalar una toga al Santísimo Sacramento.—Los abogados no gozaban del mismo favor. En las capitulaciones de Cabeza de Vaca se estipulaba formalmente la obligación de estorbar o limitar su entrada a la colonia para conservarla en paz; y el derrumbe de la catedral en 1752, fué atribuido por el gobernador Andonaegui, en nota al virrey de Lima, a la indignación del cielo por "los continuos pletos, odios y rencores del vecindario y comerciantes, alentados por los abogados." Es probable que el establecimiento de la Audiencia en Buenos Aires modificara esta manera de sentir, pero me parece, sobre todo, cleritismo que el papel de don Mariano Moreno en el foro y en la política, durante los últimos años del dominio colonial, el de Castelli y el de Belgrano en el Consulado, dignificaron y establecieron el prestigio, más tarde exageradísimo, de los hombres de su gremio.—Descendiendo al seno de la masa popular, no es sorprendente encontrarla destituida de medios conducentes a su cultura. Itala no tuvo imitadores; ni se puede asegurar que en Buenos Aires hubiera, a principios de este siglo, más de cuatro escuelas primarias, incluida la del rey; y de éstas, sólo una era de mujeres, a las cuales por regla general, nunca se les enseñaba a escribir.





ra aún en 1808, cuando se trataba de proveer al régimen interno del virreinato, después de haber jurado vasallaje al rey Fernando VII y repelido las insinuaciones de la dinastía bonapartista intrusa en España: crítica y decisiva, por fin en 1809, en la contienda entre Liniers y Alzaga, y durante el período gubernativo del último virrey.

Por el plebiscito del 25 de mayo de 1810, los criollos adquirieron el poder gobernante y despojaron a los españoles europeos, no sólo de su injusto privilegio, sino al mismo tiempo de toda influencia en el manejo de los negocios públicos. Con toda probabilidad estaba en la mente de los iniciadores de aquella evolución, el designio de constituir una nación independiente; pero por entonces, lo disimularon al menos; y su resultado inmediato, hasta la declaración de la independencia en 1816, fué invertir el rango que relativamente ocupaban los españoles, americanos y europeos (1).

VI

LIBERTAD DE LOS ESCLAVOS

La emancipación de los negros fué acometida desde temprano. El primer aniversario del plebiscito del 25 de Mayo fué solemnizado con la ma-

(1) El Estatuto de 1815 decía: "Ningún español europeo podrá disfrutar del sufragio activo o pasivo, mientras los derechos de estas provincias no sean reconocidos por el gobierno de España". Por lo demás, son notorias las extorsiones y violencias de que fueron víctimas, comprometiendo hasta sus fami-



numisión de cierto número de esclavos; y el triunvirato de 1812 prohibió formalmente el tráfico negro, declarando que las expediciones que llegarán del 25 de mayo de 1813 en adelante, serían confiscadas para volver a la libertad los esclavos, cuidando el gobierno de aplicarlos a ocupaciones útiles (1). La Asamblea Constituyente declaró libres a todos los que hubieren nacido desde el día de su instalación (31 de enero de 1813) y nacieren en adelante en el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata, (2); reglamentó el patronazgo y la educación de los libertos durante su minoría como deber de los antiguos amos, y declaró finalmente, que todos los esclavos de países extranjeros que de cualquier modo se introdujeran, quedarían libres por sólo el hecho de pisar el territorio argentino (3), con lo cual convirtió el decreto de 1812 en ley de la nación. La ley de libertad de vientres fué por algunos eludida, trasladando al extranjero las esclavas encinta para reducir sus hijos a condición servil; y este abuso motivó un decreto provincial de 20 de noviembre de 1821, por el cual se prohibió que saliera del territorio de Buenos Aires ninguna esclava en estado de preñez, ni los libertos antes de la edad de emancipación fijada por el reglamento de 1813. Otro decreto, provincial también, fué dictado el 3 de noviembre de 1824, para estorbar la compra

lias durante lo más recio de la lucha; y la ley (posterior a la declaración de la independencia) que les prohibió casarse con mujeres blancas.

(1) Decreto de 15 de Mayo de 1812.

(2) Ley de 2 de Febrero de 1813.

(3) Ley de 4 de Febrero de 1813.



y venta de esclavos introducidos en calidad de domésticos, a fin de eludir las prohibiciones legales; y en el mismo año la legislatura de Buenos Aires declaró acto de piratería la trata de negros en la costa de Africa (1). Por el tratado de 1825 con Inglaterra, la República se comprometió a conservar sus leyes abolicionistas, y por el de 1839 este compromiso fué ratificado y se proveyó minuciosamente al modo de cooperar a la total abolición del tráfico de esclavos. Sobre tan numerosos antecedentes legales y una robusta opinión concordante en su sentido, estriban las declaraciones del artículo 15 de la Constitución, que por otra parte no hace sino repetir las leyes mencionadas (2), y consagrar un derecho, que en cierto modo reivindicaron los africanos y sus descendientes, concurriendo con su sangre a consolidar la independencia nacional.

VII

CONDICION DE LOS INDIOS

La nación ha conservado la misma actitud que los gobiernos coloniales respecto de los indios independientes, no obstante la promesa de reducirlos pacíficamente, contenida en la Constitución (art. 67, inc. 15); y el problema de seguridad y ex-

(1) Ley de 16 de Noviembre de 1824.

(2) Artículo 16. "En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución, y una ley especial reglará las indemnizaciones

pansión de la vida civilizada que suscita su presencia en los vastos territorios en que dominan, ha sido singularmente complicado después de la revolución, en virtud de tres causas principales: la una es el contacto de los bárbaros con las poblaciones fronterizas que les transmiten recursos de acción y ejemplos que desacreditan la cultura, fuera de exasperarlos con extorsiones y estafas inspiradas por una sórdida codicia; la segunda, es haber buscado refugio en sus aduana una multitud de cristianos apóstatas, fugitivos de la justicia, de la disciplina de una existencia culta, o de las opresiones de gobiernos irregulares, todos los cuales añaden a su astucia nativa y a sus rencores, el conocimiento de los hábitos campesinos,

a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que los celebren y el escribano o funcionario que los autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el sólo hecho de pisar el territorio de la República."

El Brasil exigió, al estipular su primer tratado de extradición con la República Argentina, que ésta se obligara a devolver los esclavos fugitivos que se refugiaron en nuestro territorio, y convino en ello el negociador; pero el Congreso rechazó la cláusula, por cuanto era violatoria de una regla superior de nuestro derecho público y privado. Pero siendo clara la conveniencia de un tratado de extradición, se abrieron nuevas negociaciones en 1868. Entonces era menester, no sólo conservar el principio, sino prevenirse contra cualquier subterfugio que pudiera emplearse para eludir sus últimas consecuencias. La condición de criminal no excluye al esclavo fugitivo del beneficio de su emancipación, que logra por el hecho de pisar el territorio argentino. La República, por consecuencia, si puede obligarse a entregarlo en calidad de criminal, tiene también que protegerlo en la libertad que ha adquirido bajo el amparo de su ley generosa. La dificultad fué zanjada en el artículo 9.º del tratado de 1869, aunque en términos ambiguos, puesto que ni declara la condición personal del esclavo criminal entregado, ni determina cuál es la autoridad competente para decidirlo si se le disputa la libertad.





de las armas y de la estrategia de nuestros ejércitos; la tercera es el cinismo de las facciones políticas que los han incorporado, desde las aventuras de José Miguel Carrera, como elementos de guerra, a los movimientos anárquicos y a las contiendas intestinas de la República. Bajo el punto de vista social, los indios mezclados con la población blanca de la nación, continúan viviendo en las condiciones de una raza inferior, sin embargo de la influencia adquirida por los mestizos, que desdeñan de su consanguinidad y procuran ocultar su común estirpe.

Las costumbres no han seguido el movimiento de la legislación. En el terreno legal, los indios han sido elevados al nivel de los blancos desde los primeros años de la autonomía argentina. La asamblea de 1813, declaró lenguas nacionales, lo mismo que el castellano, el quichua, el aimará y el guaraní. Los tributos, que eran el testimonio de su vasallaje, y las mitas, que eran la forma especial de su servidumbre, fueron abolidos por la ley de 12 de mayo de 1813; y en 31 de mayo del mismo año se les reconoció un derecho político idéntico al de los blancos y de los negros libres (1).

(1) Respecto de los indios mestizos, las consecuencias alarmantes de su intervención en la política, por la extensión que al menos desde 1815 tuvo el derecho de sufragio, no eran eludidas sino por medio de la táctica de los partidos urbanos y cultos, que a la par que declaraban la soberanía de las muchedumbres, afanábanse por conseguir que se satisficieran con un derecho nominal, que, sirviendo para la contemplación teórica y las jactancias declamatorias, no concluyera por hacer imperar en el Estado el elemento inculto de la sociedad. Por cuanto toca a los negros, los utopistas de 1815 fueron más pre-



VIII

ABOLICION DE LOS BLASONES, TITULOS NOBILIARIOS, ETC.

Dejamos expresado que la aristocracia y la nobleza hereditaria o puramente personal no son instituciones sociales necesariamente convertibles entre sí (1). Por eso no es extraño, aunque no existiera la primera en el Río de la Plata, que algunos rastros de la segunda hubieran trascendido a su organismo, si bien es cierto, que ni despertaban mucha ambición ni conferían grande prestigio, según declaraban observadores contemporáneos tan discretos como Azara.

La legislación tendió a extirparlos antes que la independencia nacional fuera declarada. La Asamblea Constituyente de 1813 prohibió el uso de blasones y títulos nobiliarios (2), y poco después las vinculaciones y los mayorazgos (3).

cavidos que el partido republicano de los Estados Unidos, que después de la emancipación de los esclavos ha esclavizado al Sur bajo la democracia negra. "Los nacidos en América, decía, que sean originarios por cualquier línea, de Africa, cuyos mayores hayan sido esclavos en este continente, tendrán sufragio activo siendo hijos de padres ingenuos; y pasivo, los que estén fuera del cuarto grado respecto de dichos sus mayores." (Sec. I, Cap. III, art. 7°).

(1) El ejemplo de la nobleza personal del Brasil y de la hereditaria de Francia separada de toda prerrogativa política, prueban de una manera concluyente la afirmación del texto.

(2) Ley de 21 de Mayo de 1813.

(3) Ley de 13 de Agosto de 1813.



IX

ABOLICION DE LOS FUEROS PERSONALES

Los fueros personales, debilitados ya por la mencionada Asamblea de 1813 (1), fueron abolidos en Buenos Aires por ley de 5 de julio de 1823, ratificada en el proyecto de Constitución de 1833 y las constituciones locales de 1854 y 1872. Este principio preconizado en Buenos Aires, es hoy día parte del derecho público argentino, en virtud de las declaraciones del estatuto nacional, y de la unánime y ya forzosa adhesión de todas las instituciones de provincia (2).

X

LA IGUALDAD SEGUN LA CONSTITUCION

Desde 1815, fecha de la primera declaración general de los derechos, la legislación argentina ha prescindido de excepciones y privilegios que redundaran en perjuicio o favor de determinadas

(1) En mayo de 1813 la Asamblea Constituyente mandó procesar a sus adversarios vencidos, por lo que llamaba "a sus delitos políticos", y declaró que se prescindiría de todo fuero personal en dichos juicios. En el mismo año declaró abolida la Inquisición, por cuya medida entraba ya en otro terreno.

(2) La abolición de los fueros personales no implica necesariamente la abolición de los fueros reales; al contrario, y nuestra ley de 1823 lo establecía explícitamente. El fuero eclesiástico



clases o condiciones personales (1); y la Constitución de 1819 definió la igualdad (2), en términos, a pesar de su énfasis, tan claros como el artículo 16 de la vigente (3).

Ningún concepto es más quimérico que el envuelto en la insidiosa pretensión de la demagogia moderna, de reducir todos los hombres a una igualdad perfecta y material. Si no es posible igualar las aptitudes y las propensiones, tampoco es posible someter la masa de una sociedad a idénticas condiciones de vida, nivelando las fortunas, destruyendo el prestigio de las clases cultas y de las personas eminentes. Al contrario; obligada, como está, la autoridad social, a proteger imparcialmente a todos los hombres, debe ampa-

tico para juzgar de las materias regidas por las leyes eclesiásticas: el fuero militar, para juzgar los delitos cometidos contra la disciplina y ordenanzas del ejército; los tribunales especiales de comercio, los de minas, donde esa industria llegue a tal desenvolvimiento que necesite ser regida por un código propio, como lo establece la Constitución argentina, caben perfectamente dentro del principio de la igualdad. En el mismo caso están los tribunales creados por la Constitución para hacer efectiva la responsabilidad política de los funcionarios públicos.

(1) Pueden consultarse el Decreto de Seguridad individual de 1811, el Estatuto de 1815 y el Reglamento provisional de 1827.

(2) "Los hombres son de tal manera iguales ante la ley, que ésta, bien sea penal, preceptiva o tutiva debe ser una misma para todos, y favorecer igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos", (Art. CX).

(3) "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

Debo notar aquí que estas declaraciones constitucionales no excluyen radicalmente la facultad de la ley para establecer condiciones de admisibilidad a los empleos, distintas de la competencia de las personas, siempre que ellas por su propia naturaleza no creen un privilegio.

rar a cada uno en su desarrollo y actividad, según sus propias direcciones y en la posesión y el goce de cuanto sea resultado y producto de su actividad y desarrollo; y como lo que es inicialmente desigual, ha de ser desigual en su mayor desenvolvimiento, si éste es libre y proporcional, se sigue que la aspiración a la igualdad no puede ir discretamente más allá de obtener para todos la misma protección bajo reglas uniformes; y que la igualdad jurídica en medio de la desigualdad natural, la desigualdad natural presidida y armonizada por la igualdad jurídica, son conceptos racionales, fuera de cuyo radio ninguna institución puede ser radicada, porque sería contraria a todo elemento experimental y especulativo de una política sana.

La Constitución argentina es, en esta materia, prudente y acertada. La igualdad que ella declara, consiste en el imperio de una sola ley y de un solo órgano de la ley sobre todas las personas, sea que proteja, sea que obligue, sea que coarte. Esta igualdad, que elimina la esclavitud, la servidumbre, las prerrogativas hereditarias y los privilegios del gremio, es la primera de las dos grandes bases sobre las cuales asienta, en la República Argentina, la libertad civil.



CAPÍTULO III

SUMARIO: CONTINUACIÓN DE LA MATERIA ANTERIOR. CIUDADANÍA Y NATURALIZACIÓN. — I. Origen histórico; distinción entre la ciudadanía y la nacionalidad — II. La ciudadanía y la naturalización según el derecho argentino. — III. Ley actual que la rige.



I

ORIGEN HISTÓRICO: DISTINCIÓN ENTRE LA CIUDADANÍA Y LA NACIONALIDAD

La revolución francesa, al despertar en las masas un apetito ferviente de igualdad política, para bajar los antiguos privilegiados al nivel común, privándolos de sus títulos, dió a la palabra ciudadanía una extensión exagerada, que más tarde ha pasado al lenguaje común en todos los pueblos que han sentido su influencia.

Esa extensión es por completo inmotivada; porque es lingüísticamente innecesaria y técnicamente falsa.

Ciudadanía se ha hecho sinónimo de nacionalidad.

No lo es, sin embargo.

Estas palabras expresan dos condiciones jurídicas distintas, que debo comenzar por definir.

La nacionalidad es aquella condición jurídica

en cuya virtud los individuos son pacientes de ciertos deberes, agentes de ciertos derechos y beneficiarios de ciertas garantías particulares de los súbditos de una soberanía.

La ciudadanía es aquella condición jurídica en cuya virtud los individuos intervienen en el ejercicio de la potestad política de una sociedad determinada.

Concuerdar para establecer esta diferencia, y dar a las palabras la definición que acabo de expresar, el ejemplo de la mayor parte de las naciones del mundo, y las doctrina de los más graves pensadores.

Ninguna autoridad de los tiempos antiguos es tan fuerte en la materia como Aristóteles, y él la establecía categóricamente.

Entre las antiguas sociedades, la ciudadanía tenía por origen una iniciación litúrgica en los ritos urbanos. Podían ser extendidos los derechos que ella envolvía a los extranjeros por vía de naturalización; pero jamás los extranjeros naturalizados, según convienen todos los historiadores griegos, adquirirían derechos idénticos a los que disfrutaban los *politai*, aunque no se pueda precisar en qué consistía la diferencia.

Tácito elogiaba la generosidad con que Rómulo había concedido a los extranjeros la ciudadanía romana. Rómulo era el fundador religioso de la sociedad y era un colonizador; necesitaba ensanchar el culto de los dioses urbanos; necesitaba atraer masas de población; pero no obstante la influencia de Numa, a medida que la sociedad romana se desenvolvía, el derecho de ciudadanía iba restringiéndose; y puede establecerse como



cosa cierta que hacia el año 267, la ciudadanía no envolvía siempre el derecho de intervenir en el ejercicio de la potestad política.

Por otra parte, es sabido que en tiempos posteriores existía una gran diversidad de derechos en la masa que formaba la sociedad romana extendida por medio de la conquista. Así, existían los ciudadanos ingenuos y municipes; existían los derechos del Lacio; los derechos itálicos; los derechos provinciales. Hubo épocas en que la ciudadanía fué materia de granjería para los gobernantes inmorales. El tribuno romano que mandó azotar a San Pablo, declaró haberla comprado.

Caracalla facilitó más que ninguno de sus predecesores la adquisición de la ciudadanía; pero su propósito era antes financiero que político: extendió los derechos de ciudadanía para extender el número de contribuyentes en determinados impuestos.

En la decadencia del Imperio Romano, no sólo había esta diferencia entre la nacionalidad y la ciudadanía, sino que había diferencia en el grado de potestad política que determinadas clases de los ciudadanos investían. Así, el derecho municipal no envolvía siempre el derecho político, y la degeneración de las instituciones municipales provino, probablemente en parte principal, de esa circunstancia. Finalmente, Savigny ha establecido (tomando en conjunto todos los antecedentes de la materia y estudiando el punto en el momento en que el derecho romano afectaba la estructura más consistente) que existían dos clases de ciudadanos el *cives optimo jure* y *cives non optimo jure*.





Pasando de aquellas naciones a las modernas, encontraremos en todas establecida la misma diferencia.

En España los juristas distinguen los derechos de ciudadanía y los derechos de nacionalidad. Los derechos de nacionalidad se adquieren por medios distintos que los de la ciudadanía. El derecho de nacionalidad es universal a todos los españoles y el derecho de ciudadanía sólo es disfrutado en virtud de su capacidad relativa por aquellos a quienes la ley se lo acuerda.

De aquí se sigue que hay diversas clases de naturalización, puesto que consiste en la admisión de los extranjeros, ya a la ciudadanía, ya a la nacionalidad.

Reconocen, en efecto, en España, cuatro clases de naturalización distinta: la *naturalización absoluta*, que iguala en derechos políticos a los extranjeros y a los nacionales; la *naturalización secular*, que confiere el derecho de ejercer puestos públicos y dignidades oficiales en el orden político, civil y administrativo; la *naturalización eclesiástica*, que consiste en el derecho de adquirir prebendas o dignidades de la Iglesia; y, finalmente una *naturalización secular incompleta*, según la cual sólo en determinado modo se iguala a los extranjeros con los nacionales en materia de derechos, sin que el naturalizado pueda aspirar a ocupar ninguna dignidad pública de importancia.

No es España, de las naciones modernas, la única en que está establecida esta legislación.

En Francia, aun tratándose de los nacionales, están divididos los derechos de que disfrutan en



tres categorías: primera, los *derechos civiles*; segunda, los *derechos cívicos*; y tercera, los *derechos políticos*. Los derechos civiles son exclusivos de los nacionales; los extranjeros no tienen igualdad de derechos con los franceses, sino en tanto que, por tratados, hayan establecido las naciones a que pertenezcan reciprocidad respecto de los franceses residentes o que lleguen a residir en su territorio. Los derechos cívicos son aquellos en cuya virtud los individuos pueden tomar parte en las elecciones y en el gobierno de las comunas y de los departamentos, y tienen la facultad de llevar armas y formar parte del ejército. Los derechos políticos son los que constituyen a los hombres en miembros activos del cuerpo que ejerce la potestad gobernante de la sociedad.

Podemos establecer que la nacionalidad investida con derechos políticos confiere en Francia una facultad análoga a la del *cives optimo jure*, y la que está sólo investida con los derechos cívicos, semejante a la del *cives non optimo jure*.

En Inglaterra, hasta la ley de 1872, había como es sabido, dos clases de naturalización: la *denization*, otorgada por la corona, y la *gran naturalización*, otorgada por el parlamento. La ley de 1872 ha modificado capitalmente las antiguas leyes sobre la condición de los extranjeros, sobre la ciudadanía y sobre los medios de adquirir la ciudadanía legal. No es menester acudir al parlamento para naturalizarse; poseyendo las condiciones que la ley determina, cualquier extranjero puede solicitar del secretario de Estado su naturalización. No puede exigirla de derecho, puede sólo impetrarla. El secretario de Estado resuel-



ve inapelablemente en cada caso. Pero al cabo, es verdad que se ha facilitado en gran manera el acceso a la nacionalidad inglesa; entretanto, se conserva la denización, es decir la seminaturaliza. Por consiguiente, permanece, bajo este punto de vista, la antigua distinción entre la ciudadanía y la nacionalidad.

Por otra parte, es sabido que si reconocemos a la ciudadanía con el carácter que hemos establecido, y aceptamos la definición de Kant, quien decía: "el ciudadano es el elector", no todos los nacionalizados son ciudadanos en Inglaterra. Existe la misma diferencia en los Estados Unidos de Norte América, y bastará para demostrarlo recordar esta circunstancia: el derecho de nacionalidad está regido en los Estados Unidos por leyes generales; entretanto que los derechos políticos, que se refunden y sintetizan en el derecho electoral, están regidos por leyes locales. Luego, una y otra condición jurídica, son diversas.

Estudiando la legislación vigente en la República Argentina, veremos que no difiere de los modelos que acabo de presentar, explicando el derecho comparado.

Según nuestra legislación, son considerados nacionales todos los nacidos bajo la bandera de la República, sin distinción de edad ni de sexo. Entretanto, no son considerados ciudadanos, sino los varones adultos de 18 años en adelante. Las mujeres y los menores de 18 años, son nacionales, pero no son ciudadanos. Se me dirá que los menores de 18 años no pueden ser ciudadanos, y que las mujeres no deben serlo. Convengo con ello; pero no hago por ahora sino citar el hecho

para demostrar que nuestras leyes establecen entre la nacionalidad y la ciudadanía la misma diferencia que hay en la tradición legal de todos los pueblos del mundo.

II

LA CIUDADANÍA Y LA NATURALIZACIÓN SEGUN EL DERECHO ARGENTINO

La Constitución establece que el Congreso debe dictar leyes uniformes de ciudadanía y naturalización bajo el principio de la ciudadanía natural. Más correctamente habría procedido el legislador si hubiera dicho *nacionalidad* natural, que diciendo *ciudadanía* natural; pero ya que está explicada la diferencia entre ambos conceptos, no debemos reparar en ésta, que es una de las muchas incorrecciones de forma de la Constitución.

El principio de la ciudadanía natural o de la nacionalidad natural, se opone al de la ciudadanía o nacionalidad originaria. Según el primero, deben ser considerados nacionales todos aquellos que nazcan en el territorio sometido a la soberanía de determinado grupo social; según el segundo, los hijos, sea cualquiera el territorio en que nazcan, siguen la nacionalidad o ciudadanía de sus padres.

Casi todos los pueblos de Europa, al menos aquellos que por su cultura y su influencia política imperan en el mundo, profesan en esta materia el principio de la nacionalidad originaria. Está





establecido en las leyes de España, de Inglaterra, de Bélgica, y en las de Francia en términos más rigurosos que en ninguna otra legislación; puesto que todo francés, que renuncia a su nacionalidad o se naturaliza en país extranjero, sin permiso del jefe del Estado, puede ser privado de sus bienes ubicados en Francia y del derecho de heredad.

Pasando a América, encontramos una doctrina completamente distinta.

Los Estados Unidos transigen entre los dos principios. Tratando de conciliarlos establecen como regla general, para ser aplicada en los casos dudosos, el principio de nacionalidad natural, pero reconocen a los hijos de extranjeros que nazcan en el territorio de los Estados Unidos, el derecho de optar, llegando a cierta edad, por la nacionalidad de sus padres.

Como se ve, no hay un principio que esté universalmente aceptado.

Parece, sin embargo, más conforme a la razón, que el hombre tenga la nacionalidad de aquel país bajo cuya bandera y bajo cuya protección nace.

Pero en el caso que esta observación no fuera concluyente, como nunca se puede suponer que persuada al espíritu y lo obligue a aceptar como regla superior el de la nacionalidad originaria tendremos que convenir en que es una materia que no está regida por ningún principio abstracto. En este caso debe ser regida por las conveniencias de cada nación; y no puede ponerse en duda que si los países de población densa y emigrante, tienen conveniencia en conservar el principio de la nacionalidad originaria, los países de

población inmigrante y que están colonizándose, (como todos los de América) necesitan, al contrario, aceptar el principio de la ciudadanía natural.

Si de esta manera no se arreglara la legislación, sucedería que una gran masa de nativos del país, añadida a la masa de la inmigración, formaría en el centro de cada sociedad un grupo enorme de extranjeros.

Considerándolos bajo cierto punto de vista, estos hombres formarían un núcleo de privilegiados exentos de todos los deberes conexos con los derechos cívicos y políticos; y considerándolos bajo otro, compondrían una gran masa de opinión, de intereses, de elementos sociales y morales, subordinada a la prepotencia de un pequeño grupo, investido a la manera de los antiguos patricios romanos, con el derecho pleno de la ciudadanía.

Cualquiera de estas dos hipótesis nos obliga a afirmar que el principio de la ciudadanía originaria, en países como los americanos, tendría que producir, más o menos tarde, fenómenos radicalmente contrarios al sistema republicano de gobierno.

No es extraño que la América haya sido unánime en adoptar el principio de la nacionalidad natural, que está escrito en todas las constituciones de las repúblicas hispano-americanas, como está escrito también en la constitución y leyes del Brasil.

Lo consignaron las primeras leyes dadas en seguida de la revolución en la República Argentina, sobre esta materia, en 1813, y las de 1815 y 1817. La Constitución de 1853 no lo estableció ca-





tegoricamente, y aconteció que al negociar con España el reconocimiento de la independencia de la República, el gobierno español exigió que fuese reconocido a los hijos de españoles nacidos aún después de la revolución, el derecho de optar por la nacionalidad de sus padres.

El gobierno argentino consintió en esa estipulación y el Congreso le autorizó a ratificar el tratado que la contenía; pero la provincia de Buenos Aires (al tiempo de reincorporarse a la nación) protestó contra esa obligación, y sugirió la conveniencia de reformar el artículo correspondiente de la Constitución Nacional.

Así lo hizo, en efecto, la Convención de 1860, estableciendo el texto del artículo tal cual rige hoy día, y exigiendo que las leyes de ciudadanía y naturalización de la República Argentina estén adaptadas al principio de ciudadanía natural.

Exige también la Constitución que estas leyes sean uniformes. Por eso ha dado autorización al Congreso para dictarlas y ha privado a las provincias que legislen sobre la materia.

El artículo correspondiente de la Constitución de los Estados Unidos difiere algo del nuestro. La Constitución argentina dice: *leyes de ciudadanía y naturalización*. La Constitución de Norte América dice solamente: *leyes de naturalización*. La diferencia tiene una explicación muy sencilla.

La facultad, que sintetiza todos los derechos políticos, es la franquicia electoral.

En los Estados Unidos la franquicia electoral ha sido regida por leyes particulares de los Estados. Por consiguiente, no es extraño que la con-

vención constituyente al tratar de la materia, se limitara a hablar de las leyes de naturalización, aunque es verdad que el Congreso tiene facultad para dictar leyes sobre materia electoral y para modificar la de los Estados; y en 1870 y 1872, ha hecho uso de ella, porque necesitaba dar forma orgánica a la situación política que creaba al país la emancipación de la esclavitud.

Si no se estableciera que la ciudadanía y la naturalización han de ser regidas en el país por leyes uniformes, tendría que suceder una de dos cosas; las leyes de ciudadanía dadas por las provincias no tendrían alcance sino dentro de los límites de su jurisdicción; y entonces habría heterogeneidad en una materia de legislación tan grave y trascendental como ésta, o bien las leyes de las provincias tendrían alcance respecto de las otras, en cuanto confirieran derechos cuyo ejercicio podría tener lugar en el territorio de cualquiera de las demás. Esta sería la hipótesis que realmente hubiera de realizarse, si la Constitución que tal cosa consintiera, tuviera una cláusula semejante a la que establece en la argentina y en la norteamericana, que quien goza de los derechos inherentes a la ciudadanía en un Estado o provincia, tiene los mismos derechos en todas las demás provincias o Estados. En este caso, una provincia podría caprichosa y antojadizamente incorporar a la ciudadanía elementos que otras reputarían peligrosos, y alterar el orden institucional de todas las demás; lo cual es inadmisibile.

Por otra parte, la naturalización, la ciudadanía, la nacionalidad, son principios supremos sobre los cuales reposa toda la organización política y





social de un país, y no corresponde a las provincias, procediendo aislada y acaso contradictoriamente, establecer las reglas supremas de la organización: es la nación, la más alta expresión de la soberanía, la que está naturalmente facultada con los poderes requeridos para dictar esas reglas superiores.

El artículo 8.º de la Constitución, que acabo de mencionar, dice que los ciudadanos de una provincia gozan del mismo título y privilegio en todas las demás.

Este artículo es concorde con otro de la Constitución de los Estados Unidos. Pero, puede preguntarse: ¿no se sigue de esa cláusula constitucional, que las provincias tienen la facultad de dictar leyes de ciudadanía?

Ese artículo tiene una explicación muy sencilla, que desaloja y hace inútil la pregunta.

Bajo la confederación de los Estados Unidos, los Estados tenían derecho de dictar leyes sobre naturalización. Por consiguiente, cuando la Constitución nacional fué sancionada en la convención de Filadelfia, se encontraban los legisladores delante de este hecho: multitud de leyes de nacionalización distintas entre sí, que creaban derechos también diversos y discordantes.

Era menester reducirlos a la unidad. Este objeto tuvo la cláusula constitucional que comento.

Análogo sentido tiene en la Constitución argentina el artículo 8.º, o no tiene ninguno.

Quiere decir que el valor de este artículo y el de su correlativo de la Constitución de los Estados Unidos, han sido transitorios, como medio de remediar un mal existente; pero no constituyen

una regla del orden normal en las instituciones.

En uso de sus facultades propias, pueden las provincias conferir a los extranjeros cierta especie de naturalización, ciertos derechos cívicos: los derechos del orden municipal.

Los derechos cívicos que una provincia puede reconocer a los extranjeros no son susceptibles de ser ejercidos, sino dentro de los límites y objetos en que les fueron concedidos. Los derechos cívicos o los derechos políticos, si se les quiere dar ese nombre, puesto que se trata del gobierno y administración del orden municipal, no son prorrogables, y la Constitución más previsora en este punto ha sido la de Suiza, que lo ha establecido categóricamente al formular una disposición semejante a la del artículo 8.º de la Constitución argentina.

III

LEY ACTUAL QUE LA RIGE

El Congreso en 1869 y en virtud de las facultades que la Constitución le confiere y procediendo dentro de las instrucciones que le da, ha dictado una ley de ciudadanía y naturalización, cuyo extracto terminará la conferencia presente.

Esta ley declara que son argentinos, es decir, que tienen el derecho natural de nacionalidad, todos los que nazcan en el territorio de la República Argentina, exceptuando los que nazcan en legaciones extranjeras, en virtud de aquella ficción jurídica que supone a los agentes diplomáticos



extranjeros, fuera del territorio de la nación en la cual se encuentran acreditados.

Considera igualmente como argentinos a todos los hijos de padres argentinos nacidos en el extranjero que soliciten ser incorporados a la nacionalidad.

Considera también argentinos a todos los que nazcan en las legaciones y buques de guerra argentinos o en mares libres, bajo la bandera nacional; y, finalmente, a los que hubieran nacido en alguna de las provincias que formaban parte de la República Argentina, en época anterior a su separación, y que optaron por la nacionalidad argentina.

Respecto de la naturalización, establece que todo extranjero que tenga 18 años de edad, puede solicitar ser incorporado a la nacionalidad, con tal que revista algunas de estas condiciones: que tenga dos años de residencia en el territorio argentino, como lo establece la Constitución, o bien que esté casado con mujer argentina, o haya prestado al país servicios públicos en el orden civil o militar, o haya contribuido a su fomento o desarrollo material, intelectual o moral, por medio de la colonización, propendiendo al desarrollo de la industria, u ocupándose de la enseñanza.

El extranjero que reúna estas condiciones sólo necesita acudir al juez federal de la sección en que tenga su domicilio y probar, presentando dos testigos, que se encuentra en las condiciones legales. Con esto, exige su carta de ciudadanía, a diferencia de lo que en otros países sucede donde las condiciones para adquirir la ciudadanía, dan opción, pero no derecho a ella.





El extranjero naturalizado entra en el goce de todos los derechos de la ciudadanía activa, desde el momento en que recibe su carta de naturaleza, y disfruta de un privilegio que la Constitución le concede: está exento del servicio militar durante diez años.

Respecto del derecho electoral pasivo, tiene algunas limitaciones. No puede en ningún caso ser elegido presidente de la República; sólo después de seis años de ejercicio de ciudadanía puede optar al cargo de senador o de juez de la Suprema Corte, si reúne los otros requisitos establecidos por la ley; y después de cuatro años puede optar al cargo de miembro de la Cámara de Diputados.

Son éstas las únicas limitaciones, unas temporales y otras perpetuas y absolutas, que tienen en el ejercicio activo y pasivo de los derechos de la ciudadanía.

La ciudadanía se pierde por renuncia que de ella se haga, naturalizándose en otro país; por aceptar sin permiso del Congreso empleos u honores de gobiernos extranjeros; por incurrir en una quiebra clasificada por juez competente como fraudulenta, y por cometer delito que haya merecido pena infamante.

El último artículo de la ley reserva al Congreso facultad exclusiva para rehabilitar al que por cualquiera de las causas enunciadas haya perdido la ciudadanía o la nacionalidad (1).

(1) Véanse los apéndices A., B. y C. de este volumen.—(N.



CAPITULO IV

SUMARIO: CONTINUACION DE LA MATERIA ANTERIOR. GARANTIAS DE LA LIBERTAD CIVIL. LÍMITES DE LA POTESTAD SOCIAL. — I. La libertad civil y la libertad política. — II. Relación general de la sociedad y de los individuos: condiciones de la libertad civil. — III. Limitación positiva de la acción gubernativa de la sociedad.



I

LA LIBERTAD CIVIL Y LA LIBERTAD POLITICA

La igualdad puede coincidir con la abolición de la libertad civil, y coincide de ordinario, siempre que el imperio de la sociedad sobre los individuos no esté racionalmente limitado. El mayor incremento de la libertad política es también insuficiente para consolidar la libertad civil. Ella acrece el número de personas habilitadas para intervenir en el gobierno; pero si las facultades del gobierno, en un Estado popular, son excesivas, aunque cada ciudadano coopere a despotizar a los demás, será a su turno despotizado por la masa. Que el Estado tenga una forma u otra, es cuestión interesante, sin duda, pero secundaria: lo sustancial es averiguar si el Estado puede o no puede arrogarse una facultad sin límites para gobernar los individuos; si le incum-



be un poder omnímodo o un poder circunscripto sobre las personas y sus actos y relaciones (1).

Dos elementos entran en el problema. La Constitución argentina los esclarece y resuelve y acertadamente en su mayor generalidad teórica; pero hay en el fondo de nuestras instituciones errores que los bastardean.

II

RELACION GENERAL DE LA SOCIEDAD Y DE LOS INDIVIDUOS: CONDICIONES DE LA LIBERTAD CIVIL

El artículo 19 de la Constitución declara que, “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Basta tener presente una

(1) Para precisar los caracteres diferenciales de la libertad civil y de la libertad política se nos perdonará transcribir aquí algunos fragmentos de un trabajo anterior, destinado a esclarecer esta cuestión, aunque en los términos breves y compendiosos de un discurso.

“La idea de la libertad es una idea compleja, en la cual están comprendidos el concepto de la libertad civil y el de la libertad política, específicamente distintos, aunque relacionados y armónicos entre sí. El problema de la libertad civil abarca todas las cuestiones referentes al objeto y fin de las leyes sociales: el de la libertad política abarca las concernientes a sus fuentes positivas y al modo y procederes oportunos para fijarlas.

—¿Qué debe estatuir la ley? Ved ahí la cuestión de la libertad civil. — ¿Quén y cómo debe legislar? Ved ahí la cuestión de la libertad política.

De otra manera; la libertad civil es aquella condición, en cuya virtud los individuos ejercitan, bajo amparo y defensa de las leyes sociales, todas las facultades concurrentes al cumplimiento del deber moral, o lo que es igual a la realización



consideración para adherir a esta cláusula. Los vicios y los errores crecen mancomunados en la humanidad: todas las inclinaciones del ánimo se resuelven en conceptos de la mente; y si duran, se generalizan en máximas morales, opuestas por cierto a la razón imparcial, pero adecuadas a las pasiones. Esta circunstancia explica la contradicción tan común entre la sana moral, exigente y severa, y las reglas del honor flexibles y blandísimas porque se acomodan a la manera extraviada de sentir y a la dirección de los apetitos. Del dominio de las costumbres pasa fácilmente este contraste al dominio político; otras veces se produ-

del bien, personalmente, en el orden doméstico, y en las relaciones y solidaridad nacidas de asociaciones parciales distintas de la familia: la libertad política es la facultad, más o menos extensa, de intervenir en el ejercicio de la potestad gobernante de una nación.

La libertad civil afecta la organización y vida de la sociedad; la libertad política afecta la organización y vida del Estado.

Y esta simple enunciación basta para comprender que confundir ambos elementos constitutivos del concepto de la libertad, equivale a confundir el sujeto con el objeto, los medios con los fines; y que de tan crasa confusión doctrinaria deben necesariamente seguirse desórdenes en la acción de parte de las fuerzas militantes de las sociedades.

La facultad directriz del hombre no es el libre albedrío: es la Razón, porque ella es la facultad que concibe la ley superior de los actos y trasmite sus reglas a la voluntad, ya que la libertad moral, como decía Montesquieu, consiste en poder hacer lo que se debe querer.

Síguese de aquí, que el hombre no ha nacido para gobernarse antojadizamente, sino para hacerse digno de cierta finalidad adecuada a su naturaleza, según los divinos designios, por medio de actos racionales y conducentes a conseguirlos.

Vive en el estado social, que es una condición necesaria de su existencia terrenal; y en su seno se desenvuelve, se-



ce originariamente en él y pasa a las costumbres por contagio; pero en uno u otro caso es evidente que desvirtúa el gobierno desde que lo afecta. La historia de los Césares romanos lo comprueba; — era entre ellos el despotismo una modalidad inevitable, y la crueldad una manía endémica, digámoslo así, en las regiones superiores del poder. Y ya se deja ver que interesa a las sociedades organizarse de suerte que los derechos, cuyo respeto han menester para desenvolverse, no estén de continuo expuestos al arbitrio de los gobernantes, es decir, a los errores de su juicio privado y a las volubilidades de sus pasiones. Todo

gún su ley y su fin; pero si la libre voluntad no es la facultad directriz del hombre, tampoco lo es de las colecciones humanas, sino de la Razón determinada en la Ley. Luego, si es verdad que no ha nacido el hombre para gobernarse, es cierto que tampoco ha nacido para gobernar.

Deduzco de aquí que en punto a la organización de las sociedades, es cuestión secundaria (aunque sin duda interesante), la que corresponde a la índole y tendencias de la ley, que rige los actos y regula todas las relaciones.

La ley positiva puede favorecer, y puede contrariar o cohibir el desarrollo moral del hombre.

En el primer caso llena su papel funcional en la armonía del universo: en el segundo caso, lo excede, lo desnaturaliza, se degrada y se subleva contra Dios, de quien viene toda potestad, a quien todas las cosas están sujetas en el cielo, en la tierra y en los abismos.

Y para concretar mi pensamiento; en el primer caso reconoce y garantiza los derechos del ser humano, mientras que en el segundo los conculca: en el primer caso consolida la libertad civil, que es aquella condición jurídica resultante de la garantía otorgada a los derechos individuales por la potestad social: en el segundo caso la destruye y es despótica, cualquiera que, por otra parte, sea la fuente y el órgano de su poder monstruoso y corrompido: monarca, casta, clase o muchedumbre soberana. No aborrezco en nombre de los tiranos: aborrezco su tiranía!"

El autor: *La libertad y el liberalismo*.

gobierno de capricho es despótico, y si ultraja el derecho natural, tiránico. Los beneficiarios del despotismo pueden ser electivos, hereditarios o usurpadores; mas esta diferencia de accidentes, poco afecta la sustancia de las cosas; y como quiera que tan fácilmente degenera el criterio moral de los hombres, no es maravilla que con la misma facilidad se implante la tiranía donde quiera que el gobierno no obedece a reglas fijas y uniformes, que hacen en la vida colectiva el mismo papel que la razón en el régimen de la vida privada. Por eso el imperio de la ley es una condición necesaria de la libertad civil (1).

En virtud de su predominio todos los actos sociales tienen una regla encaminada al bien común; la autoridad privada se ejercita en un radio circunscripto e invariable, o solamente variable bajo la autoridad de nuevas reglas, legítimas por su orden jurídico y por su fin adecuado a los que implica el ministerio social; las acciones y reacciones de la unidad humana y la colección política están medidas por principios definidos; toda perturbación en su equilibrio y en la armonía de las relaciones privadas es rectificada por medios prestabilitos; y finalmente, ni puede ser aumentada de improviso la suma de deberes que gravitan entre los individuos, ni puede ser cercenada la suma de franquicias de que disfrutan.

(1) Pudiera argüirse contra la doctrina del texto con el ejemplo de Inglaterra, donde la libertad civil alcanza gran desarrollo y solidez, no obstante que el parlamento invista facultades ilimitadas. Pero el argumento tiene poca fuerza, por cuanto estriba en un ejemplo, es decir, en un concepto particular, que no da base para un raciocinio general; pe-



III

LIMITACION POSITIVA DE LA ACCION GOBERNANTE
DE LA SOCIEDAD

Otra cláusula del mismo artículo constitucional pone límites positivos a la acción gobernante de la sociedad, diciendo que, "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

La máxima cardinal de esta cláusula es que la potestad social sobre los individuos no es absoluta, sino relativa a determinados aspectos de su naturaleza y a determinada categoría de actos suyos. Entre el socialismo y la política conforme al derecho natural, media esta diferencia: que el socialismo, según lo han realizado las sociedades paganas, según lo preconizan los utopistas contemporáneos de Europa, y según lo formulaba Rousseau al describir su ideal entre los sistemas políticos, despoja

ro siendo la política una ciencia en gran parte experimental, conviene tomarlo en consideración, y refutarlo en su propio terreno. Cualquiera que sea la extensión de la autoridad parlamentaria en Inglaterra, es de la misma manera cierto que ningún acto privado ni público es judicial ni administrativamente apreciado sino bajo la regla de la ley preexistente, o de la tradición y la costumbre, que forman el punto de apoyo en la vida civil y política de la nación, y tiene allí mayor vigor que los estatutos escritos, y continuamente corregidos o adulterados por medio de interpretaciones maliciosas, en las sociedades dolientes e inestables. Ni negamos que la potestad parlamentaria de Inglaterra sea peligrosa, ni que en cualquiera otra nación sería probablemente funesta;



al hombre de su individualidad moral y jurídica para convertirlo en fracción de una unidad superior, "cuyo denominador es la sociedad, tanto más perfecta, cuanto más lo desnaturalice" (1); en tanto que la doctrina opuesta reduce el papel de la soberanía a lo estrictamente necesario para conservar la sociedad, de la cual es atributo, y regular las relaciones externas de los individuos (cuya capacidad deja íntegra), en conexión con el bien común.

observamos tan sólo que las condiciones generales de paz de aquella sociedad son tan robustas, que atiendan las consecuencias de la omnipotencia parlamentaria, limitándola de hecho, con más vigor que si lo estuviera por aforismos legales, siendo de esta suerte una excepción plenamente confirmatoria de la regla. Para probar, por otra parte, los excesos a que las naciones pueden llegar cuando sus gobiernos no están limitados, podríamos servirnos, a nuestro turno, del ejemplo de la misma Inglaterra, estudiando su historia religiosa y eclesíástica de Enrique VIII adelante; el protestantismo aceptado, abjurado y vuelto a aceptar, el pontificado investido en la corona, y la disciplina eclesíástica y las reglas de fe definidas por declaraciones parlamentarias y estatutos de la autoridad política.

(1) Se amplía esta opinión en el trozo que sigue:

"El legislador debe tener capacidad para cambiar, por decirlo así, la naturaleza humana; para transformar cada individuo (que es un todo perfecto y solidario), en partícula de otro todo mayor, y que le da, en cierto modo, su vida y su ser; para alterar la constitución del hombre, a fin de reforzarla; para sustituir la existencia física e independiente que hemos recibido de la naturaleza, por otra existencia parcial y moral. Es menester, en una palabra, que despoje a los hombres de sus fuerzas propias, dándoles en cambio fuerzas extrañas, de las cuales no puede usar sin auxilio ajeno. Mientras más anonada las fuerzas naturales, y más grandes y duraderas sean las adquiridas, más sólida y perfecta será su institución: de suerte que si cada individuo nada es ni puede nada sino por los demás, y si la fuerza del total iguala o supera a la suma de las fuerzas naturales de todos los individuos, puede decirse que la legislación ha llegado a su más alto grado de perfección".

Contrato social Lib. II, Cap. VII.





Las funciones de la ley no reconocen límites dentro del socialismo, siendo la sociedad fuente universal de la moral, es decir, estando investida de una potestad dogmatizante, y por inmediata consecuencia, de un poder indispensable para definir y alterar los principios iniciales del derecho en cualquier esfera, y de rectificar o abolir las consecuencias que en punto a la condición de las personas hayan tenido aun los principios por ella definidos en cualquiera época y en cualquiera situación (1). Por el contrario, la doctrina que acata un derecho natural y un derecho divino, distintos del derecho positivo y superiores a la potestad social, asigna límites a la autoridad de las leyes, fuera de las cuales actúa y permanece inmune la libertad de los individuos. El primero de estos límites afecta la forma sustancial de las leyes. Las leyes deben amoldarse a los principios supremos de justicia, de moral y de caridad que no nacen de convenciones ni son de humana invención. El segundo límite se relaciona con su papel y determina sus funciones. La ley debe coartar todas las libertades para garantizar todos los derechos (2), reprimiendo los actos que agraven el

(1) No es posible llegar a esta teoría sin negar a Dios o sin prescindir de El; por eso ha nacido en las naciones paganas, cuyo concepto de la Divinidad está oscurecido por mitologías groseras y esterilizado por el sistema de las religiones cívicas: ha reaparecido en Europa por la ambición de los poderes políticos, empeñados en enervar o destruir el ministerio de la Iglesia, y se ha reforzado por la apostasía y la negación de la Providencia en la incompleta y estéril filosofía de los panteístas materialistas y eclécticos de nuestros días.

(2) Téngase presente la definición que hemos dado de nuestro concepto del derecho, para la correcta inteligencia del texto.



de tercera persona; los que subvirtiendo el orden, comprometan la existencia y la marcha pública, esto es, contra aquellos principios de moral que tienen conexión inmediata con la existencia de la sociedad (1).

Los dos principios consignados en el artículo 19 son, como se ve, conducentes a asegurar la libertad civil, pero no bastan para radicarla en toda su amplitud. De ahí que, aun reconocidos y hasta exagerados por las escuelas preponderantes, hayan sido ineficaces para desenvolver el derecho en las sociedades modernas.

Estas escuelas se allanan de buen grado a limitar la acción de la ley sobre la vida privada, fundándose en la máxima de la soberanía individual, de donde arranca la teoría del contrato social y de ésta el principio de la soberanía absoluta de las masas. Combinados uno y otro conceptos, se llega por fuerza a estas dos consecuencias: primera, que los actos individuales carezcan de todo freno, y que la libertad de los individuos escape a toda disciplina: segunda, que las facultades del Estado no reconozcan límite sino en la voluntad de las masas, lo cual equivale a no tenerlo. Por eso se acepta la independencia personal sin detenerse ni aun en la anarquía, sin confesar que el hombre es naturalmente súbdito de la soberanía social, y que la potestad que le cohibe y le protege no es una creación

(1) Esta es la doctrina de Santo Tomás de Aquino. *Non potest humana lex... omnia vitia cohibere, sed graviora tantum sine quorum prohibitione societas humana conservari non posset...* (Summa, Pr. sec. Qu. 96)... *Non quoscunque virtutum actus lex humana precipit, sed illos duntaxat per quos homo ad bonum, commune ordinatur...* (Id. id. a 3).

convencional, sino un atributo nativo y propio de la sociedad, ser moral formalmente distinto de todos los individuos que la componen; y al mismo tiempo se atribuye a la ley un papel excesivo y opresor sobre todos aquellos órdenes de relación y núcleos de actividad en que coinciden la vida pública y la vida privada. Estas dos consecuencias son contradictorias, y no obstante, son lógicas, porque siendo falso el principio en que estriban, por fuerza han de ser ellas alternativamente opuestas a la razón y recíprocamente inconciliables. Es perceptible la filiación dialéctica del segundo error. Dado que la sociedad haya recibido su existencia o su poder del libre consentimiento de los asociados, la ley no tiene sino una fuente, y la vida civil sino una regla fundamental, esto es, la voluntad de la masa de hombres soberanos, expresada en el Estado y por el Estado. Luego, todas las relaciones, actividades y designios que salen de los límites estrictos del interés privado, y que necesitan dirección y gobierno, han de ser dirigidas y gobernadas por el Estado; y entran en esta categoría los intereses morales y religiosos, las relaciones y derechos de familia; la enseñanza, las profesiones bajo el triple concepto ya intelectual, ya mecánico, ya mixto. Bajo el imperio de esta doctrina vemos aparecer en la historia constitucional de las naciones el pontificado político, el patronato gubernativo de la Iglesia, y en los últimos períodos, el Estado ateo; contemplamos el régimen civil del matrimonio y las leyes sucesorias que menoscaban la autonomía de la familia: se levanta el Estado docente: desaparece la individualidad moral y jurídica de los gremios profesionales, cuyas funciones disciplina-



rias absorbe también el Estado: disuelve la solidaridad de los oficios mecánicos y bajo el precario sistema económico del asalariado, estalla la contienda del hambre y la opulencia sórdida, de la envidia y la codicia en el campo de relaciones del trabajo y el capital. Si el Estado combate violentamente este antagonismo, corre peligro de ser vencido y transformado. Los pueblos abandonan en tales crisis las instituciones políticas y sociales como una vestidura vieja, y viven en eternas renovaciones, bajo una monstruosa y perdurable fusión de infancia y caducidad, por despreciar las condiciones sólidas y fuertes de la libertad civil. La libertad de las corporaciones es incompatible con el Estado omnipotente; y sin la libertad de las corporaciones, la libertad civil está mutilada, aunque la vida privada sea inmune ante la autoridad y la ley.

Muchas de estas anomalías y vicios, imperfeccionan las instituciones argentinas, como resultará comprobado de numerosos estudios parciales en el curso de este libro.

No pocos de ellos son originarios. Las monarquías europeas excedieron todo límite racional al desenvolver el poder político informe, bajo el régimen feudal, y fortificando indefinidamente el Estado, cuyo agente irresponsable y supremo se acogía bajo la fraudulenta paradoja del derecho divino de los reyes. La legislación colonial de Sud América estaba combinada bajo esos principios, como que corresponde al período de mayor incremento del Estado y de la potestad real de España.

Otros nacen de haber puesto en boga en el Río de la Plata las extravagancias de la revolución francesa, la cual traspasó de Dios al pueblo, y del



rey a las asambleas electivas, la fuente teórica y la fuerza positiva de la autoridad del Estado. Por esta imitación se ha retrocedido hasta el extremo de abolir débiles restos de las antiguas libertades españolas, resistentes al centralismo monárquico y trascendidas a América, obedeciendo la máxima en que Rivadavia condensaba el plan político y social de su escuela: *simplificar y concentrar*. Otros provienen de la indiscreta, aunque acaso inevitable constitución de Estados provinciales, sin vitalidad suficiente, erigidos por evoluciones políticas frecuentemente insanas; y del exclusivo empeño de los estadistas más eminentes por su patriotismo, en desenvolver la libertad política en el Estado, sin limitarlo ni organizar la sociedad para la libertad civil (1).



CAPITULO V



SUMARIO: CONTINUACIÓN DE LA MATERIA ANTERIOR. SEGURIDAD PERSONAL. I. Disposición constitucional.—II. Origen histórico y naturaleza del derecho de *Habeas Corpus*. Legislación argentina.—III. Caso de ser sorprendido *in fraganti*.—IV. Inviolabilidad del domicilio.—V. Inviolabilidad de la correspondencia.—VI. Reglas constitucionales del procedimiento judicial en materias criminales.—VII. Jurisdicción ordinaria.—VIII. Fundamento de las sentencias.—IX. Medios indagatorios.—X. Libertad de la defensa.—XI. Irrevocabilidad de las sentencias ejecutoriadas.

I

DISPOSICION CONSTITUCIONAL

La seguridad personal y una regla fija y prudente de procedimientos judiciales en materia penal, son garantías de libertad civil, casi tan necesarias como la igualdad y la limitación de los poderes peculiares del Estado. En el pormenor de la vida cotidiana, la autoridad y el derecho de los individuos estarían en más frecuente conflicto por la carencia de instituciones análogas, que por cualquier otro vicio de organización social, en virtud de una razón clarísima. Es indisputable que la función culminante del Estado en el movimiento interno de las naciones, sea conservar la paz social, reprimiendo todos los actos siniestros que la



turban por atentar contra el derecho privado o contra el derecho público; y si la inocencia no tuviera resguardo, si la libertad de las personas no tuviera defensa, si el error de la mente y las pasiones del ánimo, que pueden adulterar la aplicación de la ley penal, no tuvieran un correctivo tan eficaz como lo comporte la naturaleza humana, diarias violencias y abundantísimas injusticias se verificarían en el ejercicio de un poder intrínsecamente legítimo y que llegaría a obrar en sentido opuesto a los fines de su natural institución. El despotismo es tan contrario como la demagogia al estado de paz. El estado de paz es la condición y el resultado de la libertad civil.

Bastan estas brevísimas consideraciones para justificar los preceptos constitucionales a cuyo comentario entraremos en seguida, contenidos en el artículo 18, que dice así: “Ningún habitante de la Nación, puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley, antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidas para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias: para seguridad y no para cas-

tigo de lo reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

II

ORIGEN HISTÓRICO Y NATURALEZA DEL DERECHO DE *HABEAS CORPUS*, LEGISLACIÓN ARGENTINA

Por razones de método invertiremos en el comentario el orden de las cláusulas (1), comenzando por la que concierne a la seguridad personal, así concebida: “nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”.

Este precepto no es novedad en nuestra legislación. Lo contenía el decreto de seguridad individual de 23 de noviembre de 1811, y lo reprodujeron los estatutos constitucionales de 1815, 1817 y 1819; no obstante, que, como todo el sistema de garantías de que forma parte, haya sido violado.

(1) Las trataremos en el orden siguiente:

1.º Nadie... puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente .

2.º El domicilio es inviolable.

3.º... como también la correspondencia epistolar y los papeles privados, etc...

4.º Ningún habitante de la Nación puede ser... juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

5.º Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho del proceso.

6.º Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

... Queda abolida toda especie de tormento.

7.º Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.”



con escándalo o con hipocresía, en medio de las vicisitudes políticas de la nación. Su propósito, **entretanto**, es justísimo; pero sus términos no son bastante claros y ha sido menester que la legislación secundaria y la jurisprudencia los especifiquen e ilustren.

No determina, en efecto, con la deseable precisión, cuáles son las autoridades competentes sin cuya orden escrita es ilícito poner un individuo en prisión; ni establece recurso para que las personas indebidamente presas recobren la libertad, cuando la orden de prisión sea expedida por autoridad incompetente, o por autoridades competentes, pero en forma viciosa o sin suficiente motivo legal. El Estatuto de 1815 exigía que los autos de arresto fueran motivados en la semiplena prueba de un delito. Este precepto envolvía dos declaraciones implícitas: que la primera debía tener siempre por objeto la prosecución de un juicio: que no podía ser ordenada sino por los magistrados a quienes compete iniciar o sustanciar los procesos criminales; y en este concepto ampliaba la garantía definida, pero aun así era incompleto, por dos razones: ante todo, porque la semiplena prueba de un delito puede existir mediante la declaración de un individuo, aunque sea ligera o calumniosa, principalmente si la ley no establece medios severos de hacer efectiva la responsabilidad del acusador; y además, porque no creaba recursos ni acción jurídica convenientes para obtener reparación de cualquier agravio contra la libertad personal inferido por error o por malicia. En una palabra,, distaría mucho la seguridad personal de estar garan-





tida, si otros estatutos no completaran la declaración del artículo 18 de la Constitución.

Muy semejante ha sido durante largos años la situación de Inglaterra respecto de este punto de derecho; que su legislación, sin embargo, ha llegado a definir en un extremo que la constituye en modelo de todas las modernas.

No es del caso disputar si la Magna Carta fué un estatuto de derechos o de privilegios; si el *homo liber*, cuya persona y bienes escudaba, era el súbdito inglés, sin distinción de origen, o el afortunado heredero de los conquistadores normandos; porque al cabo ella ha sido un conjunto de reglas, a cuyos beneficios se han acogido gradualmente todos los ingleses, conforme se han atenuado o extinguido los principios del derecho feudal. Sin embargo, por razón de su origen y de la generalidad de sus términos (1), la Magna Carta fué insuficiente para resguardar la libertad de las personas (2). Aun supuesto que sus declaraciones no sufrieran excepción ni límite en mérito de la condición de las personas, es certísimo que durante largo tiempo se ha dudado si amparaban a los súbditos contra actos emanados de la corona, o solamente contra prisiones instigadas por particulares; y sofistas preponderantes, han atribuído a los monarcas un poder superior a la Carta, ratifi-

(1) Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur nisi per legalem iudicium parium suorum, vel per legem terræ. § 46.

(2) Semejantes a estas controversias son las de la antigua Roma, respecto de las leyes Valerias, que no adquirieron verdadera consistencia sino por la ley Porcia, según la opinión de Tito Livio (lib. X, § 9).



cado aun por los jueces del Banco del rey, que alguna vez declararon la incompetencia de los tribunales para libertar un preso detenido por orden del monarca o del consejo privado; fuera de la potestad delegada a la alta corte y a la cámara estrellada, que alcanzaba a los delitos comunes, a los políticos, a las causas de religión y de conciencia.

En medio de estas vacilaciones, que duraron siglos, muchos recursos e instrumentos consuetudinarios de procedimiento judicial se usaron en Inglaterra para extender y perfeccionar la garantía de la seguridad personal. Blackstone los enumera y explica con su habitual prolijidad (1). Entran en el género los autos de *homine replegiando* y de *manucaptio*, formalidades especiales de la excarcelación con fianza (2); y el auto *de odio et atia*, garantía preciosa en un país donde no se persiguen los crímenes sino por acción privada (3). El ruidoso caso de Jenks, agitador político repulsado por los tribunales ordinarios a cuya jurisdicción quiso acogerse, parece que determinó al parlamento a buscar en el antiguo auto de ha-

(1) Blackstone, *Leyes inglesas*, Lib. III, Cap. VIII.

(2) El auto de *homine replegiando* daba al preso libertad, bajo la fe comprometida por otra persona, de que se presentaría a estar a los resultados del juicio. El mismo valor tenía el de *manucaptio*, así llamado por que la fianza era ratificada por la ceremonia de estrecharse la mano fiador y fiado en presencia del juez.

(3) Consistía en una orden expedida por el guardador de un preso, para que averiguara si la acusación tenía fundamento, y en caso de resultar lo contrario, es decir, que hubiera sido acusado simplemente por odio o malicia, un auto subsiguiente le devolvía la libertad.



beas corpus ad subjiciendum (1), un recurso prestigioso por la tradición y eficaz por las reglas que el bill de 1679 establece para expedirlo, a fin de dar un valor positivo, un sentido intergiversable y una extensión completa e igualitaria a las declaraciones de la Magna Carta. El auto de *habeas corpus*, que del derecho inglés pasó al norteamericano y a muchas legislaciones extranjeras, puede ser considerado bajo dos puntos de vista. Como medida de procedimiento forense, es sustancialmente una orden expedida por el magistrado para que un alcaide, o cualquier funcionario bajo cuya custodia se encuentra un preso, lo entregue a fin de ser sometido a la jurisdicción del proveyente. Como recurso de los individuos privados de su libertad, consiste en la acción que tienen para reclamar del juez ordinario que los haga comparecer ante su tribunal y los juzgue sin demora

(4) Los autos de *habeas corpus*, fuera del de *habeas corpus ad subjiciendum*, reglamentado por el bill de 1679, eran principalmente estos seis:

1.º El de *habeas corpus ad respondendum*, que tenía por objeto traer un preso sometido a alguna jurisdicción a responder a una nueva acusación entablada delante de otra jurisdicción.

2.º El de *habeas corpus ad satisfaciendum*, que importaba la orden de entrega de un preso a fin de pagar alguna deuda que le fuere demandada;

3.º El de *habeas corpus ad prosequendum*, que era la orden para trasladar un preso de un lugar a otro, a fin de continuar una causa entablada ante la jurisdicción del magistrado que expedía el auto;

4.º El *habeas corpus ad testificandum*, expedido cuando un preso era citado como testigo en otra causa;

5.º El de *habeas corpus ad deliberandum*, expedido cuando las necesidades de la causa exigían una comparencia del preso ante el juez;

6.º El de *habeas corpus ad faciendum et recipiendum*, expedido por cortes superiores cuando un preso sometido a la jurisdicción de una corte inferior reclama ante aquélla que se avoque el conocimiento del asunto.



o los ponga en libertad si no viese en ellos causa para procesarlos (1).

En una palabra: la experiencia ha demostrado a Inglaterra, que la seguridad de las personas no puede ser garantizada ni se concilia con todas las condiciones de la paz social, sino en cuanto pertenezca exclusivamente a la autoridad judicial el derecho de arrestar y tener en prisión los individuos, y en cuanto sea expedita la acción de los mismos magistrados contra todos los delincuentes para asegurarlos preventivamente y castigarlos según la ley.

En la República Argentina se ha esclarecido la cláusula constitucional del caso, por medio de estatutos orgánicos en el mismo sentido que en Inglaterra, estableciéndose que la autoridad judicial es la competente para ordenar prisiones (2), y concediendo a los damnificados por una prisión, a sus parientes o amigos, recurso para

(1) La ley inglesa dice que siempre que alguna persona o personas, presentasen a un sheriff, alcalde, ministro u otro bajo cuya custodia estuviese cualquier individuo, un auto de *habeas corpus* y se lo notificasen, o lo dejaran en la cárcel en poder de algún subalterno o de quien lo represente, el dicho funcionario o su representante dentro de tres días de la notificación, (a menos que la prisión sea por traición o crimen especificado en la orden que la autorizó) y previas fianzas de seguridad, gastos de conducción del preso, etc., "llevará o mandará llevar el detenido ante el canceller o lord guardasellos de Inglaterra, o ante los jueces o barones de la corte que hubieran expedido el auto, o ante quien el auto ordene y deba ser devuelto, y certificarán entonces las causas verdaderas de la detención". En seguida extiende los plazos, según la distancia del asiento del tribunal que expide el auto a la prisión en que está el detenido, hasta un máximo de veinte días.

(2) La ley de 14 de Septiembre de 1863 se expresa así: "Cuando un individuo se halle detenido o preso por una auto-



solicitar de los jueces que indaguen el origen de la prisión, y los pongan en libertad caso de haber sido arrestado ilegalmente. Las legislaciones locales, y principalmente las Constituciones de Córdoba (1), Buenos Aires (2) y Salta (3), estatuyen idénticas garantías en términos precisos; siendo de notarse que aun cuando nada establecieran, y aun cuando las provincias posean plena facultad para organizar su gobierno local y el procedimiento de sus tribunales, no les sería li-

ridad nacional o a disposición de una autoridad nacional o a virtud de una orden emitida por autoridad nacional; o cuando una autoridad provincial haya puesto preso a un miembro del Congreso o a cualquier otro individuo que obre en comisión del gobierno nacional, la Corte Suprema de Justicia o los jueces seccionales podrán, a instancias de las partes o de sus parientes o amigos, investigar sobre el origen de la prisión, y, en caso de que ésta haya sido ordenada por autoridad o persona que no esté autorizada por la ley, mandarán poner el preso inmediatamente en libertad".

Recientemente ha declarado la Suprema Corte que cualquiera de las Cámaras del Congreso puede impartir órdenes de arresto contra los que violen sus prerrogativas, aunque no esté definido en qué consisten ellas, en qué consiste su violación ni la jurisdicción de las Cámaras para castigarlas.

Esta doctrina no puede ser considerada todavía como una regla de jurisprudencia.

(1) Artículos 13 y 14.

(2) Artículo 17.

(3) Artículo 16. Este artículo es el mismo que bajo el número 17 contiene la Constitución de Buenos Aires, y dice así:

"Toda persona detenida podrá pedir, por sí o por medio de otra, que se le haga comparecer ante el juez más inmediato, y expedido que sea el auto por autoridad competente, no podrá ser detenido contra su voluntad, si pasadas las veinticuatro horas no se le hubiese notificado, por juez igualmente competente, la causa de su detención". "Todo juez, aunque lo sea de un tribunal colegiado, a quien se hiciere esta petición o se reclamase la garantía del artículo anterior, deberá proceder en el término de veinticuatro horas, contadas desde su presentación con cargo auténtico, bajo multa de mil pesos fuertes".



cito prescindir de las declaraciones de la ley suprema del país en punto que tan gravemente afecta a la libertad civil.

Por lo demás, la Constitución al exigir como condición indispensable para detener una persona que medie una *orden escrita*, prohíbe implícita, pero claramente, que los magistrados competentes deleguen la potestad que les confiere; y como en tal caso es llano que no puede ejecutarse una prisión sino por un acto motivado y solemne, es del mismo modo claro, aunque implícita, la prohibición de expedir órdenes de arresto en general o en blanco (1).

III

CASO DE SER SORPRENDIDO *IN FRAGANTI*

La Constitución federal no ha previsto los casos en que la autoridad o los particulares pueden verse precisados a arrestar un individuo sorprendido *in fraganti* delito; en la cual la aventajan varias constituciones de provincia, que establecen categóricamente esa excepción a las formalidades con que garantizan la seguridad personal. Sin embargo, el artículo 61 desampara de la inmunidad parlamentaria a los miembros de las Cámaras

(1) Aunque el Código Civil establece las formalidades requeridas para intervenir los dementes, no son nuestras leyes lo prolijas que debieran respecto de su secuestro, que envuelve sin embargo, cuestiones gravísimas. Las legislaciones de Inglaterra, de España y de Chile sobre este asunto son suma-



en los casos de flagrante delito; por donde es lícito concluir que la abolición de la seguridad es constitucional en todos los casos análogos, así como es razonable y necesaria. La inmunidad parlamentaria es una institución del orden político; y se allana, porque, tendiendo a la conservación del orden, es insubsistente cuando llega a ser incompatible con él. Las garantías comunes de seguridad personal no participan del carácter elevado de la inmunidad política, que las robustece para resguardar la independencia de los poderes públicos; por consecuencia, la excepción que comprende la especie culminante, comprende a la vez la subordinada. Fuera de esto, todas las garantías de derechos tienen por objeto conservar la paz social, y caducan cuando sirven para trastornarla.

mente previsoras y discretas. Mucho falta todavía que aprender sobre la locura, que tal vez no pertenece por entero al dominio de la medicina; pero aunque así fuera, y por consiguiente bastara la declaración de un médico para dar por cierto el estado de demencia de cualquier sujeto, como al fin basta el juicio de un hombre discreto para apreciar un desorden mental, todavía sería menester definir de qué géneros de locura y en qué grados autoriza el secuestro, muchísimas veces fruto de la crueldad, de malas pasiones y de intereses sórdidos; y si ciertos estados morbosos que no se cuentan entre las locuras, la linfomanía por ejemplo, pueden o no autorizarlo; puesto que al cabo, el secuestro es, en principio, legítimo, siempre que estorba actos irresponsables que importan peligro ajeno, como en los casos de furor, peligro propio, como en las manías suicidas, u ofensas contra la honra y el pudor como en el caso indicado.

Las leyes represivas de la mendicidad, que dista mucho de ser una ofensa al derecho natural, la clausura forzada de los mendigos en asilos públicos, restauraciones variadas sólo en la forma del frumentarismo romano, incluídas para reemplazar la caridad, que es espontánea y piadosa, por la beneficencia oficial, reglamentaria y dura, necesitan también buscar su armonía con los principios de libertad civil, que no siempre res-



La seguridad personal protege a los inocentes, pero no puede suponerse que envuelve una abolición del poder social para reprimir los crímenes. Es además un resguardo contra procedimientos ligeros o maliciosos de las autoridades, que ningún sentido ni importancia conserva cuando la evidencia inmediata del crimen elimina toda hipótesis de ligereza y de malicia. Contra el perturbador notorio y escandaloso del derecho, pueden obrar, por otra parte, no sólo los magistrados y sus agentes subalternos, sino todos los que sorprendan al delincuente en la perpetración de su delito. Esta doctrina reposa sobre el concepto de las funciones solidarias y subordinadas a una ley superior de la sociedad humana, y es la base de dos instituciones en auge en Inglaterra, cuya consti-

petuán. Muchas legislaciones identifican la vagancia con la mendicidad, lo cual es inícuo: otras igualan la mendicidad habitual con la mendicidad accidental, que también es injusto; y algunos reglamentos municipales de la República Argentina se inclinan en esas direcciones viciadas, impresas a los Estados modernos, primero por ejemplo de Inglaterra, cuya *poor rate* y cuyas *workhouses* instituyen desde la reina Isabel las fuentes monásticas de la caridad, sin ventaja del país ni de los pobres; y después, por la tendencia inconsciente socialista de organizar bajo la presión del Estado las relaciones de la caridad y la pobreza, echándolas fuera del terreno religioso, que es el único propicio para ellas.

Merecen también particular examen las leyes, santísimas sin duda por su objeto, pero ocasionadas a alterar el respeto que el Estado debe a la autoridad paterna, que condenan como la de Nueva York de 1876, a prisión a los niños que recorren las calles a las horas en que funcionan las escuelas públicas, ley menos moderada que el decreto del gobierno de Buenos Aires en 1822 respecto de los estudiantes de la Universidad, porque éste determinaba a lo menos la condición peculiar de los individuos sobre los cuales recaía, entretanto que la de Nueva York obliga a todas las familias a subordinarse a la disciplina de las escuelas públicas.

tución admira por su solidez y aptitud de desarrollo: los celadores voluntarios y el *posse communitatus*.

IV

INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

La inviolabilidad del domicilio, garantida por la Constitución, no sólo es, bajo ciertos puntos de vista, correlativa con la seguridad personal; es además, una regla que las naciones, por raciocinio o por instinto, adoptan para honrar el centro de la autonomía doméstica. El domicilio es el hogar: teatro de afecciones fecundísimas en que se acrisolan los sentimientos simpáticos, para expandirse en el radio de las relaciones civiles; donde el reposo y el olvido serenan las almas rozadas en los caminos frágiles de la existencia; donde el amor simultáneo de los padres por los hijos purifica y eleva su recíproco amor, y ablanda sus pasiones, y dignifica su ser moral y los vincula con la patria y sus semejantes, a cuyo bienestar cooperan por su ministerio educador. El domicilio es el imperio de la familia, núcleo social, soberano y libre, donde quiera que el Estado usurpador no aniquila el organismo natural de la vida civil; es el asiento de la autoridad paterna, fundada por Dios, según el tipo de su inflexible paternidad, majestuoso ministerio, que añade en el hombre, a la aptitud natural de propagarse, la potestad de exaltar los hijos de sus entrañas a la cumbre de la perfección moral. Por





eso el ministro de la ley se detiene respetuoso ante su umbral, aun cuando su pureza haya sido profanada, aun cuando la dignidad que en él se guarece haya sido voluntariamente abatida; y no penetra en su interior sin rodearse de solemnidades que son un homenaje y un honor.

Así, aun en Roma, que como todas las naciones paganas consentía un Estado omnipotente, el domicilio era sagrado, recordando, tal vez, que originariamente la organización social reposó sobre el sacerdocio familiar y el culto de los lares; todas las legislaciones contemporáneas en las naciones cultas lo declaran inviolable, y aunque eludan la regla, a lo menos acatan ostensiblemente el principio que la engendra (1); llegando algunas como las modernas de Norte América, a establecer la inmunidad de la casa de familia y su recinto adyacente en los casos de procesos civiles y comerciales (2).

La legislación argentina estatuye que la inmunidad del domicilio sólo puede ser allanada en virtud de un mandato judicial (3), expedido por

(1) El domicilio no puede ser allanado en Francia durante la noche; pero durante el día pueden ejecutarse órdenes de allanamiento expedidas por los jueces, por el ministerio público, por los ejecutores de sentencias, y por autoridades administrativas. En Inglaterra no se hace diferencia entre el día y la noche; pero nadie sino los jueces pueden expedir órdenes de allanamiento. El principio de la ley alemana, es el mismo de la ley inglesa; pero admite excepción en los casos *urgentes*, y como la urgencia puede ser calificada discrecionalmente, esta facultad, excepcional en la apariencia, destruye la eficacia de la regla.

(2) Aludimos a la ley del *Homestead* que hemos de comentar en el capítulo siguiente.

(3) Se entiende que damos la regla permanente, sin consi-



escrito, y de consiguiente, directo y explícito, es decir, que determine claramente el domicilio cuyo allanamiento se ordena; siendo, por consecuencia, viciosa, como si se tratara de una orden de prisión, cualquier autorización dada en blanco o en términos generales.

Por domicilio, considerado a los efectos del privilegio, se entiende la mansión de un vecino y de su familia, quedando, por lo tanto, excluidas de él las casas abiertas al público; pero muchísimas cuestiones particulares pueden presentarse después de aceptada esta regla genérica (1), que resolverán sucesivamente las leyes federales en cuanto sea menester para el ejercicio de los poderes judiciales de la nación, y más generalmente, las de provincia, por ser leyes de procedimiento, que son de competencia de la autoridad provincial.

derar las facultades excepcionales del presidente durante el estado de sitio. Además, la Constitución de Buenos Aires permite el allanamiento del domicilio para verificar la policía higiénica de los edificios.

(1) Es menester definir si esas mismas casas, (teatros, cafés, tabernas), están protegidas por el privilegio, a lo menos a las horas de clausura, cuando al mismo tiempo sean habitación de sus propietarios; si ampara o no las casas de sociedades particulares, no siendo casas de familia, como los clubs, gabinetes de lectura, etc.; si los colegios son, como nosotros creemos, o no, equiparables a las mansiones privadas.

V

INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA

Otra cláusula del artículo 18 declara inviolables los papeles privados y la correspondencia epistolar.

La inviolabilidad de los papeles privados se conecta con el principio jurídico en cuya virtud otra cláusula constitucional, que luego comentaremos, prohíbe obligar a los acusados a declarar contra sí mismos, aunque no derive tan lógica y necesariamente de él. Su significado más positivo es resguardar a los ciudadanos de pesquisas ordenadas por las autoridades políticas y con motivos puramente políticos. El allanamiento de esta inmunidad no puede ser ordenado sino por los jueces y con las formalidades prescriptas por la ley (1).

Respecto de la correspondencia epistolar, el derecho argentino es más explícito que la legislación de países tan respetuosos por el derecho individual como Inglaterra, donde no ha sido hasta ahora definido, ni han faltado ministros que

(1) La correspondencia puede ser allanada en Francia por los jueces de instrucción y por los prefectos (Fallo de la Corte de Casación de 21 de Noviembre de 1853), aunque algunos juriscónsultos opinan que el poder de los prefectos sobre papeles privados no puede ser más extenso que el de los procuradores generales, que sólo alcanza a los que están en manos de los acusados. En Alemania rigen leyes análogas a las concernientes al domicilio, esto es, que las autoridades superiores (que no se especifican) pueden ordenar el allanamiento de la correspondencia.





piensen, como Cromwell, cuando después de organizar el servicio de correos, se jactaba de tener en sus manos los secretos de todos los ingleses. Puede discutirse si el correo es un servicio público o una industria; pero nadie niega hoy día que si es industria, debe ser monopolizada por el Estado, así como se inclinan todas las naciones a adoptar en materias de viabilidad, el sistema centralizado de Francia o bajo el monopolio, o bajo la supervisión del Estado. En uno u otro caso sería contrario al ministerio y la dignidad del Estado, convertir los correos en un medio de espionaje, violando el secreto que obliga a los particulares a depositar en él. Las costumbres y las reglas del honor, coinciden en este punto, con la legislación argentina, tanto más justificada cuanto más se acentúe la tendencia moderna a convertir el correo en una institución en cierto modo internacional.

La correspondencia abierta, que es un hábito muy moderno (1), ninguna dificultad excepcional suscita que no pueda resolverse por las reglas de la comunicación telegráfica, con la cual tiene de común la propiedad de convertir los oficiales públicos en confidentes de los corresponsales, comprometiendo a veces su responsabilidad en actos preparatorios y provocatorios de delitos, o en delitos calificados, si la disciplina del secreto hubiera de llevarlos a tan inmoral pasividad. Complícase todavía más la cuestión, si se trata de telegra-

(1) Las primeras naciones que la han puesto en uso (Inglaterra y Alemania) la adoptaron en 1870; Rothschild, *Histoire de la Poste aux lettres*.



fistas dependientes de compañías o sociedades ajenas al Estado; y por esta circunstancia se hace visible la conveniencia del monopolio o de la alta inspección del Estado respecto de los telégrafos. La ley argentina (1) prohíbe la admisión de despachos de personas particulares escritos en cifra, y ordena que sean retenidos los que contengan términos contrarios a la moral y buenas costumbres, y entregados a la autoridad los que tengan por objeto incitar a la traición, la rebelión y la sedición, los que se relacionen claramente con la perpetración de un delito de cualquier naturaleza, o tiendan a entorpecer la acción de la justicia (2).

VI

REGLAS CONSTITUCIONALES DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL EN MATERIAS CRIMINALES

La Constitución ha completado estas garantías, definiendo ciertas reglas respecto del modo de proceder contra los acusadores sometidos a la justicia, tanto por lo que toca a la fijeza de las jurisdicciones, como a la forma de los juicios (3).

Tocamos aquí una cuestión gravísima. A cada estado social corresponde una noción particular

(1) Ley 7 de Octubre de 1876 (artículo 79).

(2) Ley citada, artículo 30.

(3) Tissot moteja la credulidad de algunos historiadores que, para ensalzar la sencillez de las formalidades judiciales del Egipto, refieren que cuando delante de un magistrado se presentaban individuos disputándose un derecho o imputándose un crimen, el magistrado recibía sus razones en audiencia, y sen-



del derecho penal, y a cada una de estas nociones una forma propia de procedimientos. Así se ve que en Europa, a medida que la sociedad avanza de su estado rudimentario a su mayor perfección orgánica, el derecho penal cambia sucesivamente de aspecto. Al estado bárbaro corresponde la justicia personal, con sus consecuencias y formas características: el derecho de composición y el duelo judicial. En grados intermedios, la composición se hace obligatoria y cuando adquiere mayor consistencia la autoridad social, la justicia, sin dejar de ser venganza, cambia de personal en colectiva: el criminal es enemigo de la sociedad, el acusado es presumido de delincuente; y de aquí dos consecuencias: la atrocidad de las penas, la tortura como medio de indagación. Finalmente, se despeja el papel del Estado y se consolida su poder. El Estado es regulador del orden jurídico y guardián de la paz social. Le incumbe limitar la libertad de los particulares e imponer reglas a su conducta. Estas reglas serían ilusorias si una sanción penal

tenclaba, volviendo hacia ellos, en un sentido o en otro, una imagen simbólica que llevaba pendiente del cuello. Esta práctica ha pertenecido a una época muy rudimentaria de la sociedad egipcia, o es una conseja transmitida sin crítica, siendo esto lo más probable, si se recuerda que otros historiadores, principalmente Diodoro de Sicilia (*Biblioteca Histórica*, Lib I, § 75), exponen el procedimiento judicial de los egipcios, asegurando ante todo, que era escrito y consistía en dos alegatos por cada parte (actor y reo), con exclusión rigurosa de toda exposición oral, precisamente para evitar la fascinación de la elocuencia como causa de precipitación en las resoluciones del tribunal; con lo cual se explica que la colocación de la imagen de la Verdad pendiente del collar que usaba el presidente, como insignia de su cargo, sobre el hombro del triunfador en el juicio, era una ceremonia que de ningún modo induce a la ligereza y simplicidad atribuida al enjuiciamiento.



no les diera eficacia. De aquí el derecho de castigar; de aquí la suprema y serena imparcialidad de la justicia colocada por encima de todas las pasiones y la necesidad de adoptar una penalidad moralizadora y clemente, y medios racionales de indagación que disminuyeran indefinidamente las probabilidades de error.

Este paralelismo, tan constante que bastaría la historia del procedimiento para hacer la del derecho penal, y ésta para explicar todas las mutaciones del espíritu social, resalta aún estudiando los suplicios más usuales en las naciones: la estrangulación ha sido, para no complicarnos en datos muy remotos o muy extraños a nuestra tesis histórica, suplicio de villanos, mientras la decapitación por la espada o por el hacha era suplicio de criminales de alta categoría; la guillotina, por fin, fué preconizada y los revolucionarios franceses la adoptaron como un símbolo tremendo de igualdad.

Discurriendo de esta manera, se percibe sin esfuerzo que las cláusulas constitucionales referentes al procedimiento judicial, afectan profundamente al orden social y se ligan con los principios morales que lo dominan y con las condiciones, ya comentadas, de la libertad civil.

VII

JURISDICCION ORDINARIA

Se garantiza, desde luego, que nadie será juzgado por "comisiones especiales, ni sacado de los

jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...".

La organización de tribunales y la fijeza de su jurisdicción son indispensables complementos de un orden jurídico regular y estable en las sociedades, que no pueden vivir bajo de reglas, sino en tanto que su aplicación no dependa de eventualidades políticas, casi siempre ajenas a las cuestiones del derecho. El establecimiento de comisiones especiales para juzgar delitos supone imprevisión de parte de la sociedad en definir los actos que la turban y crear medios de reprimirlos; o el deseo inmoderado y repentino de castigar acciones determinadas, o determinados individuos. Fuera de estas dos hipótesis, sólo puede ser explicado por estas otras: el estado doliente de una nación en que los partidos o los gobiernos destruyen al poder de los jueces para suplantarlos con instrumentos de sus propias venganzas; o el período caótico de una colonización, cuyo resorte sea la codicia, seguida del cortejo de pasiones malsanas que de ella derivan, y en la cual los hombres, lanzados en aventuras y a la lucha darwiniana, nada pueden armonizar entre sí, sino equilibrando violencias y dominando el crimen privado con crímenes anónimos, según el modelo de California bajo la ley de Linc. Las cuatro situaciones supuestas son intrínsecamente antijurídicas; y es por consecuencia, clarísimo el acierto con que todas las sociedades, en cuanto han aspirado a un orden regular, han tendido a conservar incólume y exclusiva, la autoridad de los jueces. Por eso Nerón, deseoso de seducir a Roma, lo prometía ante el Senado





al enunciar sus planes de gobierno (1). Por eso mismo violó su promesa. Cuando las llamas devoraron la ciudad y sus monumentos, la mansión gloriosa de los patricios antiguos, el palacio de Numa y los penates de Roma, el pueblo acusaba a aquel farsante, tan sensual como vanidoso, de haberse solazado declamando la ruina de Troya, durante la catástrofe; de haberla completado avivando el fuego; de regocijarse en ella, deseoso de reedificarla y darle su nombre para quedar ante la posteridad en eterno espectáculo, como un héroe del teatro. Orábase a Vulcano, a Ceres y a Proserpina: las damas romanas levantaban plegarias a Juno en el Capitolio y a la orilla de la mar vecina celebraban salisternias, y con sus esposos esperaban la consulta de los libros sibilinos. No se acallaba, por eso, el rumor de la opinión popular. Nerón quiso satisfacerla; y los cristianos fueron enviados a las fieras y al suplicio (2). El cómico se convierte en trágico por la acción del mal político y social de Roma sobre su espíritu, a la vez frívolo y perverso. A la esperanza de paz para la sociedad corresponde su promesa ante el Senado; su violación, a la recrudescencia de las públicas dolencias.

Dondequiera que se turba el estado estrictamente jurídico, análogos fenómenos se reproducen, varios en sus accidentes, pero sustancialmente desastrosos: tribunales extraordinarios necesitaba y planteó Felipe II en Flandes: fueron el instrumento que doblegó a Francia bajo los terroristas y

(1) Tácito, *Anales*, Lib. XIII, § 4.

(2) Tácito, *Anales*, Lib. XV, §§ 43 y 44.



sus rivales revolucionarios, bajo Napoleón, a cuya venganza inmolaron en 1810 a los que protestaban contra sus intrigas y resistían la seducción de sus glorias brillantes y criminales. El suelo de la República Argentina ha sido también manchado por la mano de los tribunales de excepción (1). Nuestra experiencia concuerda con la ajena: ni necesitábamos en rigor buscar en la historia clásica ejemplos abundantes, donde la política neroniana ha corrompido tan profundamente las corrientes de la vida pública.

En una palabra, un tribunal de excepción, es un producto de estados sociales enfermizos, y un simple instrumento de venganza. El juez, por lo contrario, es el ministro de la paz social. Debe ser invulnerable en sus funciones; imparcial y severo, es decir, innaccesible a las blanduras y rigores alternativos del vulgo, que obedece siempre a móviles de sentimientos y nunca a consejos discretos de la razón; libre para obrar por su juicio original, y por lo tanto, suelto de todo reato de interés que subordine su conciencia a extraños antojos; independiente de cualquier temor y de cualquier esperanza; incapaz en fin de apasionarse por nada, ni aún por la justicia. Ministerio tan augusto será siempre envilecido por quien sucumba bajo la presión del odio o bajo la presión del

(1) Basta traer a la memoria del lector el juicio de Liniers y sus compañeros en 1810, los sangrientos procesos de Alzaga y demás conjurados o sospechosos de 1812, las comisiones judiciales de 1813, los enjuiciamientos vindictivos de 1820, y llegando a épocas afrentosas, la causa de los Reinafé por el asesinato de Quiroga.

miedo. La humanidad jamás olvidará el nombre de Poncio Pilatos (1).

VIII

FUNDAMENTOS DE LAS SENTENCIAS

Añade la Constitución que nadie “puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho de la causa”.

Pocas explicaciones requiere esta cláusula.

No es lícito que la sociedad castigue actos que no ha prohibido, ni que aplique a los delitos definidos una pena mayor de la establecida cuando fueron ejecutados. Cualquier castigo impuesto en oposición a esta regla será venganza, producto de una pasión más o menos excusable, pero en ningún caso, acto racional de justicia; y casi siempre, obra de arrebatamientos facciosos, tumultuarios o despóticos, como los juicios encomendados a tribunales de excepción.

(1) La causa del Salvador fué presentada a Pilatos ya decidida, y sólo para que le condenara a muerte según las leyes judías por el delito de blasfemia que le imputaban, en vista de la afirmación de su divinidad reproducida ante el Sumo Pontífice; por cuanto los judíos habían perdido por la conquista romana el derecho de aplicar la pena capital. Pilatos se rehusó a ello; y entonces los sacerdotes adujeron la acusación política contra el Señor. Pilatos la rechazó por infundada repetidas veces, y finalmente acobardado, envió a la cruz la víctima santa para evitar la cólera de Tiberio y las execraciones de una muchedumbre brutal y sanguinaria. Es el tipo culminante del juez cobarde. Destinado por su ministerio a confundir la mentira, pregunta “¿qué es la verdad?” y vuelve la espalda sin aguardar respuesta: órgano de la justicia, preconiza la inocencia de Cris-





Pero si una ley posterior al hecho que motiva un juicio, disminuye la pena establecida por la ley precedente, o lo que sin duda es más raro, si derogla la que prohibiera y penara el hecho ya consumado, entonces el principio establecido sufre excepción, y el caso debe ser juzgado por la última ley, esto es, por la ley favorable al reo. La razón es obvia. Las leyes de uno y otro género importan la rectificación de un error del soberano, que en estatutos anteriores prohibió lo que no debía prohibir o castigó con excesiva severidad determinada culpa; y sería inhumano e inicuo aplicar a un individuo las consecuencias de un error reconocido y rectificado.

El verdadero sentido de la cláusula es prohibir la aplicación de penas arbitrarias, y de estatutos que a graven el castigo en que pudiera haber incurrido un acusado; las leyes que declaren ser delitos ciertos hechos ejecutados antes de ser prohibidos (leyes *ex post facto*), y las que impliquen condenación de personas determinadas (*bills of attinder*) (1). De estas últimas se sigue, en el primer caso, que se altera el criterio de los jueces desfavorablemente para los acusados; y en el segundo, que el poder legislativo usurpa las funciones peculiares del poder judicial (2).

to, y lavándose las manos, lo entrega a los que vociferan: "¡Calga su sangre sobre nosotros y nuestros hijos!"

(1) La Constitución de Buenos Aires ha precisado la doctrina correcta respecto de la retroactividad de las leyes en materia civil y penal. Su artículo 19, dice así: "No se dictarán leyes que importen sentencias que empcoren la condición de los acusados por hechos anteriores, priven de derechos adquiridos o alteren las obligaciones de los contratos".

(2) Laboulaye (*Cours de legislation comparée*, cita con



IX

MEDIOS INDAGATORIOS

Prohíbe también el artículo 18 el empleo del tormento, medio de indagación judicial que pertenece, como ya se ha explicado, a un estado social y a un concepto jurídico que no se halla hoy día en las naciones cristianas de Europa ni América (1). Habíalo prohibido ya la Asamblea Constituyente de 1813, que mandó quemar sus instrumentos en pública solemnidad, por mano del verdugo; y esta prohibición ha sido continuamente respetada, acaso porque los tiranos que han avergonzado la nación han preferido omitir del todo y juntas las formas buenas y malas de los procesos. Concuerta además con otra cláusula en la cual se declara que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”; y como la coacción moral puede ser tan eficaz como el dolor físico para arrancar una confesión condenatoria, el juramento de los acusados y cualquier otro recurso

razón el juicio y condenación de Luis XVI, como una muestra acabada de menosprecio a todos esos principios de buen gobierno, ya que la convención declaró responsable al monarca por hechos, que aun si hubieran sido criminales, lo que es falso, estaban cubiertos por la irresponsabilidad constitucional de la corona; los declaró justiciables, se arrogó jurisdicción para procesarlo, definió la pena y las formas del juicio, sentenció el proceso y mandó ejecutar su sentencia.

(1) Las leyes de Partida prohibían a los jueces considerar como prueba la confesión del reo bajo la tortura; pero esto en nada altera su naturaleza, puesto que era ilícito renovarla, cuando la declaración posterior contradecía lo confesado.

análogo, son por necesaria consecuencia abolidos a la vez que la tortura (1).

X

LIBERTAD DE LA DEFENSA

“Es inviolable, añade el artículo 18, la defensa en juicio de la persona y de los derechos”.

La libertad de la defensa es necesaria, ya se trate de negocios civiles, ya de asuntos penales, de procesos intentados por acción privada o por acción pública; es indispensable la controversia, aún meramente dialéctica, para llegar a esclarecer cualquier noción y tenerla por verdad; y como los procedimientos judiciales comprometen el derecho, el honor y hasta la vida de las personas, la controversia debe forzosamente convertirse en disputa de parte a parte, para repeler, enervar o disminuir la acusación; es decir, en una libertad de discusión, tan sólo limitada por la moral y el respeto perpetuamente debido al derecho de los demás: Pascal encontraba en el raciocinio, a la

(1) Suscítanse con este motivo varios problemas. Uno consiste en averiguar si es lícito el uso de las “posiciones” en el procedimiento civil; y aun cuando el punto sea dudoso respecto de la generalidad de los casos, porque la cláusula constitucional mencionada es parte de un texto exclusivamente referido a cuestiones del derecho penal y sus procedimientos, pienso que el problema debe ser resuelto negativamente respecto de aquellos casos particulares en que una respuesta exigida bajo el juramento de forma, envuelva, aunque sea implícitamente, la confesión de un acto prohibido y penado por la ley. Otra ver-
sa sobre la *confesión y reconversión* de los acusados, subsis-





vez el signo de la grandeza y de la pequeñez del hombre. Es justo: el hombre es grande por su capacidad de raciocinar y pequeño por necesitar del raciocinio para descubrir la verdad fragmentaria y penosamente, a través de las experiencias indistintas, de las decepciones del espíritu, de la sombra que las pasiones interponen a menudo entre el sujeto y el predicado de un juicio, entre la mente y el conocimiento. En las indagaciones judiciales se mezclan cuestiones abstractas y científicas con cuestiones de hechos puros por cuya razón, los jueces tienen doble dificultad que vencer: comprobar el hecho por una parte, y por otra, establecer la conexión de determinada idea jurídica o precepto legal, con el hecho comprobado. La conveniencia de la discusión libre, como medio conducente a evitar el error en estas complejas operaciones

tente a pesar de estar abolido el juramento. El prestigio que ejercen el personal y el ceremonial de la justicia sobre el ánimo deprimido de los acusados, y la táctica de los interrogatorios dirigidos por los hombres diestros, pueden ser considerados como un medio, menos feroz que la tortura, menos directo que el juramento, pero sin duda eficaz para obligarles a declarar contra sí mismos. El acusado, además, está cubierto por la presunción de su inocencia. Este principio arranca de la noción correcta de la justicia social que ha reemplazado a la doctrina semihábara de la vindicta pública; y excluye de las leyes de forma todos los recursos propios de los jueces que, buscando venganza en nombre de la sociedad, se empeñan en encontrar culpable al acusado. Los tribunales ingleses se abstienen de hacer confesar capciosamente lo que no se puede averiguar por medios extrínsecos; si reconviene al acusado, es para precaverlo contra las espontaneidades que puedan comprometerlo; si el acusado tiene ante ellos la palabra, es para interrogar a los testigos adversos y destruir o debilitar la fuerza y alcance de su testimonio. La maña admirable de los magistrados franceses escandalizaría al pueblo británico. Su doctrina es sana y su ejemplo fecundo. Incidentalmente se relaciona con estos puntos otra declaración constitucional refe-

mentales, se hace evidente cuando, analizándolas, llegamos a percibir su verdadera naturaleza. Muchos la conceden respecto de los juicios civiles, confesando la complejidad de sus operaciones; pero titubean en aceptarlo respecto de los juicios criminales, bajo el supuesto de que en ellos las cuestiones de hecho y la de derecho, nunca pueden confundirse, y que una vez esclarecidas las primeras, las de derecho quedan implícitamente resueltas y llanas. Nada más erróneo. Los enjuiciamientos penales son aún más complicados que los civiles. Entran en ellos tres elementos: ante todo, la comprobación del cuerpo del delito; en segundo lugar, la culpabilidad del acusado; finalmente, la naturaleza jurídica del delito, aun comprobado que exista, y aun dado por seguro el juicio de culpa-

rente al trato de que deben ser objeto los acusados presos y que está así concebida: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias; para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

Este texto es uno de los casos de intemperancia de lenguaje, desgraciadamente comunes en nuestras leyes. Por hacerlo enfático, que ya es malo, se le ha hecho confuso, lo cual es peor. Lo inspira un sentimiento de horror y de repugnancia hacia las costumbres brutales de los gobiernos que habían convertido las cárceles en teatros de crueldades insólitas, como la de "Santos Lugares" de Rosas; pero si hubiera de ser interpretado literalmente, envolvería la prohibición del régimen penitenciario, según el cual, la cárcel es al mismo tiempo que un centro de moralización un centro de castigo. Tal interpretación es inadmisibles. Por consiguiente el texto es defectuoso, y no debe ser entendido sino en el sentido que indico.

La Su Suprema Corte Federal ha estimado esta cláusula como una garantía de la excarcelación bajo fianza, siempre que la prisión no sea indispensable para la seguridad del reo, y el delito de que se le acusa no sea de los que legalmente excluyen de ese beneficio.





bilidad enunciado contra el reo por la acusación. Este último problema es tan arduo como grave, tratándose precisamente de los delitos que son penados con más severidad y que más horror suscitan en la conciencia de las gentes honradas. Ciertos delitos, que nacen siempre de pasiones inferiores y cuya irritación no puede ser explicada por ningún agravio de parte de la víctima, son necesariamente inexcusables, el robo, por ejemplo; pero las ofensas personales, desde la injuria hasta el homicidio, si muchas veces son fruto de una repugnante perversidad, no pocas tienen origen en una conflagración de sentimientos, amargados, corrompidos, vueltos en impulsos horrendos que arrastran al mal por reacción vindicativa contra ofensas, no menos inmorales e infames que el acto criminal sometido al fallo de los jueces. Tales atentados que son el desenlace de una tragedia, admiten apreciaciones diversas, porque tienen diversa naturaleza jurídica, según varíen los antecedentes que predisponen el agente a perpetrarlos (1). Aquí los hechos y el derecho se entremezclan, de suerte que las cuestiones relativas a uno y otro elemento del proceso, no pueden ser diluci-

(1) Mucho puede controvertirse la conveniencia del juicio por jurados, cuyo establecimiento prometen el artículo 24 de la Constitución Nacional y varias constituciones de provincias; pero aunque los acusados encuentran en él una garantía, por la lentitud de los jurados y la intervención de muchas personas en los juicios, es evidente que la organización de sus modelos tradicionales necesita ser corregida, si por su medio se quiere obtener una calificación acertada de los delitos. La generalidad de los individuos, aunque sean cultos, no pueden apreciar el valor intrínseco de una prueba, ni es capaz de la complicada indagación filosófica que en muchísimos casos se necesita para establecer la naturaleza particular de actos que no se juzgarán



dadas, sin que el juicio de unas comprometa al juicio de otras.

Aun prescindiendo de este punto de vista tan importante como sea en el dominio de la lógica hay que considerar en el procedimiento penal dos cosas: la naturaleza de las pruebas judiciales y la condición del juzgador.

En materia civil, el juez puede encontrar pruebas intrínsecas de las obligaciones y los derechos, por medio de los instrumentos solemnes de los cuales derivan; al paso que en materia penal todas las pruebas son necesariamente extrínsecas, aunque se admitiera la confesión de los acusados, que nuestras leyes no permiten considerar si no concuerdan con la convicción producida por elementos objetivos.

Estas pruebas pueden ser reales y pueden ser personales; pero en ambos casos són, por regla general, inseguras.

Entre el cuerpo del delito (cuya comprobación es el principio y base, pero no el objeto del juicio), y la culpabilidad de persona determinada, no hay nexo lógico, es decir, no hay una relación evidente y de percepción inmediata, que reduzca al juez a la estricta necesidad mental en que la filosofía cartesiana (1) halla la característica de la evidencia, esto es, a la necesidad de no poder creer. El cuerpo del delito sólo suministra una ba-

bien si sólo se juzgan por sus caracteres externos. Por consiguiente, es tan interesante como delicado definir las consecuencias del veredicto de los jurados, y el papel del juez en relación con él.

(1) Descartes, *Discours sur la methode*, Part. 3 me.



se de inducción, antecedentes de conjeturas más o menos vehementes y moralmente aceptables y afirmables; datos, por fin, de un cálculo de probabilidades indefinidamente próximo e infinitamente distante de la certidumbre absoluta.

Para considerar la eficacia de las pruebas personales, dejaremos de lado la desestimación creciente del simple testimonio en los códigos modernos, fenómeno tan sólo explicable por una decadencia moral de las sociedades, sea que lo conozcan o lo nieguen. El delincuente aprehendido en flagrante delito puede ser, sin duda, vencido por el testimonio de sus aprehensores, u otras circunstancias probatorias que corroboren su deposición; pero rarísima vez existen testigos directos de un hecho criminal. Quien afirma haber presenciado un delito sin esforzarse por estorbarlo, es sospechable de complicidad, o de engaño e ilusión, productos de pasiones impulsivas o deprimentes, que arrojan la fantasía a las mayores extravagancias, como los celos, la envidia, el odio, el miedo y la melancolía (1). Además, el dato suministrado por

(1) El catálogo de los errores judiciales, que a tantos espíritus inclina a rechazar la pena de muerte por ser irreparable, manifiesta a las claras cuánto dista la evidencia moral de la verdad real; y para no multiplicar excesivamente ejemplos que cualquiera encontrará sin esfuerzo, bastará recordar el vulgarísimo caso de La Pivardière, referido por Escriche: "Madama de Chauvelin, casada con él en segundas nupcias, fué acusada de haberle hecho quitar la vida alevosamente en su casa. Dos criadas fueron testigos del asesinato; su propia hija oyó los gritos y las últimas palabras de su padre; una de las criadas, hallándose enferma con peligro de muerte, juró en el acto de recibir los Sacramentos que su dueña había visto matar a su amo; otros muchos testigos vieron la ropa ensangrentada, y no faltaron quienes oyeron el fusilazo con que se había



mas, cuando ese contagio vertiginoso genera una criminalidad anómala.

Si a las enormes dificultades de los juicios criminales se añade la que percibimos en la mente y el ánimo del magistrado, advertiremos la clarísima conveniencia de la libertad de la defensa, por ser la mayor, aunque no suficiente garantía, contra los errores y causas de errores, frecuentemente irreparables, que hemos bosquejado a la ligera. La libertad de la defensa debería ser asegurada para garantía de los jueces y de la justicia, cuando no lo fuera para garantía de los reos.

Esta libertad implica la de usar todos los medios que conduzcan a desvirtuar las presunciones adversas a los acusados, entre las cuales contamos en primera categoría, el derecho de controvertir las deposiciones de los testigos contrarios; es robustecida por la publicidad de los juicios, y la legislación le atribuye tanta importancia que, según el estatuto nacional pertinente, "cuando no se hubiere podido obtener la aprehensión del procesado, concluida la indagación sumaria en primera instancia, y libradas por el juez las órdenes y requisitorias que estimare convenientes, se suspenderá la causa hasta que aquél sea conducido a la cárcel o se constituya voluntariamente a ella" (1). El fin de este precepto es estorbar que los tribunales incurran en error por falta de controversia en los procesos, de acuerdo con los principios consultados en la Constitución al garantizar la libertad de la defensa.

(1) Ley de 14 de septiembre de 1863. artículo 370.



XI

IRREVOCABILIDAD DE LAS SENTENCIAS EJECUTORIADAS

La doctrina del artículo 18 es completa por las reglas orgánicas del gobierno, que establecen la independencia del poder judicial (1), y por los principios que reconocen por verdad lo que una sentencia definitiva y ejecutoriada afirma así como por irrevocable lo que ella dispone. El Congreso en ningún caso puede juzgar, sino ejerciendo sus atribuciones como tribunal político. El presidente no puede avocarse el conocimiento de causas pendientes ni restablecer las fenecidas (2). Es verdad que el primero puede paralizar la acción de los tribunales dictando leyes de amnistía (3), y que el segundo goza de la exorbitante facultad de indultar y conmutar penas (4), pero ni a uno ni a otro es lícito intervenir en el procedimiento de los juicios, ni alterar o usurpar el papel de los magistrados, en cuanto les compete exclusivamente calificar y penar las acciones. La amnistía exime la responsabilidad ante la ley penal; pero no declara inocentes las personas que favorece. La conmutación de una pena la mitiga, y el indulto la remite totalmente; pero sin destruir la verdad sustancial de la sentencia, a saber, la cri-

(1) De este punto se tratará en la segunda parte de este Curso.

(2) Artículo 95.

(3) Artículo 67, inciso 17.º

(4) Artículo 86, inciso 6.º

minalidad del sentenciado por el único órgano regular de la justicia social.

Es, por consecuencia, evidente que estos principios contribuyen con los arriba enumerados, a asegurar, por el imperio de la ley, la libertad civil y la paz de las naciones, sin proteger la masa corrompida en virtud de una filantropía insensata y deletérea.



CAPITULO VI

SUMARIO: CONTINUACIÓN DE LA MATERIA ANTERIOR: I. PROPIEDAD: su uso y disposición. — II. El derecho de propiedad ante la legislación argentina. — III. Propiedad de invenciones y descubrimientos. Libertad de industria, navegación y comercio. — IV. Patentes y marcas de fábrica. — V. Propiedad literaria y artística.



I

PROPIEDAD: SU USO Y DISPOSICION

Sería impertinente empeño el de justificar aquí el derecho de propiedad, punto de arranque del orden jurídico en todas las sociedades prósperas y activas, como que define en lo sustancial las relaciones de las personas con las cosas, y es un principio del derecho natural, cuya discusión, tolerable respecto de uno de los casos que comprende (la propiedad territorial), no puede ser cuerdamente admitida en la extensión que le dan los demoledores socialistas, comunistas y nihilistas. Aun restringido el debate en la órbita que indicamos, sucumbe a poco que se la analice, la sentencia en que condensó Rousseau una confesión y una paradoja, cuando decía: “el primero que cercó terreno, diciendo *esto es mío*, y encontró gentes bastante necias para creérselo, es el verdadero



fundador de la sociedad civil" (1). En efecto, después de conceder que el hombre tiene un perfecto derecho de propiedad sobre todos los valores que crea o le son transmitidos por quien los creó, sólo es dable repeler como ilegítima la propiedad territorial, negando que las fuentes y agentes de producción no creadas por el hombre puedan en ningún caso ser objeto de un derecho semejante. El sofisma es trasparente. No hay duda de que todas las fuerzas de la naturaleza, consideradas en su entidad, son gratuitas e inapropiables, por consecuencia; pero considerándolas en muchas de sus situaciones y modalidades particulares, se las ve transmutarse en valores, y por consiguiente, en propiedad y elemento generador de capitales. Así, vienen a ser valores, la electricidad desarrollada artificialmente, o el calor natural condensado en un invernáculo, por más que el calor y la electricidad difusos en la naturaleza, sean porciones del patrimonio gratuito de los hombres. Luego, la base del raciocinio es falsa, porque toma como absoluta y universalmente cierta una proposición que sólo es cierta en circunstancias relativas y determinables. Ahora, todos los socialistas presuponen el dominio nacional del suelo; o lo que es igual, reconocen que la tierra es susceptible de apropiación de parte de las naciones, consideradas como sujetos de derecho, y convienen en que el dominio territorial es indispensable condición de la soberanía de los Estados. Tanto importa como confesar que la tierra no es idéntica por sus calidades

(1) *Discours sur l'inégalité parmi les hommes.*



y atributos al aire, a la luz, a las fuerzas físico-químicas de la atmósfera y demás dones gratuitos de la naturaleza; y esta confesión envuelve un juicio correctísimo. El hombre domina y emplea todas las cosas, según la naturaleza peculiar de cada una. La tierra no puede ser explotada por el arte que obliga a sus fuerzas productivas a operar en sentidos determinados, sin ser repartida, a fin de que los individuos la cultiven; ni éstos pueden cultivarla sin gozar de un dominio excluyente de cualquier otro dominio y de cualquier otro uso. Este dominio exclusivo es la propiedad. Ni se puede alegar, como Proudhon, contra esos raciocinios, buscando fundamentos en el derecho cristiano, que si enaltece la pobreza y constituyó en la edad apostólica un núcleo de varones admirables, que ponían sus bienes en común para entregarse, libres de groseros cuidados, a su generosa vocación. ni ha hecho de la pobreza material una ley (1), ni conmovido el asiento de la propiedad, explícitamente reconocida en el Evangelio (2), ni puede, siendo una doctrina de abnegación y desprendimiento, corroborar las teorías de grotesca igualdad inspiradas por la envidia y la codicia, pasio-

(1) La pobreza exaltada por el Evangelio es la de espíritu, es decir, la de corazón y voluntad, el desprendimiento de toda codicia, la limpieza de todo orgullo y apego a las riquezas, virtudes tan propias del pobre resignado como del rico generoso, humilde y caritativo. S. Mateo, Cap. V 3. S. Marcos, Cap. X, 21-25. S. Lucas, XII, 14-31.

(2) Basta recordar la parábola del señor de la viña, S. Mateo, XX, 1-16; la de los talentos, S. Mateo, XXV, 14-30; y por su atinencia con la materia, el episodio del título San Lucas, XX, 21-25.



nes que él fulmina junto con todas las concupiscencias (1).

El punto de partida de la propiedad particular, en la órbita del derecho positivo, es el dominio territorial de los Estados; de donde se sigue que sea constituida y organizada pura y legítimamente por la ley civil.

Determinada la condición y franquicias de las personas, las leyes de cada nación determinan luego las relaciones de las personas con las cosas, bajo sistemas que requieren ser armónicos con el carácter jurídico atribuido a las primeras. De ahí que a cada tipo específico de sociedad corresponda un plan concorde de reparto y protección de la propiedad, complicado de cuando en cuando por causas meramente físicas, como en el antiguo Egipto (2).

Reservar la propiedad del total de una vasta porción del territorio, para cierta clase social, poseedora así del suelo en lotes inenajenables e indivisibles; o lo que es igual, organizar la propiedad bajo la forma feudal, es sistema indispensable para conservar una constitución aristocrática.

(1) El sentido que la tradición apostólica ha atribuido a los consejos del Salvador sobre la pobreza, y el carácter de la comunidad de bienes entre los primitivos cristianos de Jerusalén, constan claramente del episodio de Ananías. *Hechos de los Apóstoles*, V, 1-10. Ni aun vale la pena de esclarecer la confusión que se ha hecho de las doctrinas predominantes de la Iglesia respecto de la usura, condenada, según las conclusiones de Lessio, *De justicia et jure*, cuando se considera el mutuo como un contrato gratuito, y nunca cuando en virtud de circunstancias, hoy día comunes, porque la moneda es una mercancía, se la considera como un contrato oneroso.

(2) Diodoro de Sicilia, *Biblioteca Histórica*, lib. I.



La propiedad colectiva y los repartos periódicos del sistema ruso, componen un plan especialmente adecuado al sistema social de que forma parte; y que, considerada por el lado político, se resume en un despotismo enorme atenuado por las franquicias del gobierno municipal, que radican en los intereses solidarios de todas las familias, — aunque carezcan de la conveniente solidez (1).

El fraccionamiento indefinido de la propiedad, fomentado en Francia por estímulos indirectos y por las leyes sucesivas, difunde el bienestar material dentro de cierto límite de tiempo y densidad de población; pero debe concluir por una pobreza general o una reacción que establezca el equilibrio, y dé seria aplicación a la máxima económica que aconseja la división de las industrias para desenvolver la riqueza de las naciones. Pero si la catástrofe subsiguiente a la exagerada división del suelo y a la excesiva movilidad de las propiedades raíces, que llega hasta a convertirlas en capital mercantil (2) y (lo que algún día se tendrá por inverosímil), en capital bancario (3), es consecuencia en que poco se medita por reputarla muy remota, envuelven estos fenómenos una consecuencia inmediata que no es me-

(1) Pruébese el error de esta constitución social con la emigración de los mnemonistas, a quienes no arraigara al suelo una residencia secular.

(2) Las especulaciones sobre bienes raíces son infaliblemente ruinosas porque parten de desnaturalizar el valor puesto en movimiento.

(3) No fué otra cosa el famoso plan financiero de Law, que llevó a Francia a la bancarrota.



nos desastrosa: la enervación general de la familia, que no es sólo un centro de afectos, sino un núcleo de gobierno en el organismo social. Esta circunstancia hace homogéneo el régimen francés de la propiedad con la tendencia absorbente del Estado, que aspira a centralizar y de hecho centraliza, la dirección de todas las esferas de la vida y de la actividad humana. En hora buena, que se repudien los modelos de la institución patriarcal, pero entre ella y la familia inestable y sin autoridad, las sociedades liberales debieran estudiar el modelo de la sociedad doméstica autónoma y vigorosa por la solidez de la propiedad y el imperio del testamento (1).

Podríase contraponer a estas modificaciones de grado, y nada más que de grado, en el socialismo que bulle en el fondo de la política europea, (ex-

(1) Los sentimientos protectores de la familia están en el corazón de todo hombre que tiene entrañas; la ley no puede sugerir al padre amor hacia su hijo; si hay una naturaleza suficientemente depravada para no amar a aquellos que han recibido de nosotros la vida, seres de esa naturaleza jamás serán levantados a la categoría de hombres morales, por la acción de la ley. Si se entiende por protección de la familia la garantía dada a su constitución, a su estabilidad, a su poder como centro elemental y autonómico de la sociedad, entonces digo que el sistema de la herencia forzoza, en vez de proteger la familia, la disuelve.

En efecto: ¿qué es la familia considerada como centro de poder en las sociedades en que rigen tales leyes? La sociedad doméstica está constituida por el matrimonio y se aumenta con la aparición de los hijos. Los hijos encantan por algunos años el hogar de sus padres; pero viene un día, — el día de la emancipación de los varones, el del matrimonio de las mujeres, — y las familias se disuelven. La soledad vuelve al hogar, que ya no está hermosado ni fortalecido por el fuego de la juventud. Cuando arroja la pálida vejez sus sombras sobre la casa de los ancianos padres, los hijos están lejos, formando nuevas familias, entregados a nuevos encantos, arrastrados por otras ilu-



cluida de Inglaterra), el anglo-americano de la propiedad, calculado para favorecer la libertad civil, protegiendo sus dos manifestaciones más prominentes: la independencia individual y la solidez y amplitud de los derechos de familia. Garantir la propiedad de las personas naturales y civiles, y facilitar su adquisición, sus medios de asegurar la libertad de los individuos y el poder de las corporaciones: la ley del *homestead* (1) y la libertad de los testamentos, completan el sistema, asegurando a las familias plena capacidad para constituirse en la órbita de sus funciones sociales.

II

EL DERECHO DE PROPIEDAD ANTE LA LEGISLACION ARGENTINA

El derecho de propiedad que aseguraba nuestra antigua legislación, no obstante ser deficiente respecto de muchas consecuencias que envuel-

siones; y si aun los sentimientos de la piedad filial conservan algún lazo flojo entre el padre y los hijos, viene la muerte, la muerte en la soledad; y cuando el sepulcro ha devorado la ceniza de los padres, queda roto el último vínculo, y la familia desaparece, si la codicia no levanta la discordia sobre la tumba entreabierta.

Es éste el carácter inestable creado a la familia por nuestras leyes, que estorba la constitución de centros tradicionales a que puedan acogerse los hermanos en desgracia, y sean fuentes de responsabilidades y deberes para aquellos a quienes es grata la fortuna.

No, el sistema de las herencias forzosas no es ajustado al sistema de la propiedad, ni es conservador de la sociedad doméstica: al contrario, es un elemento disolvente de las familias.

(1) La institución del *homestead*, iniciada por Tejas en 1839, ha sido adoptada sucesivamente en todos los Estados de la



ve, ha sido de la misma manera adoptado en todos los estatutos constitucionales posteriores a 1870 (1), y está formalmente garantido por el artículo 17 de la Constitución federal (2); de suerte que bajo los dos estados políticos en que se ha encontrado la Nación Argentina, él ha sido la base de su régimen jurídico, y pertenece a todos

Unión, excepto tres, y en la legislación federal por el Estatuto de 1862. Prescindiendo de discrepancias de detalle y de solemnidades de procedimiento, que sería enfadoso enumerar aquí, daremos en dos palabras idea de la ciencia de esta hermosa institución. Consiste en la inviolabilidad del sitio y de la casa en que cada familia fija su domicilio, en virtud de un derecho de propiedad con el recinto adyacente. Este dominio familiar no puede ser enajenado por el marido sin el consentimiento explícito de la mujer; no puede ser traspasado por testamento, viva o no viva la esposa del testador finado, durante la minoría de los hijos; ni finalmente puede ser gravado por contratos hipotecarios, ni ocupado ni embargado ni vendido judicialmente a favor de los acreedores. Un orador de Nevada preconizaba esta ley como una gloriosa garantía del honor de las familias americanas. Tenía razón. Es todo eso, y por serlo, fortifica el organismo social y consolida las instituciones republicanas.

(1) Estatuto provisional de 1815, (art. 1.º). Reglamento provisional de 1817, (art. 1.º). Constitución de 1819, (art. 109). Constitución de 1826, (art. 159).

(2) El artículo 17 contiene las declaraciones siguientes:

A. La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, *sino en virtud de sentencia fundada en ley*;

B. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada;

C. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4.º. El artículo 4.º está concebido en estos términos: El gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del tesoro nacional, formados del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de las tierras de propiedad nacional, de la renta de correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional.



los habitantes del territorio y a todas las personas civiles creadas, reconocidas o autorizadas por la ley, tengan o no una existencia necesaria, según las reglas del Código Civil (1).

De los corolarios incluídos en el principio y desfigurados o eliminados por la antigua legislación, algunos continuán siendo rechazados o restringidos por la moderna, al paso que otros han sido

D. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley.

E. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley.

F. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código penal argentino.

G. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

Es lástima que negligencias de redacción enreden y hasta cierto punto oscurezcan su sentido correcto. Deja entender en su primera cláusula que el propietario puede ser despojado en virtud de sentencia fundada en ley, no obstante que leyes anteriores, nacidas de dolorosas experiencias y escandalosamente violadas, y otra cláusula del mismo texto, enfática y defectuosa también, pero acertada, hayan abolido la confiscación en la penalidad argentina. Ni la sentencia, que al dirimir un litigio civil priva a una de las partes de los bienes que indebidamente detenta, ni las que imponen pena pecuniaria, ni la decisión administrativa o judicial que resuelve, en caso particular, una expropiación por causa de utilidad pública, ni las leyes que imponen contribuciones directas o indirectas, permanentes o extraordinarias, pueden ser equiparadas a la confiscación abolida por el mismo artículo constitucional, a las leyes agrarias de Roma, a la caducidad de los derechos del propietario en el jubileo hebraico, a los cambios de distribución en las comunas y tiagos de Rusia, ni en una palabra, a leyes, costumbres o arbitrariedades, propias de otros órdenes institucionales, que allanan, alteran o destruyen los derechos de la propiedad, sea sólo respecto de la propiedad fundal, sea respecto de los bienes mobiliarios. De suerte que el segundo miembro de la cláusula que comento no restringe la declaración del primero, porque si la restringiera, la anularía. La propiedad es, por lo tanto, inviolable. Tal es el fundamento de nuestra organización civil y económica, como asimismo del sistema político establecido.

(1) *De las personas*, tít. I, cap. 7.º



reconocidos y aceptados; porque la inspiran a la vez doctrinas centralistas y designios económicos, concordes los primeros y opuestos los últimos a las doctrinas y designios predominantes en el derecho colonial.

La institución de las herencias forzosas y el reparto obligatorio y numéricamente igual de la porción legítima de los herederos legales, limita el derecho de propiedad, por una parte, y por otra, debilita la sociedad doméstica. Este sistema introducido en la legislación romana, a medida que se robusteció el imperio del Estado, arrebatando a la sociedad la fuerza que él ganaba, y absorbiendo, en vez de dulcificar, la autoridad paterna (1), expresión por muchos siglos excesiva y grosera,

(1) Durante el período en que los testamentos se hacían *calatis comitiis* en Roma, se atribuía el carácter de estatutos públicos como a todos los estatutos *familícos*, según la tradición social; pero no era menos libre por eso la voluntad del testador. La ley de las Doce Tabas abolió aquellas solemnidades, porque la órbita de la familia y del Estado se separaban a medida que la sociedad se complicaba y la potestad política tomaba creces. Así, la libertad de los testamentos (*testis, mentis*) se exoneraba de las trabas externas que le oponía la intervención del soberano en los comicios. Pero, progresando el Estado en absorber la sociedad y la familia desde la época de los Césares hasta la ruina del Imperio, Justiniano introdujo la reserva de porciones legítimas, y puso la libertad testamentaria en camino de desaparecer.

En Atenas, bajo las leyes de Dracon, los bienes del propietario que moría pasaban a su familia. Solón estableció la libertad de testar, creando sólo privilegios a favor de los hijos varones y legítimos (Plutarco, *Solón*, § XXVIII).

En Esparta, después de la ley de Epitadeo, la libertad de testar no tenía límite (Plutarco, *Agis y Cleomenes*, § VI); y los que deploraban que desapareciera el régimen de distribución de la propiedad establecido por Licurgo (Plutarco, *Licurgo*, § X), no podían ocultar que era complementario del comunismo igualitario, consolidado por él, y que llegaba, según la ingenua confesión de uno de sus admiradores, hasta la comunidad de



de la autonomía familiar, entró en las naciones neolatinas, bajo circunstancias análogas; es decir, al paso que el poder central y soberano se desenvolvía, pretendiendo uniformar bajo una ley superior todas las relaciones, y extinguiendo poco a poco la vitalidad del derecho consuetudinario y local, que resistió, no obstante, en España con laudable vigor, principalmente desde la reducción de los partidos (1).

Pero como la sociabilidad hispano-americana reformó bajo las leyes de don Alfonso, sus estatutos relativos al régimen hereditario, han sido supersticiosamente identificados, con el concepto de la sabiduría, y la justicia en la trasmisión de los bienes de padres a hijos. Disimulado el error por la duración, y prevaleciendo en la República Argentina, por contagio de la escuela francesa, una política que exagera el poder y las fun-

los víveres, de los esclavos y de los hijos! (Xenofonte, *Gobierno de los Lacedemonios*, Cap. X). Aristóteles (*Política*, lib II, cap. 6.^o), atribuye a la reforma de Epitadeo la concentración de la propiedad territorial, que seguramente provino del concurso de otras muchas causas, que al cabo eran preferible al plan de Licurgo, tan aplaudido en la antigüedad.

Platón impugna la libertad de testar con dos argumentos que pone en boca del *Ateniense*. El hombre, por una parte, jamás tiene libertad de espíritu ni consistencia de voluntad cuando se halla en el punto de la muerte; y por lo demás, sólo tiene entre sus bienes un derecho subordinado al del Estado. La controversia termina por adoptar el régimen de los mayorazgos en las sucesiones. *Las leyes*, lib. XII.

(1) El régimen sucesorio vigente es una limitación flagrante del principio de la propiedad. La ley, en efecto, substituye al propietario y dispone de sus bienes para después de sus días, distribuyéndolos en la forma que los legisladores han reputado propia para apreciarse contra la aristocracia. Entretanto, o el derecho de propiedad es vitalicio o es perpetuo y transmisible. La primera hipótesis es diametralmente opuesta a la base del derecho civil argentino; la segunda excluye el sistema



ciones del Estado, la legislación lo ha conservado divorciándose de todas las atenuaciones de las leyes antiguas y revocando las excepciones que aquellas tuvieron necesidad de consentir, porque el igualitarismo en las sociedades democráticas, como que tiene su punto y su apoyo en la masa imperante, llega a extremos, que nunca alcanza, sin violencia, bajo las monarquías absolutas, en las cuales su apariencia concuerda con su fondo, al

de las herencias forzosas. Y aun debo notar que rolan sobre hipótesis arbitrarias los temores que impulsaron a conservarlo, puesto que la propiedad no se aglomera ni se esparce, y las aristocracias no se arraigan ni desaparecen en virtud de la libertad testamentaria, sino bajo el impulso de las costumbres y de las tendencias características de cada sociedad; de suerte que en su virtud el ejercicio del mismo derecho produce resultados varios en el espacio y en el tiempo. Basta para probarlo comparar sus efectos en Inglaterra y en Estados Unidos; y aun sin salir de Inglaterra se demuestra perentoriamente, por la diversidad de consecuencias que determina, ya que, mientras cediendo a la costumbre general y a los estatutos que rigen las herencias intestadas, en la mayor parte del territorio las propiedades de las familias se aglomeran en manos del primogénito, hay fracciones en las cuales, cediendo a costumbres locales, como el condado de Kent y otros en que domina la *Gavel kind*, los bienes del padre se distribuyen por igual parte entre los hijos, y otros, como el condado de Surrey y todos los que conservan la tradición llamada *Borough English*, en que los bienes pasan al hijo menor del propietario. Blackstone, *Comentarios de las leyes inglesas*, Int. Sec. 3.^a — Lib. II, Cap. 6 y 14.

Presumir que por medio de esta legislación, la sociedad robustece y encarrila los sentimientos y las relaciones de la familia, es a la vez desnaturalizar la ley y la familia, subordinando ésta al imperio del Estado, y corromper el orden jerárquico de la sociedad doméstica. Cuanto amengüe la autoridad paterna, tiende a dislocarla más o menos eficientemente, porque sobre ella reposa como sobre su eje y centro de gravedad. Ni se puede negar que constituir a los hijos en coproplearios del padre, y el padre en mero administrador y principal usufructuario de bienes de los hijos, cuando éstos no son bienes indivisibles de la familia, considerados en la entidad moral y civil, es de sobra para relajar la disciplina familiar quitándole el resorte del interés, que sobreviene a la relajación de los más nobles en las



revés de las democracias en las cuales siendo servidumbre simula ser libertad (1).

El punto en que la legislación ha reagravado los errores de la tradición, es el de la propiedad de las corporaciones, tan vivaces todavía en España, aun en tiempo de Carlos V y de Felipe II, que ni la sangre de Villalar y los patíbulos extinguió la de los municipios, ni llegaron las despóticas novedades de los centralistas hasta infundir en los códigos todos los recelos que más tarde los han impregnado. Dos causas producen este fenómeno. El Estado, como lo concibieron los reyes y lo desenvuelven casi unánimemente los demócratas contemporáneos, necesita que los hombres vivan fuera de toda vinculación de gremio para dominarlos como moléculas de una masa inorgánica y docil. Necesita más: o regresar a la constitución litúrgica de los Estados paganos; o si obedece al escepticismo, procurar el avasallamiento de la Iglesia, ya que no su abolición. Ambos empeños, igualmente apropiados uno que otro a aquel designio político, inspiran la hostilidad de las leyes contra la propiedad de las corporaciones, a la cabeza de las cuales, confiéndolo o niéguenlo, cuentan a la Iglesia los que van inveterando en el mundo

sociedades enfermizas en que predominan el egoísmo y la independencia soberbia, inseparables consecuencias y causas del igualitarismo siempre que no surge de la tiranía.

(1) Leyes contemporáneas de la emancipación nacional (1813), ulteriormente ratificadas, aun por constituciones de Provincia, en lo cual exceden a la competencia del gobierno local, prohíbe la constitución de mayorazgos, y lo que es de todo punto condenable, hasta las vinculaciones, único medio de servir en muchos casos grandes necesidades sociales, y de proveer por provisión paterna a la fortuna y al decoro de los hijos.



tamaño error. La reforma administrativa de la provincia de Buenos Aires, en 1821, fué encabezada por Rivadavia, cuyo espíritu imbuido en el supersticioso legalismo de la escuela centralista, reforzó las propensiones ingénitas de la democracia, y levantó a altísima categoría doctrinaria sus más inconsistentes paradojas. El Código Civil ha sido tímido. Su ilustre redactor manifestaba no compartir por entero las preocupaciones a que estaba vinculado por su profesión y sus tradiciones políticas, pero le estorbaban emanciparse de ellas las falacias de los economistas, que se revelan transparentemente en graves puntos de su obra. Así, respecto de esta materia, como de los testamentos, los intereses más sólidos de la sociedad han sido inmolados, e infringidos principios esenciales que emanan del derecho de propiedad, por el anhelo de subdividirla y movilizarla (1).

Esta preocupación económica, errónea por lo extremada en muchas aplicaciones, y en no pocas, descaminada por parallogismos consentidos sin crítica, no podía menos de rectificar en otras esferas los imponderables extravíos de la legislación antigua. El derecho de propiedad implica el de crear valores por todos los medios lícitos y conducentes; es decir, que de su reconocimiento se sigue la libertad de industria, de tráfico y de comercio (2). El sistema colonial era contradictorio,

(1) Fuera de las leyes de herencia, abundan en este sentido los preceptos del Código Civil relativos a los límites del dominio, principalmente los concernientes a los contratos de arriendo y los que han abolido el enfiteusis.

(2) Este derecho como todos los que la Constitución garan-



concediendo el principio y negando sus corolarios, porque estaba informado en una doctrina económica que absorbía en el interés fiscal el común, y confundía la riqueza general con el incremento de la hacienda pública, cuya propiedad facticia tampoco pudo ser duradera. La legislación nueva ha eliminado la contradicción y abierto, consiguientemente, camino al desarrollo del bienestar general,

tiza, debe ser en su ejercicio reglamentado por leyes del Congreso; y no solamente por éstas, sino por leyes provinciales y hasta por ordenanzas municipales.

Delante de la moral pública, delante de la higiene y de otras mil circunstancias que han de consultar los reglamentos municipales, el derecho de ejercer libremente la industria que a cada uno le cuadre escoger, debe incontestablemente ceder. De otra manera, el interés individual predomina sobre el general. El interés no tiene en su naturaleza nobleza suficiente, por creído que sea el número de personas que favorezca, para prevalecer sobre el derecho de un solo hombre.

La libertad de navegación de los ríos interiores garantida por nuestra Constitución y por las costumbres arraigadas ya en veinte años de práctica de su ejercicio, tiene atinencia con la libertad de comercio.

Con excepción de la reglamentación especial para el cabotaje, nuestros ríos están abiertos a todas las banderas; todos nuestros puertos, habilitados con un establecimiento fiscal para percibir los impuestos, pueden recibir las embarcaciones extranjeras.

Las provincias no pueden en ningún caso establecer trabas al tránsito de los buques de un puerto a otro; y esta serie de disposiciones no son otra cosa más que esfuerzos tendientes a conseguir dos resultados: asegurar la unidad orgánica de la nación por la unidad de su interés económico y de sus evoluciones industriales y mercantiles; fomentar el incremento de la riqueza pública, la inviolabilidad de la propiedad, y todas las consecuencias que de este principio se derivan.

La libertad de industria, comercio y navegación, es consecuencia precisa de este principio: que todo hombre es dueño de aquello que produce y que puede disponer libremente de lo que le pertenece como propietario.

No son, finalmente, ni el principio de la propiedad ni la libertad de industria, comercio y navegación, efímeras concesiones hechas por la Constitución, y legítimamente revocables. He afirmado, como definición de los derechos personales, lo siguiente: derecho es cualquier franquicia o garantía que los



que es uno de los fines del gobierno (1). Las extravagantes doctrinas hoy repelidas, comprimían principalmente el comercio exterior por medio del monopolio y de la incomunicación de los establecimientos de América con las naciones extranjeras, y el comercio interno por leyes no menos absurdas, pero concordes con la disciplina de los tratos ultramarinos. No obstante la parcialidad con que se miraba a los trabajos de minería (2), llevada al punto de eximir a los mineros de ser ejecutados por deudas (3), el comercio de los metales preciosos era vedado (4); y basta mentar las alhóndigas y las aduanas interiores. De estas instituciones, varias han sobrevivido al régimen antiguo, a consecuencia de las frecuentes dislocaciones de la nacionalidad y del predominio de consejos basados en una rutina funesta. Las aduanas interprovinciales eran permitidas por el pacto federal de 1831; y es reciente la reforma que declara nuestros ríos casi tan libres como la mar para la navegación mercantil (5). Turbadas las mentes y arrebatados los gobiernos por las pasiones

hombres pueden recíprocamente exigirse en cumplimiento de su ley moral.

Y bien; en los orígenes de nuestra raza, fuéle dicho al hombre que sólo le producirá frutos la tierra que riegue con el sudor de su frente. En nombre de la ley del trabajo, nos exigimos los unos a los otros en el seno de la sociedad, la garantía de la propiedad, la libertad de industria, de navegación y comercio.

(1) Preámbulo de la Constitución. Según sus palabras, es éste uno de los fines del Gobierno nacional argentino, fuera de ser uno de los fines generales del Estado.

(2) Recopilación de Indias, tít. XX, lib. 15.

(3) Recopilación de Indias, ley 3, tít. XIV, lib. V.

(4) Idem, idem, ley 12, tít. XX, lib. IV.

(5) Constitución de 1853, Tratados Internacionales y Declaraciones provinciales de Buenos Aires, en la misma fecha.



borrascosas que en medio del oprobio y el dolor, han generado las formas políticas del día de hoy, nadie pudiera desarrollar pertinaz y eficientemente los propósitos, originariamente económicos, de la evolución que emancipó al Río de la Plata; y es grandísima fortuna que los condensara la Constitución de 1853, en un momento robado a tremendas agitaciones, para aquietarse el corazón y pensar en lo porvenir. Interesa sobremanera, definir las como la ley y la historia las revelan; puesto que al cabo dependen de la reglamentación que el Congreso dicte respecto de la industria, el comercio y la navegación, y lo mismo que por medio de los monopolios, la esclavitud, la servidumbre, los privilegios de gremio y otros recursos directos, pueden ser frustrados indirectamente por una legislación aduanera imprudente y por medio de impuestos exorbitantes o mal repartidos (1).

III

PROPIEDAD DE INVENCIONES Y DESCUBRIMIENTOS. LIBERTAD DE INDUSTRIA, NAVEGACION Y COMERCIO

La Constitución garantiza la propiedad literaria y artística bien como la de invenciones y descubrimientos útiles, aunque una y otra no puedan ser aseguradas sino temporalmente por las leyes

(1) Es cuestión interesante, si la abolición de los monopolios generales y las razones jurídicas y económicas que la determinan, implican o no la abolición de cualquier monopolio parcial, que recaigan sobre artículos que no sean de primera necesidad, o que sean de insignificante valor, o de uso, más bien

de la materia; y no podríamos comentar esta cláusula sin distinguir con prolijidad los elementos que abarca definiendo cada uno de ellos por sus caracteres peculiares.

En efecto, las invenciones útiles son aplicaciones de una ley de la naturaleza, descubierta o mejor esclarecida y aprovechada, que entra desde luego al dominio del sentido común y se añade al patrimonio gratuito de la humanidad, disminuyendo en cierta proporción la suma de fuerzas venales requeridas en las industrias. Quiere decir que por su entidad misma, y por su papel en las evoluciones económicas, esto es por cuanto consisten inicialmente en un concepto que todos los hombres quedan en aptitud de aplicar del mismo modo que el inventor que lo ha definido, y por cuanto no son útiles sino en tanto que aminoran el trabajo en razón de la producción, es repugnante atribuirles el carácter de un valor perpetuamente apropiable. Así, los inventores merecen estímulos y premios, y por eso conviene que la ley les asigne un provecho garantiéndoles la propiedad temporal de sus inventos; pero su derecho no se funda en uno de aquellos axiomas de la ley natural que las sociedades están obligadas a respetar y hacer respetar permanentemente. Por estas razones consideramos acertado el principio constitucional argentino, universal desde la ley inglesa de 1623.

perjudicial que útil, a fin de constituir rentas para el Estado, aliviando los impuestos. Por nuestra parte, resolveríamos la cuestión negativamente.





La Constitución es aún más generosa en su protección; y permite que por análogos medios sean favorecidos la introducción y el establecimiento de nuevas industrias (1).

Deseosas las provincias de abundar en los designios económicos de la Constitución Nacional, diez de ellas (2), han reivindicado la facultad de conceder patentes de invención; pero aunque su intención haya sido sana, creemos que contrarían las buenas tradiciones del derecho federal sin ventaja positiva y quebrantan las doctrinas correctas de nuestra propia Constitución. Compete al Congreso regular el comercio interior y exterior, a fin de asegurar la solidaridad económica de la nación; y por lo tanto, las provincias carecen de autoridad para ejercer actos ni otorgar privilegios que directa o indirectamente entorpezcan las leyes que él dicte, o traben la circulación de mercaderías introducidas y movidas bajo la protección de sus estatutos. En este caso estará un privilegio otorgado por una provincia si perjudica otro privilegio concedido por las autoridades nacionales; y consiguientemente, estará despojado de toda eficacia. Los privilegios provinciales que ratifiquen privilegios nacionales o coincidan con ellos, son insignificantes o inoficiosos. Luego, las provincias a que aludimos han errado al separarse de la tradición en el punto comentado.

(1) Constitución Nacional, artículos 67 y 16.

(2) Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, San Luis, Jujuy, Salta, Mendoza, Ríoja y Catamarca.



IV

PATENTES Y MARCAS DE FABRICA

Notaremos además, que la ley argentina (1) de acuerdo con el ejemplo común hoy día entre las naciones civilizadas, garantiza también el uso exclusivo de las marcas de fábrica y de comercio. El crédito es una propiedad, porque es un valor, y uno de sus elementos constitutivos es la fama de que disfrutaban comerciantes e industriales, entre otras causas, por la excelencia de los artículos que ofrecen en los mercados. Luego, garantizar el uso exclusivo de las marcas, es garantizar una propiedad, puesto que conduce a asegurar la autenticidad de los productos.

V.

PROPIEDAD LITERARIA Y ARTISTICA

Es igualmente temporal la propiedad artística y literaria garantida por la Constitución; y es menester aquí establecer una distinción específica entre los productos de las artes figurativas y plásticas, por una parte, y los productos literarios y musicales por otra.

Prescindiendo de los comunistas, que envolverían estos dos casos en la abolición total de la pro-



piedad, nadie disputa el legítimo derecho de cada cual sobre los frutos inmediatos de su trabajo, siquiera se trate del trabajo artístico, una vez confesado que los valores incorporeales son verdaderas entidades económicas. Luego, la cuestión queda reducida a la propiedad de las copias, o de otra manera a inquirir si las obras de arte pueden ser, por derecho natural, reproducidas sin consentimiento ni provecho de sus autores, y si el derecho de los autores, dado que la ley civil se los asegure, debe ser puramente temporal o indefinidamente transmisible como la propiedad de los valores materiales.

Planteada así la cuestión, resalta la oportunidad de la distinción establecida. Las esculturas y las pinturas, rigurosamente hablando, no son reproducibles. La belleza original, que es el fondo de su valor, jamás reaparece íntegra en la copia, que es más bien una imitación, esto es, una nueva obra de arte inspirada por la primitiva; y si se diera caso de que la copia igualara o excediera en belleza a su modelo, esta belleza sería, aunque sugerida por el estudio, creación propia del imitador. La inferioridad del talento de menor inventor, que impediría al copista levantarse a la categoría del maestro, en nada se toca con la relación jurídica entre él y sus obras.

Pero los productos literarios y composiciones musicales son reproducibles en toda su integridad y hermosura, sin que el reproductor cree nada ni en la forma ni en los elementos de la copia. El arte del reproductor es mecánico: no concurre a difundir o conservar las creaciones de las bellas artes, sino por el empleo de signos materiales,



cuyo valor es formalmente distinto del valor intrínseco de la poesía, de la ciencia o la armonía. Este valor, por otra parte, es el fundamental de las copias, y si él desapareciera, desaparecería como lo subordinado junto con lo principal, el valor del trabajo y de los materiales empleados en producirlas (1). Sobrevive también el valor material con que se le vincula, (2) como subsiste después que han desaparecido las civilizaciones y las sociedades en que tuvo origen. Si tal es su naturaleza, y si todo valor creado constituye legítima propiedad, no sólo queda demostrado el acierto de la Constitución, en cuanto reconoce la propiedad artística, sino implícitamente también el error de reconocerla sólo dentro de límites de tiempo establecidos por ley. Sin duda que el derecho positivo de todos los Estados modernos concuerda con el argentino; pero aun acatando el prestigio que le da esta adhesión universal, no suscribiremos a su máxima, no percibiendo razón suficiente que autorice a abolir en un caso la relación del productor y sus herederos, (que representan la misma relación originaria), con el producto por él creado, de otra suerte que por las causas, de orden meramente natural, que destruyen aún el dominio de los inmuebles y extinguen las propiedades en general. No sería serio argüir contra estas conclu-

(1) Es el caso de todas las obras literarias destituidas de mérito, o que no lo tienen sino transitoriamente por responder a necesidades o sentimientos de circunstancias.

(2) Es el caso de las ediciones imperfectas, del punto de vista tipográfico, que si conservan valor como piezas de museo, lo pierden en el mercado de libros en provecho de ediciones mejoradas por el adelanto de la tipografía.

siones, con la imposibilidad de reconocer a larga distancia en el tiempo, el titular de una propiedad literaria remota; porque nada en la humanidad es perpetuo, sino relativamente. La propiedad de Cicerón sobre el *Hortensio*, que despertó en San Agustín la afición de las meditaciones elevadas, se habría extinguido como la de su quinta de Túsculo.

Perpetuidad no significa positivamente sino duración indefinida; y si la propiedad literaria, es por naturaleza, menos durable que cualquier otro derecho en su especie, se extinguiría de hecho antes que los demás, sin dejar por ello de ser perpetua, en tanto que su abolición fuera eventual, en vez de ser preestablecida por la ley que la limita.





CAPÍTULO VII

SUMARIO: CONTINUACIÓN DE LA MATERIA ANTERIOR: LIBERTAD DE ASOCIACIÓN: I. Naturaleza de este derecho. — II. Legislación comparada. — III. Legislación argentina. Antecedentes históricos.



I

NATURALEZA DE ESTE DERECHO

Que la ley necesita proteger todos los intereses legítimos de la sociedad, es una proposición puesta fuera de toda discusión seria; que existen intereses sociales, cuyo fomento exige una acción nunca interrumpida y ayudada de recuerdos abundantes, como los comprometidos en el progreso científico, en la beneficencia y algunas relaciones del orden religioso, económico y aun político, es observación tan obvia como la primera, y que tampoco ha menester demostración directa. De aquí fluye el derecho de asociación. Las asociaciones tienen respecto de ciertas esferas de actividad, aptitudes de que carecen los individuos, cuya acción es efímera y poco robusta, si proceden dispersos, y el Estado, que si acumula la dirección de todas las relaciones sociales, se corrompe y las paraliza. — Por consiguiente, la ley está forzada a consentir la disciplina de grupos y la aglomera-

ción de caudales destinados a fomentar todos los intereses colectivos extraños al dominio legítimo del gobierno político de las naciones.

La Constitución argentina (1), declara que “todos los habitantes del territorio tienen el derecho de asociarse con fines útiles”.

Los términos del texto son ambiguos. Si se tomaran literalmente restringirían el derecho de asociación a casos determinados por una circunstancia que rara vez puede ser definida, sin expresar, por otra parte, a qué autoridad se confiere el poder de declararla. — Si la autoridad administrativa hubiera de otorgar o rehusar el consentimiento legal para fundar una asociación, juzgando de su utilidad, el derecho de asociarse dejaría de ser común para convertirse en un privilegio eventual, más o menos accesible, según los tiempos y las opiniones de los gobernantes, sin que existiera medio de probar la utilidad de cada asociación y, por consiguiente, su legalidad. — La idea de la utilidad es esencialmente variable. Sólo puede adquirir alguna consistencia dentro del círculo de las cosas que se pesan y se miden, y aun en este sentido materialista es susceptible de interpretaciones diversas; porque no todos los hombres concuerdan en el juicio de los medios conducentes a obtener un resultado, aunque concuerden respecto del resultado apetecido y discernan bien lo provechoso de lo improductivo.

La utilidad moral, si no es una doctrina abyecta, consiste en la concordancia de ciertos actos con

(1) Artículo 14, Capítulo de Declaraciones, Derechos y Garantías.





el fin moral del hombre. Si en ese caso, se juzga de ella bajo la regla definida por la Iglesia, el derecho de asociación deja de estar subordinado a la circunstancia de la utilidad pura, por dos razones: primero, porque la utilidad moral comprende la pobreza, la contemplación, y muchos otros sistemas de vida que están fuera del concepto de la conveniencia material; segundo, porque la legitimidad de las asociaciones será juzgada en virtud de principios obligatorios, bajo los cuales se desarrolla un derecho definido y permanente; — y lo uno y lo otro se opone al texto legal, literalmente interpretado. Si por el contrario, se desestima la moral definida por la Iglesia, y se juzga de la utilidad en esta categoría de relaciones según teorías independientes y meramente filosóficas, entonces la circunstancia que legitima las asociaciones no podrá ser determinada con rigor, y el derecho que le está subordinado dependerá de las preferencias teóricas, muchas veces erradas o injustas de los que gobiernan; porque cuando la moral se emancipa, los hombres caen en discordia respecto de sus fines y resultados, lo mismo que respecto de los medios y los procederes. — Se sigue de aquí que o el derecho de asociación sucumbe, o asienta sobre condiciones distintas de las expresadas por el texto, o el texto debe ser interpretado en sentido distinto del literal.

Para ello basta colacionarlo con el principio de la libertad civil (1), definido explícitamente por la Constitución en esta cláusula: “las acciones

(1) Véase el Capítulo IV, donde se explica la teoría de la libertad civil.

privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados" (1). Pues to que el derecho de asociación, es una faz de la libertad civil, es evidente que la Constitución no se habrá propuesto restringirlo dentro de límites más estrechos; y que bajo su imperio, ha de tener igual extensión la facultad de obrar colectivamente que la de obrar individualmente, en todo el radio que el Estado garantiza a la libre actividad de los hombres. — Por consecuencia, y no obstante la ambigüedad del texto constitucional, será lícita, según la interpretación más razonable de sus preceptos, cualquier asociación que ni turbe el orden, ni afecte la moral pública, ni perjudique derechos, o legítimos y garantidos intereses de tercero.

El derecho de asociación implica un complemento necesario. — Las asociaciones pueden ser pasajeramente más potentes para su acción particular que los individuos aislados, pero esta acción será tan efímera y transitoria como la acción individual, en tanto que su entidad jurídica se confunde con las personas naturales que las componen. Si una asociación sólo tiene capacidad de derecho, porque la tienen sus individuos; si su responsabilidad civil es indiscernible de la responsabilidad de los que se obligan a formarla por medio de un contrato, su capacidad y su responsabilidad caducarán muriendo los asociados o disolviéndose



la sociedad mediante otras circunstancias ordinarias. Es evidente, entretanto, que el servicio de graves intereses de religión, de filantropía y de ciencia exige la constitución de asociaciones que reúnan varios caracteres esenciales: primero, aglomerar recursos cedidos por la generosidad de personas particulares sin sacrificio total de sus haberes ni total compromiso de su responsabilidad moral y pecuniaria; segundo, tener aptitud para obrar con persistencia, continuidad y fijeza de miras inteligentemente elegidas; tercero, gozar de la mayor perpetuidad compatible con la contingencia de las cosas mundanas, de suerte que su personalidad moral no se deteriore ni destruya por la disminución o completa desaparición de sus fundadores. — En este concepto las asociaciones deben ser entes jurídicos distintos de todas y cada una de las personas que las fundan y que sucesivamente forman su capital, las dirigen o representan. — Subsistentes de esta manera por la inmortalidad de su esencia moral en medio del cambio continuo de las cosas que las rodean y de las que les son conexas, conservan su papel y su nombre, ejercitan su influencia y desempeñan sus funciones, encabezando competentemente intereses duraderos de la sociedad sin comprometerlos, como lo haría el individuo aislado por precario, y el Estado por inconsciente y opresor. En una palabra, el derecho de asociación envuelve el de constituir corporaciones; o de otra manera, la libertad de asociarse es ilusoria e infructuosa en las naciones donde no se facilita la constitución de personas jurídicas.



II

LEGISLACION COMPARADA

El estudio del derecho comparado, respecto de esta materia, nos suministra un juicio que la ilustra singularmente y corrobora la doctrina que dejamos formulada.

En Inglaterra y Estados Unidos, no tan sólo se considera lícito el establecimiento de cualesquiera asociaciones, destinadas a obrar dentro de los límites de la libertad civil (1), sino que se facilita, ya del punto de vista de las condiciones exigibles, ya del punto de vista de los procedimientos y formalidades legales, su erección en personas jurídicas (2); sin contar el vasto campo de actividad que las tradiciones británicas garantizan a las corporaciones y el papel que les incumbe, según la teoría y la práctica del gobierno representativo.

(1) Según las leyes inglesas, pueden constituirse y son fácilmente incorporadas, todas las asociaciones, cualquiera que sea su objeto, menos: 1.º las que tienen designios secretos; 2.º las que vinculan a sus individuos con juramentos no exigidos por ley; 3.º las que guardan reserva respecto de su personal; 4.º las que tienen jefes no conocidos por la mayoría de los asociados y por los extraños a su seno. Exceptúanse de estas disposiciones las sociedades religiosas, las benéficas y la francmasonería.

(2) La legislación de los Estados Unidos es sumamente favorable a las asociaciones, aunque puedan criticarse algunos de sus detalles precaucionales. En muchos de ellos es todavía necesaria una carta especial expedida por la legislatura en forma de privilegio, para la constitución de una persona jurídica; pero esta intervención del poder público carece allí de los inconvenientes que entrañaría donde las asociaciones suscitaran temor, aun disimulado por razones económicas, que son un disfraz, más o menos consciente de las razones políticas de que





En España y Francia predomina una tendencia enteramente contraria (1), y sus legislaciones respectivas prescinden de las corporaciones en el orden del derecho público, y en el del derecho privado procuran trabar su constitución y limitar sus funciones.

Explicase esta divergencia por los caracteres diferenciales de la política vitalista de Inglate-

derivan. La legislación federal, por estatutos de 1867 y 1872, ha abolido las cartas particulares, prohibiendo a las legislaturas territoriales expedirlas, y obligándolas a reglar por medio de leyes permanentes las condiciones y formalidades de la incorporación de las sociedades. La ley de 1872 del Estado de Illinois, está concebida con el espíritu más franco y liberal, principalmente en lo que toca a las corporaciones más temidas en los Estados centralistas, a las que obran en la esfera de los intereses morales, a las asociaciones que tienen, como dice la ley, un fin no *lucrativo*. Basta que tres personas declaren su resolución de fundar una asociación de este género y presenten los estatutos que deben regirla, para obtener un certificado del secretario de Estado, que la constituye en persona jurídica y facilita su planteación y desarrollo. La ley de 1875, del Estado de Nueva York, sigue idénticos propósitos con alteraciones de poca importancia en cuanto a las formalidades y jurisdicciones, porque traspasa a las cortes de justicia las atribuciones conferidas en Illinois al secretario de Estado. Este estatuto toma precauciones que se prestan a crítica, en punto al derecho de adquirir bienes las corporaciones, que limita a un valor de *quinientos mil dólares* en inmuebles y *ciento cincuenta mil* en muebles y para las parroquias hasta reunir una renta anual de *veinticinco mil dólares*; pero esta limitación no autoriza al Estado a despojar a la corporación que la exceda, ni detiene el desarrollo de la corporación o parroquia, sino que la obliga tan sólo a desdoblarse para constituir una nueva, por desmembración, la cual disfruta de todos los derechos legalmente reconocidos a la primitiva.

(1) Las leyes de España y Francia son aún más restrictivas que las leyes argentinas, no obstante la tradición que en España, por lo menos, ha sido necesario vencer para llegar a los extremos de una ordenanza de 1836, cuya substancia, celosamente conservada, en poco discrepa de las leyes francesas de 1817, 1825 y 1832. Según las leyes argentinas, la fundación de las asociaciones es acto libre; la intervención del poder público y las restricciones comienzan al tratarse de la erección de cor-



rra y Estados Unidos, contradictoria, como que tiende a asegurar el gobierno libre, que consiste en el gobierno orgánico de la sociedad, con la política artificiosa desenvuelta en España y Francia, por reyes, parlamentos y revolucionarios, cuyo resultado definitivo es la omnipotencia del Estado, ya encarnado en reyes absolutos, ya en asambleas, o en multitudes sin freno ni contrapeso. Tal es el vicio que expulsa la libertad civil de las naciones continentales de Europa. Se pretende en ellas aislar los individuos y congregarlos en una masa informe, sin agrupaciones parciales y vivaces, sin núcleos naturales o adventicios que los robustezcan y condensen sus fuerzas defensivas.

III

LEGISLACION ARGENTINA. ANTECEDENTES HISTORICOS

La legislación colonial de Sud América estaba harto saturada de principios absolutistas para que no trascendiera a ella el recelo de los monarcas contra las corporaciones autonómicas; pero el organismo social de España era vigoroso, y sólo a favor de los grandes cataclismos pueden una teoría política y un propósito dinástico aniquilar las tradiciones y los hábitos de cualquier na-

poraciones, o personas jurídicas, al paso que las leyes de España y Francia oponen dificultades, exigen la sollicitud de permiso e imponen largas formalidades y embrollos burocráticos, aun para la simple fundación de asociaciones destituidas del derecho de corporación; además de la intervención administrativa que estatuye en los actos más importantes, así como en los más triviales de la marcha de las asociaciones.



ción. Así que, aun después de Villalar, los reyes hubieron de capitular con las libertades municipales, y en mayor medida, con su congénere, el derecho de propiedad y autogobierno de las corporaciones libres. Pero la marcha posterior de la legislación argentina destruyó este resto de la tradición liberal de España. Imbuidas las clases gobernantes en las enormidades doctrinarias del centralismo que admiraban en Francia; exacerbado en su espíritu por la apostasía o la indiferencia, el antagonismo del Estado y la Iglesia que había producido ya las regalías patronales del Estado; preconizadas con supersticioso respeto máximas económicas, cuando menos, dudosas y de una verdad tan sólo relativa; admitida la soberanía del pueblo, que naturalmente tiende a excluir cuanto sea capaz de contrariarla o limitarla; arrojóse la nación, conducida por el ejemplo de la provincia de Buenos Aires, a una reforma cuya divisa, flamante todavía en medio de nuestros partidos y de nuestra vida, dice estas palabras escritas en 1821 por mano del famoso ministro Rivadavia: *Concentrar y simplificar*. — Concentrar quiere decir absorber en el Estado; simplificar quiere decir atrofiar los órganos sociales, obliterar los conductos de su torrente circulatorio, facilitar el ejercicio de un poder sin cortapisa, condiciones ni respetos, investido en el Estado. — La reforma de 1821 reunió todos estos caracteres fué centralista y fué escéptica. — Por ser centralista despojó las corporaciones existentes, impidió la creación de corporaciones nuevas, subordinó a la administración, la beneficencia y la enseñanza, y por consiguiente, cuánto fundó, nació



enfermizo, endeble, con una vitalidad precaria, como que dependía y depende de todas las eventualidades políticas y financieras que afectan al gobierno del Estado (1). Por ser escéptica, llevó la mano también contra la Iglesia, pretendiendo limitar su independencia por la soberanía política y el derecho civil, y reducir la vida religiosa de la sociedad a un departamento de su administración pública.

Esta intención consciente de la reforma, que atraía el concurso de todos los afiliados en la escuela revolucionaria de Francia, ha sido uno de los poquísimos propósitos durables, comunes entre los partidos militantes, que hayan conseguido cimentarse y desenvolverse a través de las vicisitudes y de los infortunios de la sociedad argentina, para anublar sus días más brillantes y frustrar sus esperanzas más lisonjeras. — No es maravilla, por consiguiente, que la legislación actual, sufra su influencia respecto del asunto particular que nos ocupa.

Son, en efecto, las leyes argentinas parsimoniosas y duras en lo que toca a las corporaciones; y

(1) Todas las fundaciones de la época de Rivadavia, o fueron, como la Universidad, ya preparadas por gobiernos anteriores, organizadas en la forma de un departamento administrativo, o fueron una transformación de instituciones antiguas, mediante incautación de bienes y el reemplazo de cuerpos libres por agentes del Estado, aunque fueran tan cuerdamente elegidos como la Sociedad de Señoras de la Beneficencia. Mas el rasgo prominente de la reforma, en este sentido, es la abolición de los Cabildos. Sin duda que los Cabildos coloniales adolecían de muchos defectos de organización; y que las facultades políticas que revestían más allá de lo propio como representantes de los intereses domésticos, aunque permitiera a los del Paraguay y Tucumán servir el bienestar general en el siglo



más parsimoniosa y más dura aún que la legislación civil, la doctrina jurídica y económica que corre más acreditada y de mayor influjo disfruta.

El Código argentino exige como necesaria condición para que una asociación adquiera el carácter de persona jurídica, que posea un patrimonio (1); pero como para adquirir patrimonio, se requiere gozar de la capacidad de los bienes, se sigue que el Código encierra la cuestión en un círculo vicioso. Es verdad que admite que las asociaciones acepten donaciones y legados, cuyo destino sea habilitarlas para convertirse en personas jurídicas (2); pero es menester considerar, para que esta condescendencia no seduzca, que tales donaciones y legados no podrán ser admitidos sino bajo la responsabilidad personal de los asociados o sus representantes, los cuales rara vez están dispuestos a arrostrarla; ni tendrán, en cuanto a su empleo y conservación, más garantía que esa

décimotercero, y al de Buenos Aires ser el núcleo de las elaboraciones políticas de 1806, 1807 y 1810, los habían convertido en focos anárquicos, que contribuían a destruir el orden regular, desde que el Río de la Plata cayó en el tumulto revolucionario. Por esto su reforma era urgentísima para que su papel no se pervirtiera cada día más. Pero en vez de acometerla, se prefirió abolirla. Imposible en adelante consolidar un gobierno liberal. Todos sus principios culminantes fueron desechados. Todas sus condiciones orgánicas fueron intencionalmente eliminadas. De la libertad, quedó una teoría, bastardeada en su desarrollo por el divorcio de las doctrinas políticas con las verdades morales y religiosas; en sus puntos de arranque, por el sistema de contrato social; y en sus medios de acción, por la máxima de la omnipotencia popular, y su consecuente, la absoluta soberanía del Estado.

(1) Cód. Civ. art. 33, título *De las personas jurídicas*.

(2) Art. 1806, título *De las donaciones*; art. 3735, id. *De la capacidad para recibir por testamento*.



misma responsabilidad, insuficiente para los donantes y testadores (1).

Se puede discutir casuísticamente el alcance de estas reglas; sería posible hallarles atenuaciones y oponerles evasivas forenses; mas no es dable negar, considerándolas en su fondo doctrinario y cotejándolas con los buenos modelos de

(1) La tendencia socialista del Código Civil, se trasluce en sus preceptos respecto de la tutela, a lo menos de la tutela testamentaria, para no hablar de los relativos al matrimonio, intrínsecamente insostenibles, aunque haya sido más respetuoso que otros códigos hoy vigentes hacia la familia y la Iglesia; pero el móvil de esta legislación, o el de sus modelos, (si se quiere absolver de responsabilidad a los juristas imitadores) se manifiesta comparando sus timideces y parsimonia con relación a las corporaciones de funciones morales, y su liberalidad con relación a las sociedades anónimas de fines industriales o mercantiles. Es razonable proteger las sociedades anónimas, porque ellas pueden acarrear varios beneficios económicos muy considerables; formar gruesos capitales para empresas, cuyas dificultades podrían desanimar a los individuos aislados; disminuir indefinidamente el riesgo de los capitales aventurados en empresas nuevas; y finalmente dar colocación provechosa a los ahorros de los pobres, difundiendo por lo tanto el bienestar entre un número de personas mayor del que medraría sin ellas. Tiene, no obstante, y en especial en este siglo, inconvenientes gravísimos. El economismo puro es una aplicación a veces impropia de la moral utilitaria. Los obreros modernos en todos los Estados populosos e industriales de Europa encuéntranse indefensos, por la abolición total de sus corporaciones regulares, e inhábiles para conciliar sus intereses con los intereses de los capitalistas. La libertad del trabajo, bajo el régimen del salario, consiste en la libertad de escoger entre la muerte o las imposiciones del capitalista. Nada menos que estragos y barbarie se puede esperar cuando las relaciones del trabajo y el capital están regidas por la ley de la oferta y de la demanda, y el brazo se cotiza como las mercancías. Esto es por sí mismo la barbarie; y si no se reacciona valerosamente, reconciliando la sociedad con la moral y la economía social con el cristianismo, las sociedades darán en el nihilismo y sus congéneres, mal que pese a los ilusos de la escuela de Duval, y a los excépticos de la escuela de Malthus. Hay economistas que acarician la pretensión de constituir, como Macleod, la economía política, en una ciencia natural. Los hay menos ásperos, pero optimistas,



la legislación extranjera, que obedecen a la tendencia represiva de las corporaciones dominantes en los Estados absolutistas.

Tres son las razones en que estriba, o más bien, son tres los temores condensados en esta metódica serie de precauciones: se teme del poder de las corporaciones, se teme de su riqueza, se teme finalmente de su corrupción. Nace el primer temor del instinto de conservación aplicado a una insti-

embragados en la admiración de su siglo y de la industria moderna, y complacidos en idear compensaciones remotas y colectivas a los infortunios de la muchedumbre. Estos aman, con egoísta serenidad, la codicia y el materialismo económico, que tiene sus víctimas fuera de las clases letradas. Unos y otros olvidan que tras el capital hay una entidad moral: el *hombre*; que el trabajo es el *hombre*, y que las relaciones del capital y del trabajo son relaciones de hombre a hombre. Las sociedades anónimas, en el dominio de los fenómenos económicos, reagravan esta condición violenta, injusta y anticristiana. Consisten en simples asociaciones de capitales. Así, una vez reunidos los capitales, dejan de pertenecer a persona determinada; y por consiguiente, no son manejados sino en vista de su propio acrecentamiento, sin que su dirección hacia el lucro pueda ser atenuada ni complicada con otros fines, bajo la inspiración de un criterio moral o de una responsabilidad de conciencia, que temple en días angustiosos la suerte de los obreros, que se le vinculan por el interés del salario. El régimen en las sociedades anónimas viene a ser, de esta suerte, un grande aislador entre el mundo moral y el mundo económico. Podríase añadir alguna crítica a nuestra legislación, tan flexible ya e inclinada a serlo más en adelante, considerando los peligros de otro género que puede fomentar. Suscribir acciones es cosa muy distinta que embolsar capital. En Inglaterra ha llegado el abuso de las sociedades anónimas a los extremos del engaño y de la estafa. Caso se ha presentado de instituirse legalmente una sociedad anónima con un capital nominal de diez millones de libras, sin más capital efectivo que ciento cuarenta; y otra cuyo capital dividido en *cuatro mil acciones* se redujera de hecho a siete chelines, entregados por los únicos siete accionistas que habían abonado su primera cuota. Estos hechos acumulados en número alarmante, han provocado trabajos parlamentarios que probablemente rematarán en una reforma de la legislación inglesa. No es oportuno abordar la cuestión. Lo dicho, sin embargo, es oportuno para demostrar que la parcialidad de la legislación argentina es, bajo todo punto de vista, injustificable.



tución radicalmente mala y detestable. Las corporaciones en efecto contrabalancean, cuando son vigorosas, el poder del Estado, reteniéndolo dentro de su dominio legítimo, en cooperación con la familia autonómica y el municipio libre; y si el Estado recela de ellas, de la misma suerte recela del municipio, cuya libertad disminuye en razón directa con el incremento del centralismo, y recela de la familia, cuya constitución pretende convertir en un régimen puramente civil. Basta para acreditarlas, entretanto, el saber que suscitan esta desconfianza. Su excelencia es visible desde que sus afectos y sus adversarios convengan en que cohiben al Estado por un ejercicio regular de funciones conexas con intereses y derechos morales y sociales: pues esto equivale a convenir en que son instrumentos y condiciones de la libertad civil (1).

Nos hemos explicado ya respecto de los celos que suscita en ciertos espíritus la riqueza de las corporaciones (2); y es innecesario ensayar nue-

(1) Muchos economistas e historiadores han observado que la *poor-rate* y las *work-houses* de Inglaterra, que en el fondo son una aplicación del derecho a la asistencia, revolucionariamente exigido en Francia y preconizado por utopistas como Lamartine, prueban dos cosas: que la absorción de funciones, tan extrañas a la naturaleza del Estado, no puede verificarse sin ultraje de derechos sagrados, ni dar a los menesterosos auxilio eficaz, ni alivio a las penurias de las clases pobres; y que es consecuencia forzosa de la abolición de las corporaciones libres, adecuadas para desempeñar bien las funciones que la administración desempeña siempre y necesariamente mal. Esta última observación es incontrovertible, si se recuerda que el sistema de asistencia pública y el impuesto conexo, fueron instituidos en Inglaterra al abolir los conventos y para disimular este atentado a los ojos de pobres y desgraciados.

(2) Véase el Capítulo precedente sobre el derecho de propiedad.



va demostración de su legitimidad, después de haber probado la legitimidad de las corporaciones consideradas en sí mismas y estudiadas sus funciones. No obstante, debemos añadir algunas breves consideraciones. Si, particularizando la cuestión, se toma en cuenta el papel de las corporaciones de carácter económico e industrial, malgrado de los errores que se noten en la organización y autoridad de los gremios de la edad media, es de evidencia para cualquier mente imparcial que el régimen que ellas presidían aventaja grandemente al del asalariado libre y de los contratos precarios de obreros y capitalistas, por cuanto sujetaba a reglas más equitativas, más pacíficas, y a la verdad más económicas, el fenómeno de la distribución de las riquezas: siendo consecuencia forzosa de este antecedente la conveniencia de que sean ricas, esto es, de que posean la fuerza adecuada para ejercer ministerio. Si se trata de las corporaciones consagradas a intereses científicos, a servicios de beneficencia, a obras de caridad, o bien, a las altísimas funciones que en el mundo desempeñan las órdenes religiosas por el perfeccionamiento de la vida interior, por la reconciliación del hombre con Dios en la plegaria, en la contemplación y la penitencia, por la mejora intelectual y moral de los niños y los padres en la escuela, y de grandes y pequeños en la cátedra sagrada; no es menos clara la necesidad de que tengan una existencia segura y jurídicamente garantizada por la posesión legal de patrimonio suficiente. Pudiera acaecer que por anomalías económicas una gran masa de la riqueza inmueble viniera a poder de las corporaciones; pero es dis-



cutible que eso sea un mal grave; y suponiendo que lo fuera, no es realizable en América en virtud de la enorme desproporción que media entre su población y su territorio; ni cuando se afirma que la riqueza de las corporaciones es legítima y necesaria, se afirma que esa riqueza deba por fuerza consistir en una clase determinada de valores; ni precaverse contra la excesiva aglomeración de bienes en cierta clase de entidades jurídicas es igual a asumir el derecho de despojarlas ni de estorbarles adquirir; ni faltan medios de prevenir y modificar tales excesos (1); ni ellos son verificables sino por el concurso de muchos otros fenómenos económicos acumulados; ni, finalmente, es compatible con la moral y el buen sentido que debe presidir a las legislaciones, ultrajar ni abolir derechos resolviendo de antemano hipotéticos conflictos de intereses, a menudo imaginarios y sugeridos por el espíritu de sistema.

Menos rigor lógico tiene todavía el argumento de aquellos que concluyen contra las corporaciones, observando que suelen adulterar su espíritu y desviarse del objeto de su institución, o por haberlo disimulado, o porque corrompiéndose lo cambian. Está fuera de duda que las corporaciones, por el hecho de que condensan las fuerzas, las habilitan para obrar con extraordinaria eficacia en el sentido del mal lo mismo que en el senti-

(1) Téngase en cuenta la ley de Nueva York, citada en la nota segunda de la página 192. No la ponderamos como un modelo; pero aun siendo precaucional, respeta los derechos adquiridos y es un ejemplo plausible de moderación y de cuerda inteligencia de la armonía social.



do del bien (1). Sin embargo, las asociaciones, cualquiera que sea su naturaleza, en tanto son legítimas y deben ser amparadas en cuanto sus fines sean compatibles con la paz social; y las cor-

(1) El servicio de intereses políticos puede dar pretexto para congregarse en ligas inmorales los participantes de muchos intereses bastardos. En ese caso, las asociaciones son fuentes abundantisimas de corrupción pública y privada. Basta nombrar a *Tammany Society*; y si fuera insuficiente, recordar una sola de las empresas que manejó en Nueva York, cuando había llegado a abanderar número suficiente de intrigantes para disponer de la tolerancia o complicidad de todas las autoridades. Consta del proceso de Twed y otros, instaurado después de la reacción que encabezó M. Taylor, que los gastos de construcción del Palacio de Justicia, presupuestados en 250.000 dólares, habían ascendido a 8.000.000 sin que la obra estuviera terminada. Algunas partidas de estas cuentas eran especialmente curiosas, por ejemplo: la de yeso para cielorrasos, que llegaba a 1.825.000 dólares, la de alfombras, que se ha estimado suficiente para entupizar *dieci-siete mil millas cuadradas*; y otras que ha copiado M. Claudio Janet (36.000 sillas y 36 sofás a 3.388 dólares cada uno), etc., etc. A nadie se oculta que ésta y otras ligas de politiqueros y *carpet bidders* bastardean en Estados Unidos las instituciones republicanas, las costumbres políticas, el decoro de la administración y de las asambleas parlamentarias; y que les cuadra buena parte de responsabilidad en la alteración de instituciones que teorizan sofistas del tipo de Witing y de Tiffany, en los excesos del partido republicano y las iniquidades electorales que pusieron en la presidencia a Hayes.

Sin tan odiosa índole, no suelen ser menos peligrosas, en otro sentido, aun aquellas asociaciones meramente políticas, que por maniobras clandestinas se apoderan de la dirección efectiva de los negocios públicos. La espontaneidad de acción es indispensable para que los gobernantes obren responsablemente. Es necesaria al mismo tiempo la publicidad de sus actos, para que haya medios de moderarlos bajo la presión de las influencias legítimas. Las ligas políticas amenguan estas condiciones de buen gobierno, y si son secretas, las destruyen por entero. Ejemplo nacional de ellos es el papel de la Sociedad Lautaro. Podríase absolverla teniendo en cuenta su poderoso concurso a la empresa de la independencia sudamericana, sin por esto negar que durante su apogeo, las obligaciones contraídas por sus miembros bajo juramentos terribles eran más poderosas que las legalmente impuestas a los gobernantes; que sus deliberaciones disfrutaban de mayor fuerza que los estatutos expedidos por las asambleas públicas, reflejos suyos, o condenadas a des-



poraciones, que son entes jurídicos creados bajo el ministerio de la ley, reciben su carácter de tales, mediante la veraz manifestación y la legitimidad reconocida de sus objetos y de su proceder; de

aparecer, como la Constitución de 1813, dejando libre el campo a la dictadura de cualquier instrumento de la logia.

Mas si el estado social se complica y las contiendas económicas se mezclan a las políticas, pueden llegar las ligas a tomar proporciones tan alarmantes como la *Internacional*, foco de anarquía y de trastornos criminales en Europa y Norte América, ensayada ya en las revoluciones, los incendios, el pillaje y el regicidio.

Para conjurar el peligro de unas, sólo son eficaces los resortes morales, la austeridad de la conciencia cívica, el sentimiento profundo de los deberes patrióticos y del amor al bien; respecto de otras, las represiones legales, con tal que sean discretas y auxiliadas por una reacción moral que remueva sus causas, pueden y deben al menos atenuar su incremento y sus consecuencias más inmediatas. El príncipe de Bismarck, oráculo del gobierno alemán, cómplice o cuando menos tolerante confidente de Lassalle, de Paul, de Fritsche, del Comité de Leipzig, es decir, de los iniciadores del socialismo en Alemania, según las revelaciones hechas por Bebel y Richter, llegó, por fin, a alarmarse viendo próximas las consecuencias sociales del materialismo y de la *Kulturkampf*; y guiado por su fe en la fuerza, arrancó al parlamento la ley de persecución de 1878. Está próximo a expirar el término de su vigor; nada ha conseguido, sino exasperar pasiones, convertir en víctimas a los coligados y ennegrecer el horizonte del imperio, bastante sombrío ya. La Inglaterra se preocupa desde 1824 de prevenir los mismos peligros. Sus leyes más recientes han abolido las que prohibían las sociedades obreras. Dándoles la existencia legal, el Estado puede imponerles reglas y vigilarlas mejor que cuando, por ser intrínsecamente ilegales, eran clandestinas. Las prohíbe, declarando que los tribunales no las ampararán: 1.º para hacer cumplir compromisos de sus miembros relativos a huelgas o retiro de artículos de comercio; 2.º para hacer cumplir sus penas disciplinarias; 3.º para obligar al pago de subvenciones ofrecidas a huelguistas. Prohíbe además las coaliciones de sociedades de este género, y señala penas contra todas las actos de que las sociedades de este género suelen valerse para hacer coacción sobre patrones y capitalistas. De cierto que estas leyes, que contrastan por su moderación con las alemanas, no bastan para resolver una cuestión, que ante todo es de orden moral; pero es bueno tomar nota de que el socialismo progresa y amenaza menos en Inglaterra que en Alemania.



suerte que, persiguiendo las asociaciones clandestinas, prohibiendo las que ofendan la moral y turben el orden, y revocando judicialmente la carta ereccional de las corporaciones que degeneren en criminales, el Estado precaverá con eficacia a la sociedad de todos los daños que es razonable temer, sin confundir lo justo y lo injusto, lo pernicioso y lo necesario en una proscripción universal que lleva las naciones a extremos de simplificación inconciliables con la libertad.

En una palabra: la legislación y las tendencias administrativas de la República Argentina son contradictorias hoy día con el principio declarado por la Constitución Nacional al garantizar el derecho de asociación. El Código Civil no necesita comentarios. Nuestra proposición queda probada desde que se exhiban los textos. La Constitución misma quebranta la lógica, escatimando sus garantías y franquicias a algunas formas nobilísimas y sagradas de la libertad que preconiza (1).

El Estado argentino es de índole centralista, aunque la organización de la República sea federaliva. El federalismo divide las funciones atribuidas al Estado; pero si el Estado domina todas las esferas de la vida social por mano de los go-

(1) La Constitución prohíbe el establecimiento de nuevas órdenes religiosas sin especial permiso del Congreso (artículo 67, Inc. 20; artículo 108), y priva del derecho electoral pasivo a los eclesiásticos regulares (artículo 65). La primera disposición excusa de cualquier comentario por su propia flaqueza. La segunda obedece al mismo espíritu. Si el voto de obediencia, conocido el objeto a que se refiere, inhabilitara para el ejercicio de derechos políticos, con mayor razón inhabilitaría un juramento análogo hecho con objetos ocultos, como el que liga a los francmasones. Ambas cláusulas son continuación de la reforma eclesiástica de 1821.

biernos de provincia o por mano del gobierno federal, oprimiendo cada uno lo que el otro deja libre, o concurriendo en un doble patrocinio opresor, o en un monopolio entre ellos compartido, y aunque disimulando, real y mantenido por privilegios arbitrarios; federalismo y centralismo coexisten, caracterizando uno la región política y otro la región social. — Que esto sea contradictorio, no lo negamos; y acaso la nación vive continuamente perturbada porque lo soporta. Proviene originalmente del influjo decisivo de la revolución francesa y sus doctrinarios en la mente de las clases letradas del Río de la Plata; en segundo lugar, de la extensión que en Europa ha tomado la escuela centralista, sucesivamente encabezada por monarcas y por demócratas, en virtud de la enorme difusibilidad que caracteriza al mal, y que publicistas y gobernantes argentinos siguen con una confianza supersticiosa; y finalmente, del crédito que le dió Rivadavia, reformador sin inventiva que, sin embargo, avivando las marchitas esperanzas de la sociedad abatida por la anarquía, prestó a sus enormes errores un reflejo de su popularidad y halagando el escepticismo de los políticos y la fatuidad de los legistas de su tiempo, dió a sus empresas y propósitos una duración excepcional.



CAPITULO VIII

SUMARIO: CONTINUACIÓN DE LA MATERIA ANTERIOR. LIBERTAD DE LA PRENSA: I. Papel de la prensa en las sociedades modernas. — II. Antecedentes históricos. — III. Legislación argentina. — IV. Legislación extranjera. — V. Delitos cometidos por medio de la prensa. Delitos de imprenta. — VI. Jurisdicción competente. Jurados de imprenta.



I

PAPEL DE LA PRENSA EN LAS SOCIEDADES MODERNAS

En un día siniestramente memorable en la historia, un fanático que acaudillaba huestes desoladoras, puso fuego al depósito más abundante de rastros científicos y monumentos literarios de la antigüedad. De cierto que las grandes eminencias de la filosofía y de las letras que han llegado hasta nosotros, no condensan todo el progreso de la antigüedad; porque la arqueología acredita que en las ciencias del cálculo y de la naturaleza, poseían los antiguos conocimientos superiores a los que puede atestiguar lo que de su literatura conocemos. Perdimos, pues, en aquella catástrofe un tesoro acumulado en largos siglos.

Más tarde, uno de los más trascendentales descubrimientos industriales, ha hecho imposible que vuelvan a desaparecer los monumentos de las civi-



lizaciones; y ha asegurado para las generaciones futuras el producto de la experiencia, de la reflexión y el estudio de las generaciones contemporáneas.

Guttemberg ha destruido la raza de Omar.

Por otra parte, la invención de la imprenta ha dado una nueva forma a la actividad del hombre; y erraríamos groseramente si pensáramos que el desenvolvimiento de la humanidad nos lleva a la disminución gradual e indefinida del gobierno.

Cada nueva forma de actividad crea una nueva esfera de relaciones entre los hombres; y por consiguiente, crea una nueva necesidad de reglas y de frenos. Un nuevo asunto de legislación, sigue siempre a un elemento nuevo de acción y de cultura. De ahí que las leyes modernas tengan que preocuparse de esta materia; y que la rama de las ciencias jurídicas que estudiamos tenga necesidad absoluta de considerar el orden de relaciones nacido de este nuevo tenor de actividad y de las reglas que lo presiden, como vamos a estudiarlos en ésta y en la subsiguiente conferencia (1).

La vida moderna, señores, es activísima; los hombres se atropellan sin reposo; la exposición didáctica de las ideas, los análisis lentos y profundos, las abstracciones supremas, las meditaciones sólidas en lo hondo de las cosas y de las ideas, no satisfacen esta necesidad devorante de actividad que nos acosa en el tiempo presente. Los que quieren influir de una manera eficaz sobre la opi-

(1) Téngase presente lo que decimos en la Advertencia. El Capítulo IX es la conferencia que sigue a ésta en las versiones tipográficas. — El Editor.



nión de sus contemporáneos, han menester seguirlos y vivir tan apurados como ellos, recogiendo y reproduciendo al pasar, quejidos, lamentos, las imprecaciones de la ira, gritos de alborozo, conquistas de la ciencia, luchas, desfallecimientos y victorias: todas las alteraciones, en una palabra, que el espíritu y la sensibilidad del hombre sufren en conexión con los intereses comunes de la sociedad.

Da ahí la importancia capital del diario.

El diario es una fuerza de acción nueva, y creada en la sociedad moderna. Un publicista ha dicho que la prensa en Inglaterra es un cuarto poder, por cuanto es el órgano verdaderamente activo del pueblo, el que está en acción a cada momento y a todo propósito.

Y veamos, contemplándola en general, cuál es su papel más trascendente en el orden de los grandes intereses humanos.

Uno de los más eminentes maestros del materialismo, ha dicho: "El hombre es lobo para el hombre". El estado de guerra es el estado natural del hombre, el estado de paz es un estado adventicio y artificial. La experiencia acredita que jamás serán reducidas todas las rivalidades que median entre pueblo y pueblo, entre raza y raza; que jamás serán reducidos al nivel de una regla universal y comúnmente aceptada todos los derechos en su ejercicio regular. El hombre es lobo para el hombre: *homo homini lupus*.

No se me oculta, señores, que las pasiones humanas inducen al criterio en ese sentido; que la naturaleza del hombre originariamente mala, porque es originariamente corrompida, aleja indefi-



nidamente la consecución del propósito que es nuestra ley suprema en las relaciones del hombre con su semejante: la fraternidad, la unidad.

Pero ni aun en las ciencias puramente físicas y naturales es posible establecer la identidad de la ley con los fenómenos, las fuerzas y las propiedades de los seres. Lejos de eso, aunque en el orden físico, las fuerzas, las propiedades y las relaciones que de ellas surgen, no pueden desviarse de su ley, son sin embargo, lógicamente discernibles de ella.

La naturaleza del hombre está caracterizada por la libertad.

De consiguiente puede, siguiendo el impulso de sus malas pasiones, separarse de su ley, pero su ley permanece idéntica a sí misma, superior a extravíos, distinta de sus fuerzas, y constituyendo el altísimo criterio de su conducta y la revelación suprema de su destino.

El Salvador del mundo ha definido la ley del hombre en cuanto a sus relaciones, diciendo: "Sed unos, como el Padre y Yo somos uno". La fraternidad del hombre es, por consiguiente, una ley de su naturaleza, circumscripta perentoriamente por el Maestro de toda verdad.

Si esto es cierto, es claro que todos los elementos que concurren a vigorizar la unión de los hombres, a reducir los antagonismos, a extirpar las rivalidades, conspiran fecundamente en el sentido de la finalidad humana.

Sé muy bien, por otra parte, que la propagación de conocimientos e ideas, no basta para modificar las condiciones morales del hombre; pero también sé que no podemos reducir a uno solo to-



dos los elementos que, siendo armónicos con nuestra naturaleza, conspiran concordantemente a los mismos fines.

Los intereses del orden económico son un gran elemento de confraternidad. Por eso en el orden de la economía política no puede menos de considerarse como contrarias a los grandes fines que se siguen de las leyes superiores del hombre, todas las que tiendan a separar las naciones de las naciones, las razas de las razas y los grupos de los grupos.

De ahí que las legislaciones protectoras y que los regímenes prohibitivos en materia mercantil sean eminentemente antisociales y contradictorios con los grandes intereses de la humanidad.

Las sociedades son algo más que un comercio de intereses. Kant decía: La sociedad es un comercio de ideas. Luego, todos aquellos medios que tienden a generalizar las mismas ideas, a colocar los espíritus en la misma dirección, a levantarlos hasta los más elevados niveles de la ciencia, conspiran a este gran propósito a que el hombre necesariamente tiende si obedece a su ley moral; y esta regla de finalidad, definida por el cristianismo, está vinculada a esta otra: a la de la perfección.

El Salvador del mundo que decía a los hombres: "Sed unos como el Padre y Yo somos uno", decía también: "Sed perfectos como vuestro Padre celestial es perfecto". De suerte que la ley de la fraternidad humana está íntimamente vinculada con la ley de la perfección humana: la ley de la unidad con la ley del progreso.

Los elementos que tienden a diseminar la cultura y a levantar el nivel general de la inteligencia, son, pues, doblemente fecundos. Son fecundos por cuanto tienden a uniformarla, son fecundos por cuanto tienden a perfeccionarla.

Progreso y unidad humana, progreso y confraternidad del hombre con el hombre, son una sola cosa: y estos grandes medios de condensar el comercio de las ideas, son evidentemente concurrentes a los fines más trascendentales de la sociedad humana.

Una sociedad puede abrigar en su seno algo más que intereses antagónicos: castas como el Egipto y la India, de las cuales unas se hunden en los ínfimos abismos de la abyección, y otras se ciernen entre los fulgores del saber. Pero la antorcha, encendida en las cumbres de la sociedad, no penetra ni arroja su rayo, ni difunde su calor hacia la sombra gigantesca de la masa. El ilota antiguo era una pieza de caza para los jóvenes ciudadanos de Esparta. El paria y el fellah todavía arrastran sus ignomias en la historia.

Sin la diseminación de iguales conocimientos, sin la difusión de luces idénticas, sin la unión de todos en la profesión de una misma creencia y el conocimiento de una misma verdad, jamás se reducirá esa diferencia radical.

Y vuelvo a repetirlo: yo no preconizo pañaceas; no creo que la generalización de los conocimientos baste por sí sola para curar todos los males de las sociedades enfermizas por su constitución; sé que la ciencia, aun en su mayor desarrollo, no es un elemento suficiente de paz social.

No llamo paz de las sociedades a la quietud





que se sigue del aplastamiento de una clase por otra, de una masa por otra masa; ese es un estado en el cual hay una fracción que disfruta de la victoria mientras que la otra se encuentra amargada por todas las ignominias de su perdurable avasallamiento.

Pero aunque la ciencia no sea por sí misma un elemento suficiente de paz, concurre en ese sentido, y por consiguiente, todo lo que tiende a generalizar las ideas, tiende también a regenerar las sociedades; y no olvidemos otro punto de vista. Vosotros sabéis cuáles son los verdaderos y positivos fundamentos, cuáles han sido los recursos conservadores de la inmovilidad de las castas en la India como en el Egipto; está en la diversidad de conocimientos, de creencias, de teatro moral e intelectual abierto al desenvolvimiento de cada una de ellas.

Luego, es evidente que cuanto tiende a hacer desaparecer esa diferencia, a presentar una misma idea, un mismo credo, visibles a todos los hombres, influyentes sobre todas las conciencias tiende a hacer desaparecer las desigualdades.

Si salimos de este terreno de generalidades, para entrar en consideraciones de un orden más práctico, basta arrojar una mirada sobre las condiciones de la vida pública moderna, para apercibirnos de cual es la importancia de la prensa.

Podemos dividir las sociedades en dos grupos: las sociedades sólidas, aquellas cuyas instituciones arraigan en tradiciones vigorosas, y las sociedades en transformación, es decir, las sociedades juveniles, semejantes a todas las que ocupan el vasto continente americano, en las cuales no están



por entero desenvueltos ni el elemento físico, ni el elemento intelectual y moral que constituyen las nacionalidades.

Cualquiera de estos dos tipos de sociedad que tomemos en consideración, bastará para convencernos de la grande utilidad que de la prensa puede seguirse para su conservación y desarrollo.

Una sociedad verdaderamente sólida, que ha llegado al apogeo de sus fuerzas, degenera fácilmente en una sociedad rutinaria. El hombre se habitúa a todo. Un viejo filósofo decía que el hombre es un animal de costumbres.

No es extraño que los fuertes, los poderosos y los ricos se acostumbren a gozar de las delicias que la fuerza, la riqueza y el poderío ponen a su alcance; pero el pobre, el miserable, el desgraciado, el abyecto, también parece que se acostumbra (ya por resignación, ya porque las emociones a fuer de multiplicarse, pierden algo de su intensidad) a la pobreza, a la abyección y a la miseria.

Todos los estados dolientes de las sociedades humanas nacen del predominio de errores de mayor o menor importancia en el orden jurídico y moral. Es fácil que un error se transforme en una doctrina universal, dentro del radio de una sociedad.

Todos los pueblos viven regularmente infatuados de sí mismos, y esto contribuye no poco a hacer que toda idea constantemente presente en el espíritu, sea falsa, sea viciosa, sea inicua o no, venga a convertirse en una verdad de la cual nadie duda, y contra la cual pocos se atreven a protestar.



Si catalogáramos todas las ideas corrientes en nuestro país, si tratáramos de indagar todos nuestros errores y todas las causas de ellos, veríamos que nuestra atmósfera intelectual está llena de preocupaciones, plagada de nociones falsas que, sin embargo, forman una verdad subjetiva para todos los que viven en ella y contra la cual es difícil que una voz se levante y que proteste.

Es menester, por consiguiente, para que las sociedades no se inmovilicen en la contemplación de sí mismas, para que los pueblos, en la marcha constante de la vida que es milicia, no vuelvan la espalda y se queden extáticos y abandonen la senda del progreso y las reglas del deber, que una plena libertad favorezca al pensador para protestar contra el error dominante; y a todo hombre preocupado por el bien público y en cuyas entrañas palpiten sentimientos humanitarios y generosos, para despertar a los gobiernos de su error y a los pueblos de su apatía, para inspirar, en una palabra, el movimiento constante y la reforma lenta que los hombres y las sociedades humanas necesitan hacer de sus propias instituciones a fin de no retroceder.

Si cambiamos el puesto de observación de una sociedad sólida a una en transformación, será más visible aún la verdad de mi doctrina.

Una sociedad nueva, como las sociedades americanas, necesita fomarse, constituirse, organizarse; y ésta es una elaboración a la cual es menester que concurren el esfuerzo de todos los hombres de buena voluntad y de criterio sano.

Estas sociedades tienen un peligro nacido de su propia juventud: es la preponderancia de las pa-



siones en las luchas de partido, que muy a menudo son formados bajo la inspiración de amores personales, de idolatrías de hombre a hombre, que no se reclutan por la profesión común de ciertas ideas, sino por los impulsos de una pasión de odio, común es verdad, pero negativo y estéril como todos los odios.

Las pasiones son intolerantes. Hay que temer tanto, en una sociedad que se encuentra en ese estado de desarrollo, de la intolerancia de los partidos como de la intolerancia de los gobiernos.

No todos los hombres se atreven tampoco o tomar una participación activa en las contiendas políticas, muy a menudo sacadas de su verdadero centro y de su verdadero carril. Esos hombres de espíritu sereno deben tener el derecho de dirigirse a sus conciudadanos para darles su consejo tranquilo y sensato.

Por consiguiente, la libertad de la prensa, único medio efectivo de que todos los hombres de fundamento concurren al movimiento general de la vida política, debe ser resguardada en sociedades como la nuestra, no sólo por la ley, sino también por los sentimientos públicos; no sólo por la condescendencia de los gobernantes, sino por la tolerancia de los partidos.

Los gobiernos libres, por otra parte, no pueden existir sino a condición de que la libertad de la prensa sea una institución del orden político.

¿Qué es un gobierno libre? Un gobierno no es libre por razón del origen que tenga la autoridad de los individuos que lo desempeñan. Es de observarse que cuanto más pierde un pueblo su energía cívica, más tiende a la unanimidad de sus opi-



niones, sobre todo, respecto de los hombres a quienes se trata de exaltar al poder. La popularidad de los tiranos en cierta hora, en el momento infuasto en que el escándalo se comete y en que la ignominia cae como una sombra sobre los pueblos, no es alcanzada jamás por ningún hombre virtuoso.

Quiero decir, que el origen popular de una autoridad no garantiza que ella será ejercida de acuerdo con los principios que aseguran a todos los hombres el respeto de su libertad y de su derecho.

Aun saliendo de lo anómalo y entrando en el orden normal de los gobiernos, éstos son susceptibles de extraviarse, y regularmente se extravían.

Una sociedad republicana no ha resguardado suficientemente su derecho y su libertad, cuando ha establecido que periódicamente se renovarían los hombres que han de ejercer la autoridad: cuando ha establecido en un instrumento, que se llama "Constitución", los límites de los poderes que delega. Una sociedad republicana necesita la preocupación constante de la cosa pública; necesita vigilar, hora por hora, instante por instante, la marcha de sus poderes, advertirles de su error, criticarlos, juzgarlos, rectificar su dirección y enderezar sus senderos.

Y lo que digo del gobierno republicano, digo de toda forma de gobierno liberal, aunque no tenga el tipo puro de república según el modelo de las constituciones americanas.

Puedo resumir lo expuesto, diciendo: que la prensa, en cuanto es el más poderoso elemento de diseminación de las ideas, tiende no sólo a conservar los monumentos de la civilización; tiende



además a uniformar los intereses humanos, a consolidar la fraternidad entre todos los hombres, a establecer la igualdad y la armonía en el orden interno de la sociedad y a regularizar la marcha de los poderes públicos, como tiende a dar impulso y a avivar las lentitudes de los elementos conservadores de las sociedades sólidas y a refrenar los impulsos excesivos y demagógicos de las que se encuentran en vías de transformación.

II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Siendo tan vastas las relaciones que crea este instrumento de propaganda de ideas, es claro que necesita una legislación especial.

No toda libertad, lo hemos observado ya, es un derecho; y aún una libertad garantizada como tal, deja de ser legítima cuando excede del radio jurídico.

Una libertad es una fuerza, y una fuerza puede desviarse; y la prensa es una de las que mayores despenaderos encuentra delante de su paso, por donde precipitarse y convertirse en un peligro y en una afrenta.

Las bastardías del corazón, las especulaciones del hombre inmoral, el predominio de los impulsos demagógicos, la intolerancia de los partidos, que pretenden por medio del terror anedrentar a los que protestan contra su conducta y ponen obstáculos a sus propósitos; la pretensión muy a



menudo manifestada por la prensa, de constituirse en guía y acaudilladora del pueblo; todos estos fenómenos son otros tantos peligros que corre la prensa y que amagan a las sociedades.

El reglamento provisional de 1815, que es uno de tantos fugitivos ensayos de organización de gobierno, ordenaba la fundación de dos periódicos: uno debía llamarse *La Gaceta*, destinado a defender todos los actos del gobierno; el otro debía llamarse *El Censor*, destinado a censurar todos los actos del gobierno. Se proponían aquellos legisladores obtener una gran luz política para el pueblo de estos ejercicios dialécticos, de esta especie de contienda escolástica entre dos escritores oficiales asalariados por el Estado, el uno para criticar y el otro para defender los actos del gobierno: comprometido el crítico, tal vez, a dejarse vencer por el defensor.

Esto era sólo extravagante: el pecado venial de los gobiernos que quieren hacer funcionarios de los periodistas. Otros, harto más graves, suelen cometer.

El canciller de Prusia dispone hoy de todos los bienes de no sé qué príncipe alemán destronado. Estos bienes tienen un gran destino conocido dentro y fuera de Alemania: están consagrados a corromper la prensa oficiosa, a pagar la mentira; a dar el bienestar o la opulencia a hombres con el corazón depravado y la conciencia negra, que toman por industria engañar a sus conciudadanos y al mundo. Esos fondos tienen un nombre digno de su destino e impiadosamente característico: los llaman, aún en el lenguaje oficial los *Fondos de los reptiles*.



La prensa, por consiguiente, no es un instrumento, como alguien ha dicho, semejante a la lanza del guerrero antiguo, que cura por sí misma las heridas que abre. No: la prensa es un instrumento de acción que en manos de los hombres pervertidos, sea que gobiernen, sea que obedezcan, puede convertirse en instrumento de corrupción, en una corriente depravadora de las sociedades humanas.

De estos vicios hay muchísimos que no son curables por medios legales. Pero hay otros que lo son. No es dable, por medio de precauciones legales, extirpar los malos sentimientos de los hombres viciosos; pero es posible estorbar que la prensa se desvíe contando con la irresponsabilidad de sus errores, por odiosos y anárquicos que sean.

En la República Argentina, señores, la prensa tiene una larga y dramática historia. Yo no puedo hacerla aquí.

Hacia fines del siglo pasado, de los restos de las antiguas misiones jesuíticas del Paraguay, esquilmas por administradores rapaces, fué conducido a Córdoba cierto desperdicio de sus extinguidos establecimientos industriales, que las autoridades españolas de estas regiones desdeñaban, y que un gobernante, nacido en el continente americano y puesto al frente de las Provincias del Río de la Plata, hizo conducir a la Capital... Era una imprenta.

Esta imprenta fué establecida en Buenos Aires, como propiedad del Asilo de Expósitos.

Estaban pendientes por entonces las contiendas trabadas en el seno del Consulado, respecto de la legislación mercantil de las colonias.

Todos conocemos la trascendencia que esas controversias debían tener en la producción del movimiento revolucionario de la sociedad argentina. Pero después se presentó en Buenos Aires un individuo que se había ejercitado en el Perú, aunque tímidamente, en las funciones de periodista. Era un coronel, supongo que retirado, puesto que tenía ocios que matar con distracciones literarias; escritor ramplón, con el espíritu obseso por la idolatría de la ley y del poder que abrumaba entonces la mente de todos los hombres de su jerarquía social... Un poeta antiguo decía que los dioses comienzan por cegar a los que quieren perder. Yo no sé si esta sentencia sería aplicable a este caso, pero el hecho es que el coronel Cabello, partidario de los conservadores, hombre del viejo régimen, si los hubo, fué el que tuvo la primera veleidad del fundar un periódico en Buenos Aires; y lo fundó, en efecto. Su primer número apareció en abril de 1801. Se llamaba *El Telégrafo Mercantil*. Este periódico fué consagrado a sostener las mismas doctrinas económicas y legales que habían sostenido y continuaban sosteniendo aún los conservadores que formaban parte del Consulado. Se pueden refundir sus doctrinas en esta forma: fomentar la industria del país, y conservar el monopolio mercantil. Equivalía a abaratar la producción colonial y encarecer consiguientemente la manufactura española. El general Belgrano calificaba la doctrina en términos más humorísticos: toda la ciencia del comercio español, decía, consiste en comprar por uno y vender por cuatro.





En 1802 apareció otro periódico. Su escuela era distinta. Era el *Semanario de Agricultura*. En él se trataron todas las cuestiones sociales dignas de preocupar a los pensadores: educación, economía, legislación mercantil, distribución de la propiedad territorial, bajo aspectos diametralmente contrarios a los del *Telégrafo* y cooperando al movimiento de reforma iniciado por Belgrano, Castelli y sus partidarios.

Desde aquella coyuntura hasta la Revolución, aparecieron dos periódicos: uno, el *Correo del Comercio*, redactado por Belgrano, sólo tuvo importancia en cuanto su preparación servía de pretexto para entrevistas revolucionarias. Por lo demás, no trató ninguna de las cuestiones capitales de la política del país, no obstante que comenzó a publicarse durante el virreinato de Cisneros. En el número que vio la luz pública dos días después del plebiscito de 1810, no se dió noticia siquiera de aquel gran acontecimiento.

El otro fué la *Estrella del Sud*, publicado por los ingleses de Montevideo, durante la época de la ocupación de aquella ciudad. Este periódico no sólo ventiló, como el *Semanario de Agricultura*, todas las cuestiones económicas y comerciales de las colonias, sino que trató las políticas. Despertó de su engaño a muchos; manifestó clara y descaradamente cuál era la verdadera situación de España; cuáles los derechos de las colonias y de qué manera podían reivindicarlos; en una palabra, abrió nuevos horizontes políticos a la sociedad y definió a la prensa el alto y definitivo papel que debía ejercer.



Desde la *Gaceta* de Moreno hasta nuestros días, la actividad del país, intelectual y política, está reflejada en las hojas de los diarios.

Yo no sé si en este país no se lee porque no se escribe o no se escribe porque no se lee, como decía Larra, pero lo cierto es que no se lee ni se escribe... a no ser en diario.

La actividad de nuestra vida, la continuidad de nuestras contiendas, el fervor de las luchas a que estamos entregados más de medio siglo hace, han producido necesariamente este fenómeno. Todo lo que las generaciones argentinas han sufrido, todo lo que han pensado, todo lo que han sentido, todo lo que han llorado; sus glorias, sus ignominias, sus esperanzas y sus desengaños... todo está reflejado en la prensa diaria. En ella podéis seguir las controversias primitivas entre monárquicos y republicanos, las luchas de los elementos conservadores con los demagogos, los debates entre federales y unitarios, y todas las contiendas del orden social y administrativo que ocuparon la época presidida por el señor Rivadavia, ya como ministro provincial, ya como jefe del poder ejecutivo nacional, y el guerrear subsiguiente de los partidos hasta el ominoso plebiscito de 1835.

No os exhibiré la prensa bajo Rosas. Esa región inmundada es indigna de vuestra mirada. Ni es oportuno hablar de la que siguió a su caída.

Sólo podremos observar que después, como antes de la tiranía, el tono de la prensa sigue todas las inflexiones del espíritu y del carácter cívico de la sociedad (1).

(1) Véase, el autor OBRAS COMPLETAS, Tomo II, (*Lecciones*

III

LEGISLACION ARGENTINA

Teniendo la prensa un papel tan trascendental y una actividad tan constante, no extraño que una de nuestras primeras preocupaciones legislativas haya sido organizada. En efecto, desde 1811 encontramos un decreto, incorporado después al estatuto de ese mismo año y al estatuto provisional de 1815, en el cual se establece una junta protectora de la libertad de imprenta, que tenía por encargo castigar los abusos que de ella se hicieran. La ley establecía en general la libertad de imprenta, declaraba punibles sus abusos y confería a esta Junta, compuesta de vecinos, jurisdicción para aplicar las penas en que incurrieran los delinquentes; pero sin definir en qué consistía el abuso de la libertad de imprenta.

Una ley de 1822 alteró las jurisdicciones establecidas en la de 1811: declaró que los abusos de la libertad de imprenta serían juzgados por los jueces ordinarios, ayudados con el consejo de vecinos sorteados en la misma forma que los de la Junta protectora de la libertad de imprenta, los cuales debían establecer el hecho de la culpabilidad de los acusados. Sin embargo, esta ley tampoco definía lo que debía entenderse por abuso de la libertad de imprenta.

La ley de 1828 convirtió la Junta protectora de

sobre historia de la República Argentina, tomo 1.º) Lección VIII, p. 249. — El Editor.





la libertad de imprenta establecida por la de 1811 y el Consejo de vecinos, establecido por la de 1822, en un jurado con autoridad para decidir sobre el hecho y el derecho: y definía los abusos de la libertad de imprenta, en estos términos que forman el texto del artículo 1.º:

“Son abusivos de la libertad de imprenta: los impresos que ataquen la Religión del Estado, que exciten a sedición o a trastornar el orden público, o a desobedecer las leyes o autoridades del país; los que aparezcan obscenos, contrarios a la moral, u ofensivos del decoro de la decencia pública; los que ofendan con sátiras e inventivas al honor y reputación de algún individuo, o ridiculicen su persona, o publiquen defectos de su vida privada, designándolo por su nombre y apellido, o por señales que induzcan a determinarlo, aún cuando el editor ofrezca probar dichos defectos”.

El artículo 2.º eximía de responsabilidad todos los escritos que denunciaren actos u omisiones de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, pero no importa esto decir que un escrito por el sólo hecho de referirse a un funcionario público quedaría igualmente exento de la acción de la ley.

El artículo 6.º decía que quedaban eximidos los impresores del deber de probar los hechos de que habla el artículo 2.º, cuando el editor fuese persona de reconocida responsabilidad; lo cual importa tanto como afirmar implícitamente que todo autor o editor de escritos en que se calumniara a un funcionario público acusado de omisiones en el



ejercicio de sus funciones, estaba incurso en las responsabilidades de la ley.

No mencionaré sino de paso una ley parásita de 1832, por la cual don Juan Manuel Rosas prohibió el establecimiento de imprentas y la publicación de periódicos sin previo permiso de la autoridad: decreto que desapareció con todas las brutalidades de su autor.

Hacia 1857, época en que las luchas de partidos agitaban profundamente a Buenos Aires, se dictó una ley por la cual se declaraba que los particulares damnificados por escritos abusivos de la libertad de imprenta, podían escoger indiferentemente, o bien el jurado, o la justicia ordinaria para presentar su querella.

La materia está dominada en nuestro orden actual por dos artículos de la Constitución Nacional.

El artículo 14 establece como derecho de todos los habitantes del territorio, el de emitir libremente sus ideas por la prensa; y el artículo 32 de la misma Constitución prohíbe al Congreso dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

En el sentido de estas declaraciones coinciden casi todas las constituciones de provincia, siendo unas, como las de Buenos Aires, Córdoba y Salta, más explícitas que otras.

Pero la multiplicidad de veredictos incompetentemente formulados y contradictorios en su espíritu y en su texto, expedidos por los jurados de imprenta, la falta de jurisprudencia establecida por los tribunales superiores sobre los puntos de derecho constitucional que se versan muy a menudo en los juicios de imprenta, y por último,



el apasionamiento a que estas contiendas de la libertad de la prensa dan lugar y que son tratadas por personas que en ellas tienen intereses vivísimos, hace que no tengamos una legislación positiva, clara y perentoria, en materia de imprenta, ni siquiera una doctrina generalmente aceptada.

Estas cuestiones son debatidas entre hombres de partido, entre autoritarios y opositores: son debatidas por los periodistas mismos; de suerte que es difícil encontrar un criterio desapasionado y que esté bastante alto para abarcarlas bajo su verdadero punto de vista y llevarlas a una solución racional.

IV

LEGISLACION EXTRANJERA

El mal no es exclusivamente nuestro. Lo encontramos a menudo reproducido, y nace de la naturaleza misma de la materia.

Por una parte, los gobiernos meticulosos tratan de defenderse contra los arranques adversos que estallan en la prensa; y los partidos que combaten a los gobiernos pretenden tomar una ilimitada libertad de palabra y de crítica.

Por otra parte, es muy común, en América como en Europa, que los periodistas crean desempeñar, yo no sé que misión en cierto modo profética, que quita toda moderación a sus pretensiones.

De este desacuerdo entre los intereses de los periodistas que querrían disfrutar de una influen-



cia exorbitante y de prerrogativas tan exorbitantes como su influencia, y los gobiernos que temen la crítica de los partidos, nace la contradicción de las doctrinas y de la vaguedad de la legislación.

Buscando doctrina en una nación que con razón es tenida por un modelo de gobierno liberal — Inglaterra — observo que allí se entiende suficientemente garantizada la libertad de la prensa por la supresión de la censura previa, y por la asimilación de la industria tipográfica con todas las demás industrias. No han sido, de todos los antiguos límites que trababan la difusión de ideas y el uso de la palabra, abrogados más que los viejísimos estatutos de Westminster y los privilegios de Oxford.

Sólo la costumbre y el hábito arraigado del ejercicio de la prensa y la moderación con que ordinariamente los hombres consagrados a escribir para el público proceden en Inglaterra, han conseguido deleificar la antigua legislación.

Así, a fines del siglo pasado, un predicador metodista publicaba en un periódico un aviso, por el cual invitaba al pueblo a suscribirse a fin de recolectar recursos, decía, para atender a las familias de sus hermanos en América que, prefiriendo la muerte a la esclavitud, habían sido bárbaramente degollados por los tropas reales. Ese escritor fué castigado con penas severísimas.

En este siglo, a propósito de la expedición a la China, se pronunciaba otro hombre, tan intemperante en su lenguaje como aquél, en términos todavía más duros; y sin embargo, la autoridad pública creyó deber respetar el derecho con que un ciudadano inglés juzgaba la política del gobierno



y la conducta del ejército. Entre estos dos hechos y la conducta de la autoridad pública respecto de sus autores, media una diferencia enorme; parece que la legislación sobre esta materia hubiese sido totalmente cambiada; entretanto, la legislación es idéntica.

Si recorremos todas las principales naciones europeas observaremos que la legislación de la prensa es tanto más rigurosa, cuanto menos asienta el gobierno que la dicta sobre la opinión pública y por consiguiente, cuanto menos confianza tiene en esta fuerza moral de la sociedad que sirve de apoyo a los gobiernos, y sin la cual no pueden desenvolverse a falta de atmósfera simpática.

Sería largo enumerar aquí todas las fases por que la legislación de imprenta ha pasado en Francia, en ese constante agitarse de aquella gran nación, entre las represiones excesivamente autoritarias y las relajaciones escandalosamente demagógicas.

Si me propusiera exponer en detalle la legislación de Bélgica, la atrasada y draconiana legislación actual de Alemania, perderíamos un tiempo precioso, porque en todos esos ejemplos nada encontraríamos más que nuevas pruebas de la verdad con que afirmo que toda la legislación de imprenta en el mundo entero, sigue las fluctuaciones de la política y obedece a las alzas y bajas del nivel moral de la sociedad, y a las diversidades de intensidad que el imperio autoritario toma sobre el movimiento libre de las opiniones.

Por regla general, puede establecerse que las condiciones generales sobre las cuales reposa la libertad de imprenta en la legislación moderna,

son: la supresión de la censura previa, la abolición de la represión administrativa, y el establecimiento de una represión puramente judicial contra todos los delitos cometidos por medio de la prensa



V

DELITOS COMETIDOS POR MEDIO DE LA PRENSA. DELITOS DE IMPRENTA

Por medio de la prensa, en efecto, pueden cometerse delitos que calificaré en dos **grupos**.

Pueden cometerse actos contrarios al derecho positivo y al derecho natural, en los cuales la prensa no es empleada sino como instrumento accidental; y pueden cometerse actos igualmente contrarios al derecho positivo y al derecho natural, y que no podrían ser ejecutados sin la prensa.

Los primeros, son delitos comunes cometidos por medio de la imprenta, los otros son delitos de imprenta, propiamente dichos, o de otra manera, abusos de la libertad de escribir; y entiendo, por las razones que expondré más tarde, que la jurisdicción competente para juzgar los unos y los otros debe ser distinta.

Los delitos del segundo grupo, aquellos que son propiamente abusos de la libertad de imprenta, pueden dividirse en dos categorías: delitos contra el Estado y delitos contra las personas públicas. Los delitos contra el Estado a su turno pueden subdividirse en delitos contra el orden político y delitos contra el orden moral. Los delitos



contra las personas públicas pueden también subdividirse, en injurias, cuando hay imputaciones desdorosas o que inducen responsabilidad legal contra una persona, pero ciertas: y en calumnia, cuando hay imputaciones del mismo género, fundadas sobre conjeturas falsas o intencionalmente mentirosas.

Yo pretendo que los delitos del primer grupo, es decir, todos aquellos actos contrarios a la ley y calificados como delitos, en que la prensa no es sino un instrumento accidental para perpetrarlos, deben caer bajo la jurisdicción ordinaria.

Los delitos son calificados por su naturaleza, y de ninguna manera por el instrumento con el cual se cometen.

Pretender que quien usa de la prensa para ejecutar un acto criminal que puede ser igualmente ejecutado por otros medios, ha cometido sólo un abuso de la libertad de imprenta, sería lo mismo que pretender que quien hiere a otro con armas de uso lícito, no es culpable de atentado contra la persona de su víctima, sino de abuso de la libertad de armarse.

Es verdad que en todos los delitos cometidos por medio de la prensa hay un abuso de la libertad de imprenta; pero en el mismo sentido en que hay abuso de las armas en el hecho de herir o matar. El delito, entretanto, del orden común, absorbe el abuso: así como un delito calificado por la ley como grave absorbe todos los delitos accesorios y más leves que han sido medios de perpetrarlo.

Supóngase el caso de un militar participe personal y activo en un delito de rebelión. Se ha suble-



vado una fracción del pueblo contra la Constitución y contra las autoridades constituidas; los militares que se le han adherido han cometido, indudablemente, dos faltas: la una está calificada por las leyes generales como delito de rebelión; la otra consiste en el acto de indisciplina y desobediencia en que han incurrido al separarse de su bandera, al alejarse de su jefe y desconocer sus órdenes. ¿De qué manera y ante qué jurisdicción deben, en este caso, ser juzgados? ¿Por su delito de desobediencia e indisciplina, ante la jurisdicción militar, que es excepcional, o por el delito de rebelión, más grave, ante la justicia ordinaria? — Evidentemente que lo segundo sería la solución del problema.

Discurriendo por analogía, venimos a poner en claro, por este camino también, que aun cuando en caso de delitos cometidos por medio de la prensa haya abuso de la libertad de imprenta, no es la jurisdicción que se establece para entender en estos casos particulares la que debe juzgarlos, sino la autoridad establecida para juzgar los delitos comunes, más graves que el abuso de la libertad de imprenta y que, por consiguiente, lo absorben.

He mencionado antes el delito de rebelión. “El delito de rebelión, dicen las leyes penales de la nación, consiste en alzarse en armas contra las autoridades constituidas”.

Las leyes no sólo penan como delincuentes a los que se han armado contra las autoridades constituidas; penan también a los que concitan a la rebelión, a los que instigan a otros a sublevarse.

Supongamos que se presentaran delante de la justicia dos individuos acusados por instigadores



del delito de rebelión, de los cuales uno hubiera empleado el soborno, el consejo clandestino; y otro en vez de dirigirse a sus cómplices de cerca, se les hubiera dirigido de lejos, y en vez de hacerlo por letras manuscritas lo hubiera hecho por letras impresas. ¿Habría para el primero un castigo y otro para el segundo? ¿Uno sería culpable por concitar a la rebelión, y el otro sería solamente punible por haber abusado de la libertad de imprenta? ¿Sería el primero sometido a la justicia ordinaria, y el otro, al jurado de imprenta, en los países en que esa institución está establecida, como en algunas provincias argentinas?

En general, la calumnia y la injuria contra personas que no estén constituidas en dignidad pública, y a cuyo respecto, por consiguiente, la crítica no responde a ninguna necesidad positiva, son reputadas también como crímenes ordinarios. La sociedad no tiene interés alguno en que las faltas privadas de un particular sean preconizadas por las mil voces de la prensa; al contrario, está interesada en la tranquilidad y en la buena fama de todos sus miembros.

La libertad de la prensa es una institución del orden político, establecida en vista de altas conveniencias sociales, y están fuera de su garantía los actos que no se relacionan con esos objetos. En este sentido podemos aceptar aquella máxima, tan vulgarizada ya, de lord Mansfield: "Mayor verdad, mayor libelo".

Estos delitos deben ser justiciables por los jueces comunes; porque si un individuo que injuria a otro de palabra, y aun por escrito, pero sin valerse de la prensa, es punible ante éstos por aten-



tar contra la honra ajena, no es posible suponer sin absurdo, que, cuando en vez de proferir su injuria o calumnia delante de un pequeño grupo, las imprima y las entregue a la más vasta publicidad, el delito cambie de naturaleza y disminuya de gravedad.

Por otra parte, yo querría preguntar a los que no admiten la doctrina que expongo, ¿de qué manera podría deslindarse en la ley lo que se ha de entender por *prensa*, y cómo se ha de definir qué individuos están sometidos a la jurisdicción especial encargada de juzgar *todos los actos* con ella relacionados?

¿Qué quiere decir la prensa? ¿Cualquier hoja impresa está sometida a la jurisdicción especial de la imprenta, o es menester que las publicaciones revistan caracteres especiales para caer bajo ella? ¿Es menester que circulen con cierta periodicidad? ¿Es menester que circulen con alguna garantía? Entonces, vamos necesariamente a concluir en la adopción de medidas preventivas, cauciones, permisos previos, para la publicación de hojas impresas; es decir, en la necesidad de establecer todas las condiciones por medio de las cuales los gobiernos meticulosos y que temen la opinión pública anonadan la libertad de la prensa.

¿Cómo se determinarían, si no es por este medio, las condiciones discutidas? ¿Un individuo, por el solo hecho de escribir en un periódico, aunque el periódico tenga las condiciones establecidas por la ley, está sujeto a la jurisdicción de la imprenta, o sólo están aquellos que hacen profesión habitual de escribir para el público? Si la cuestión se desatara en el primer sentido, subsistirían to-



dos los inconvenientes de la vaguedad de nuestra legislación actual, con más los inconvenientes de las medidas previas de carácter administrativo para permitir la publicación de periódicos. Si se desatara en el segundo sentido, la legislación especial de la prensa vendría a crear un verdadero fuero personal; y el establecimiento de cualquier fuero personal es contrario a los preceptos categóricos de la Constitución de la República Argentina y a las condiciones fundamentales de nuestra vida política y social. La igualdad ante la ley consiste en que todos los individuos estén sujetos a la misma regla; que esa regla, uniforme para todos, tenga un solo y exclusivo órgano que la interprete y aplique.

De estas observaciones concluyo que sólo pueden ser considerados abusos de la libertad de imprenta, a los efectos de la jurisdicción, aquellos actos que no pueden ser ejercidos sino por medio de la prensa; todos los otros delitos que por su intermedio se cometan, deben ser juzgados ante la jurisdicción ordinaria.

Aceptada esta doctrina, no es difícil interpretar el artículo 32 de la Constitución Nacional.

La jurisdicción criminal es, según nuestra organización de gobierno, provincial, y sólo excepcionalmente es federal; pero lo es en tanta extensión cuanta sea requerida para la conservación del orden jurídico que encabeza el Estado nacional.

Hay entre nuestra forma de gobierno y las confederaciones puras una diferencia sustancial.

Una confederación pura es una alianza de Estados independientes y plenamente soberanos, que sólo estatuyen una dieta con el objeto de servir



determinados intereses perfectamente definidos por el pacto de alianza. Un gobierno federativo, como el argentino, que no se funda en la alianza de Estados independientes, sino en instituciones emanadas de la soberanía nacional, tiene por funciones, como dejo indicado, definir y conservar un orden legal, y es menester que esté armado con la suma de facultades requeridas para establecer reglas y para penar sus infracciones.

De ahí que todos los delitos cometidos contra el Estado, cuando no ofenden las instituciones de una provincia, sino las de la nación, caen bajo la jurisdicción de los tribunales federales.

Si un ciudadano o extranjero comete, pues, el delito de incitar a la sedición o a la rebelión, valiéndose de hojas impresas, en vez de dirigir la palabra a los que quiere hacer sus cómplices o impulsarlos al delito de cualquier otra manera, cae bajo la jurisdicción ordinaria; y como la jurisdicción ordinaria es en este caso la nacional, cae bajo la jurisdicción de los tribunales federales.

Varios casos se han presentado a los tribunales federales, atingentes con esta cuestión; y se ha solido decir que las resoluciones de la Suprema Corte son contradictorias; que en unos casos ha establecido que, en virtud del artículo 32 de la Constitución la justicia federal, no puede intervenir en asuntos de la prensa, y en otros ha resuelto lo contrario.

Esta imputación es inexacta. Para que haya contradicción entre dos sentencias distintas, es menester que recaigan sobre actos jurídicamente iguales. Entretanto, las sentencias criticadas de la Suprema Corte recaen sobre actos de diversa



naturaleza. El primero es el siguiente: un ciudadano criticó la conducta de un funcionario público del orden nacional en términos más o menos agrios y acerbos. Se incitó la acción de la justicia nacional, y ésta se declaró incompetente, invocando el artículo 32 de la Constitución que dice, que el Congreso en ningún caso podrá dictar leyes restrictivas de la libertad de imprenta ni establecer la jurisdicción federal sobre ella (1).

El segundo caso es diverso: un ciudadano dirigió a un senador amenazas por medio de la prensa. Si ellas le hubieran sido dirigidas verbalmente, serían consideradas como un atentado contra las inmunidades del Congreso. Entonces la justicia federal declaró: que no se trataba del abuso de la libertad de escribir, sino de un desacato violatorio de la irresponsabilidad de los diputados y senadores por sus opiniones y votos; y que la justicia nacional es competente para intervenir en el asunto, porque sólo ella está investida con facultades suficientes para resguardar el orden nacional y las prerrogativas de los funcionarios federales (2).

De esta suerte, se ve que no hay contradicción entre las sentencias hasta ahora dadas por los tribunales de la nación.

Deslindando de esta manera el concepto que debemos tener de cada uno de los grupos de delitos, según que la prensa sea sólo en ellos un ins-

(1) *Caso del procurador nacional contra Argerich*. Esta doctrina está reproducida en otros dos casos: *el procurador contra Laforest*, *el procurador contra Moreno*.

(2) *Caso del procurador contra Calvete*.



trumento accidental o sean de tal naturaleza que sin la prensa no podrían ser cometidos, podemos decir que los del primer grupo caen bajo la jurisdicción ordinaria competente.

Así como cuando la prensa es instrumento para cometer un atentado contra el orden público nacional, ese acto cae bajo la jurisdicción de los tribunales nacionales; cuando sirve para cometer atentados contra personas privadas o contra el orden público de una provincia, cae bajo la jurisdicción ordinaria de los tribunales provinciales; y cuando, para cometer atentados contra la moral pública, puede caer indistintamente, o bajo la represión judicial de la provincia, o bajo la represión administrativa de las municipalidades, una de cuyas funciones es conservar el decoro del pequeño grupo cuyos intereses administra y cuyos derechos representa.

Pero hay actos que no pueden ser ejecutados sino por medio de la prensa.

A estos actos los llamo delitos propiamente de imprenta: abusos de la libertad de la prensa. ¿En qué consisten?

El terreno de la doctrina pura debe ser inaccesible a la represión legal. El derecho de criticar la marcha de los funcionarios públicos de cualquier categoría, debe ser también sagrado ante la ley y ante los poderes.

Sin embargo, la libertad de imprenta, así entendida, puede dar lugar a abusos. La crítica de las instituciones, puede convertirse en propaganda contra su subsistencia. La crítica de la ley puede ser convertida en incitación a desobedecerla. La crítica de los funcionarios públicos puede des-



bordarse de todas las vallas que la moral y el derecho ponen a las acciones humanas.

Estos excesos constituyen los abusos.

Yo entiendo la libertad de la prensa, llevada en el terreno de la crítica pura a los límites más extensos: entiendo que es perfecto derecho de cada pensador discutir aún las instituciones fundamentales de la sociedad. Entiendo que estaría en su derecho un profesor libre que enseñara, el periodista que discurriera, el orador que dirigiéndose a las multitudes criticara lo que es sustancial en el orden de nuestras instituciones: el sistema republicano del gobierno.

Pero así como creo que ese es un derecho que la autoridad debe respetar en los individuos, también creo que desde el momento en que el que se dirige al público sale del límite de la crítica y trata de convertir en regla de acción las doctrinas que sugiere, y se propone no sólo convencer de vicios los fundamentos de las instituciones sino incitar a los que le escuchan a trastornarlas y desobedecerlas, incurre en un verdadero abuso de la libertad y de la palabra escrita.

¿Pero cómo se define el límite estricto que separa el derecho del delito, el uso del abuso de la libertad de la palabra? ¿Dónde termina el derecho? ¿Dónde comienza el delito?

La grave dificultad que hay para deslindar en cada caso el término del derecho y el principio del delito, es precisamente lo que hace difícil encontrar una jurisdicción adecuada para juzgar los abusos de la libertad de la prensa.



VI

JURISDICCION COMPETENTE. JURADOS DE IMPRENTA

Si fueran sometidos a la jurisdicción ordinaria, a menudo serían mal resueltos. El juez de derecho aplica el texto de la ley al hecho comprobado, sin atender a su propio sentimiento, ni escuchar el movimiento íntimo de su conciencia que acaso le induciría a absolver en un momento dado al individuo que en otro momento y mediando otras circunstancias habría condenado; y siendo así, es claro que en muchas ocasiones sucedería que el juez, teniendo un texto de ley incompleto delante de sus ojos, para aplicarlo a los acusados, absolvería a verdaderos delincuentes, y en otro caso condenaría a individuos no culpables sino de un delito, del que lo son todos los héroes y todos los grandes innovadores de la humanidad: de haber tenido el coraje de sublevarse contra los hechos prepotentes, contra las fuerzas arraigadas y contra las leyes inicuas.

En efecto, incitar a la desobediencia de las leyes es un delito. Esta máxima, en abstracto, no puede ser puesta en duda.

Un juez de derecho llamado a juzgar a un individuo acusado de haber incitado al pueblo a desobedecer las leyes, una vez comprobado el hecho, necesita aplicarle la pena, porque tal es la regla suprema de sus procedimientos.

Y bien: ley era la ley inicuá de 1835 que subyugaba a un pueblo entero bajo la tiranía san-



grienta de don Juan Manuel Rosas; leyes eran las que sacrificaron a Francia bajo la tiranía de un César sin espada. Los individuos que se sublevan contra esas leyes e incitan a los pueblos a desobedecerlas, no son criminales, sino ciudadanos animosos y varones prudentes.

En presencia de tamañas dificultades, algunos publicistas, principalmente Girardin, han aconsejado establecer como jurisdicción especial para la prensa tribunales formados de periodistas.

La simple enunciación de este plan, basta para que se conciba el absurdo que envuelve.

El establecimiento de un tribunal de periodistas, importaría establecer un fuero de gremio, y acarrearía la irresponsabilidad de la prensa.

Esto en el caso de que los periodistas constituidos en jurado trataran de hacer prevalecer sus intereses comunes; pero si procedieran bajo la presión de insanas rivalidades, cada periodista acusado sería patrocinado por una amistad ciega o sometido al arbitrio de sus enemigos o a la autoridad de un tribunal anarquizado, sin rumbo ni criterio.

Incompetente la autoridad de los tribunales ordinarios para resolver las causas de abusos de la libertad de la prensa; inadmisibile el sistema sugerido por Girardin, de establecer tribunales de gremio, es claro que no queda más que un sistema, que es el jurado especial, compuesto de personas que salen del seno del pueblo y vuelven a él inmediatamente después de haber pronunciado su sentencia.

Los jurados comparten las sensaciones de la vida social y viven en el movimiento de la opinión



pública; pueden proceder según su conciencia, y no según el texto muerto de las leyes. Tienen, pues, todas las ventajas de que otros tribunales carecerían para entender en estas materias.

El tribunal popular constituido así, juzga de la criminalidad absoluta o relativa de los individuos acusados de haber abusado de la libertad de la prensa, tomando en cuenta todas las circunstancias especiales que pueden cambiar la naturaleza del hecho.

Es verdad que los tribunales salidos del seno del pueblo, así como traen los movimientos de la opinión corriente y las inspiraciones de la moral social, pueden traer el arrebato de las pasiones que agitan a las muchedumbres.

Este inconveniente es grave; pero es, sin embargo, menor que los que traería la constitución de los tribunales que hemos criticado. Por consiguiente, es una imperfección, con la cual necesita capitular la legislación.

Un artículo de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, establece lo siguiente:

“En los juicios, dice, a que diese lugar el ejercicio de la libertad de la palabra y de la prensa, el jurado admitirá la prueba como descargo, siempre que se trate de la conducta oficial de los empleados o de la capacidad política de las personas públicas”. Este artículo está reproducido en la Constitución de la provincia de Salta, bajo el mismo número que en la de Buenos Aires; y sin gran diferencia, contiene disposiciones análogas en sus artículos 40 y 41 la Constitución de Córdoba.

Establécese por ellos una diferencia capital entre las imputaciones hechas a los funcionarios pú-



blicos y las imputaciones hechas a las personas privadas.

La injuria y la calumnia contra persona privada son igualmente delito; y contra la persona pública la calumnia lo es necesariamente; pero la injuria, no: entiéndese por injuria la imputación de actos o hechos que siendo ciertos, acarrearían a aquel a quien se le imputan o pena ante la ley o deshonra ante la sociedad.

Yo pienso que las constituciones mencionadas están en buena doctrina; pero habría que analizar qué se entiende por persona pública en este caso. A la palabra puede dársele un sentido restrictivo y un sentido lato. Puede definirse la persona pública, diciendo, que es aquella que está constituida en autoridad; pero me parece que debería dársele mayor extensión, que debiéramos entender por personas públicas no sólo los individuos que están constituidos en autoridad, sino los que notoria y confesadamente aspirasen a obtenerla.

Entiendo que un candidato no está menos sujeto a la crítica de la prensa que un funcionario; entiendo que el mismo interés social que impulsa a los legisladores a establecer plena libertad de crítica respecto de los funcionarios, debe establecer plena libertad de crítica, en los mismos términos y bajo las mismas represiones, respecto de los candidatos.

Otra cuestión, y concluyo.

Dice una máxima francesa que, “la vida privada debe estar amurallada”. Es cierto, respecto a los individuos que no aspiran a ejercer influencia sobre los destinos públicos; pero no es cierto

ni respecto de los constituidos en autoridad, ni respecto de los que aspiran a ella. Sólo en las épocas de decadencia política, y cuando la conciencia cívica pierde su robustez, se procede como si hubiera una moral para la vida privada y otra para la vida pública. Sólo en épocas depravadas puede alguien tener el cinismo de aconsejar a un pueblo que entregue sus destinos en manos de hombres de quienes nadie se fiaría en las relaciones privadas. Los hombres no se parten en dos. La regla moral de las acciones es una, en la vida privada y en la vida pública. El que es infidente en el orden de las relaciones privadas, será infidente en todas las regiones de su actividad. El que degrada su hogar y envilece la sangre de sus hijos, degradará la honra del pueblo que le entregue mal aconsejado su suerte. La vida privada no debe estar amurallada ni para los que gobiernan, ni para los que aspiran a gobernar.

En resumen: la libertad de la prensa es, a mi juicio, un derecho que debe ser limitado en dos sentidos: por la acción de la jurisdicción ordinaria respecto de todos aquellos delitos en que la prensa no es sino un instrumento accidental; por la acción de un tribunal especial y de origen popular respecto de todos aquellos actos que no podrían haber sido cometidos sino por medio de la prensa.



CAPITULO IX

SUMARIO: CONCLUSIÓN DE LA MATERIA PRECEDENTE. LIBERTAD DE ENSEÑANZA: I. Importancia de la enseñanza superior. — II. La instrucción primaria. — III. Derecho de enseñar y aprender. — IV. Establecimientos libres. — V. Papel del Estado en la enseñanza. — VI. Disposiciones constitucionales.



I

IMPORTANCIA DE LA ENSEÑANZA SUPERIOR

De la cuestión de la enseñanza que debe ocuparnos en esta conferencia, no puede decirse que pertenece exclusivamente al orden de las relaciones privadas ni al orden de las relaciones públicas. Envuelve intereses individuales e intereses comunes de la sociedad; y de tal magnitud que provocan necesariamente la acción privada y la acción colectiva en su planteamiento y desarrollo. Nutrir la inteligencia con las nociones que la mente puede recoger en todas las regiones a que atraen la curiosidad humana esplendorosas maravillas y misterios profundos; disciplinar la inteligencia para la indagación; desenvolver armónica y ponderadamente las facultades; constituir en reglas acertadas de vida las nociones recogidas por la inteligencia, son, en efecto, otros tantos intereses que afectan individual y priva-



damente al hombre, y bajo ese aspecto, la educación y la enseñanza son funciones pertenecientes primitivamente al orden doméstico.

El educador natural, el educador por derecho divino es el padre; el maestro es un delegado suyo, al cual confía una parte de la sublime misión que le incumbe sobre la tierra respecto de sus hijos.

Pero, del cultivo del espíritu, no sólo se sigue la vigorización del individuo; se sigue la vigorización de las sociedades. Por consiguiente, hay un interés colectivo concorde y concurrente con el interés individual en materias de enseñanza; de donde se sigue que la sociedad puede y debe tener intervención en ello.

Ahora, ¿cuál es la medida de esta intervención?

Compromete la enseñanza intereses individuales. Ellos provocan la acción doméstica, que pertenece al orden de la vida privada.

Compromete intereses públicos y comunes, que provocan la acción colectiva desenvuelta en el orden de la vida pública.

¿En qué consiste la libertad?

¿En qué debe consistir la acción de la sociedad (en cualquiera de las formas que, según el grado de enseñanza de que se trate, le corresponde asumir) para desempeñar sus funciones?

Respecto del padre, la libertad de la enseñanza consiste en el pleno derecho según el cual puede escoger las doctrinas bajo las cuales sus hijos han de ser educados y los maestros a los cuales ha de ser confiada su educación.

Respecto a los profesores, consiste en el derecho

de derramar las doctrinas que forman el fondo de su carácter científico y moral, sin ser trabados por la censura del Estado.

Considerada la cuestión bajo puntos de vista más generales, la acción de la sociedad consiste en suplir la acción privada en cuanto ésta sea deficiente, a fin de que en ningún tiempo se carezca de los medios necesarios para conseguir los altos propósitos envueltos en la cuestión planteada.

En segundo lugar, consiste en proteger a los niños contra todos aquellos que, naturalmente investidos con el deber de educarlos, omiten sin embargo el cumplimiento de obligación tan sagrada y tan fecunda.

Es verdad que a los padres de familia corresponde exclusivamente dirigir la educación de sus hijos. Pero esta función paterna es un derecho, porque es un deber capital. La sociedad debe protección igual a todos los congregados en su seno; pero principalmente la debe a los débiles. Los niños también tienen derechos; y si son desestimados por padres sin entrañas, a la sociedad corresponde, como un eminente publicista decía no hace muchos años, obligar a los padres a ser padres.

He aquí en resumen y considerada muy en general la cuestión de la educación, la doble serie de intereses que ella envuelve, la doble serie de acciones que ella provoca y la manera cómo en el terreno positivo debe conciliarse la autoridad con la libertad. Por otra parte, el hombre no puede desenvolverse y cumplir la ley de su natura-





leza, sino en tanto que conquista y conserva la libertad en el noble sentido que esta palabra encierra.

Quiere decir, que el hombre no sólo necesita emanciparse de las pasiones, a lo cual es conducido por la moral, sino emanciparse de todas las presiones de fuerzas libres y desordenadas que le circuyen, y reducir indefinidamente por medio del progreso científico el imperio de las fuerzas ciegas que es irresistible en las edades bárbaras.

Un sofista famoso del siglo pasado, criticando el efecto de la cultura sobre el hombre, llegaba a sostener esta formidable paradoja: que la libertad del hombre es mayormente sacrificada cuanto mayores son los progresos y desenvolvimientos de la civilización en las sociedades.

Bastaría tomar en consideración la distinta situación en que el hombre se encuentra colocado en las edades de ignorancia y la situación en que se encuentra colocado en las edades de ciencia, para percibir la enorme falsedad de esa manera de pensar.

Entre el antiguo que huía despavorido y que sentía que el terror helaba sus venas, interpretando como augurio funesto el pasaje de un ave electrizada, hasta el hombre moderno que se ha apoderado de la electricidad y la emplea en la iluminación, en la comunicación, en la medicina, hay indudablemente una enorme diferencia; media entre el uno y el otro un progreso emancipador.

Yo sé muy bien que las ciencias son limitadísimas, que la mejor constituida de todas ellas no puede responder al segundo *porqué* de las cosas;



que la suprema causa y el supremo principio estarán siempre ocultos a la indagación humana y serán perdurablemente inaccesibles, si no es por la fe y el sentimiento. Entre tanto, cada conocimiento, cada noción que el hombre adquiere, no sólo le da el secreto de un fenómeno y de una fuerza, sino que le auxilia para apoderarse de ella. Así, por medio de la ciencia, no sólo consigue emanciparse de las fuerzas ciegas de la naturaleza, sino que consigue algo más: explotarlas según su voluntad.

Considerada la alta indagación científica, de que es un elemento la enseñanza, bajo este punto de vista, comprende también relaciones de orden público y privado.

Pero la sociedad tiene una misión superior y homogénea con su propia y esencial naturaleza; debe protección a la vida, a la salud; debe la defensa y el sostenimiento del orden jurídico, es decir, de la armonía de todos los intereses y de todos los derechos por ella consignados en las leyes, coincidentes en su seno y llamados a perpetua actividad; luego, la elevación constante y gradual del espíritu humano, el aumento indefinido del caudal de nociones de que una sociedad disfruta, son otros tantos medios que la habilitan para la cumplida satisfacción de sus deberes.

Una sociedad, por otra parte, no puede desenvolverse sino en tanto que consiga tener todos los medios intelectuales y morales que son menester para gobernarse discreta y racionalmente.

Una sociedad en la cual no exista una clase gobernante suficientemente preparada para los

finés y responsabilidades de la alta dirección de los negocios públicos, está fatalmente condenada a la degeneración y a la miseria. Todas las sociedades humanas que tienen alguna solidez y están en el camino de la prosperidad, poseen una clase gobernante. La única diferencia que hay entre los gobiernos de privilegio y los republicanos, está en que en los gobiernos de privilegio la clase gobernante es una fracción de la sociedad que se renueva sólo por la generación y transmite por la sangre un derecho del cual la generalidad está privada, no obstante los méritos morales e intelectuales que individuos pertenecientes a la masa común, puedan poseer; entretanto, que en una forma de gobierno republicana la clase gobernante se recluta continuamente, se enriquece día a día incorporándose todos los individuos que por su moralidad u otras condiciones llegan a descollar. Sé que ninguna forma de gobierno, ni aun la forma republicana, puede radicarse y prosperar, cuando el gobierno está exclusivamente confiado a los hombres de ciencia y de letras. Aquellas utopías de Platón y otros antiguos que remataban en la entrega del gobierno a los filósofos, son quimeras que la experiencia ha hecho desaparecer de la cabeza de todos los hombres discretos de los tiempos modernos. Eso importaría lo mismo que eliminar de la clase gobernante todas las autoridades sociales que están fundadas en el principio de la propiedad y en la fuerza y representación moral que este hecho da; pero es verdad que las autoridades sociales, no obstante esto, serían impotentes para encaminar los negocios





públicos, si su espíritu no estuviera cultivado; y si conjuntamente con ellas, no actuara una clase preparada por el conocimiento de las teorías, por las investigaciones de la ciencia y los datos de la experiencia, para dirigirla por rumbos que a ellas les fueran inaccesibles.

No son escasos los que afirman que la diseminación, en grande y generosa escala, de una instrucción primaria en el seno de una sociedad, bastaría para alterar substancialmente su condición, y hacerla apta para la práctica de las instituciones republicanas.

Considero esta sentencia una pura ilusión.

II

LA INSTRUCCION PRIMARIA

Observo que la instrucción primaria necesita contenerse dentro de límites muy estrechos. Fuera de los principios rudimentarios de las ciencias, fuera de la enseñanza instrumental con que toda educación primaria comienza, no veo cuál podrá ser la preparación que se suministra a la generalidad de los individuos. Pretender levantar a un nivel superior de cultura intelectual toda la masa de una nación, es una pretensión necesariamente vana.

Observo el resultado obtenido por los pueblos que más activamente se han preocupado de difundir la instrucción primaria; veo lo que ocurre en los Estados Unidos y en Alemania.

El mayor caudal de conocimientos por medio



de la instrucción primaria, transmitido a la generalidad del pueblo, no sobrepasa el nivel más rudimentario de la enciclopedia.

En Alemania son raros los individuos que escapan a la acción educadora de las escuelas; y sin embargo, no veo que el carácter de las masas alemanas se pulimente ni se vigorice. Lejos de eso: todos los adelantos científicos, toda la instrucción difundida en el seno del pueblo alemán, ha venido a rematar, como lo ha demostrado en sus victorias sobre Francia, en este hecho: la conversión de aquel pueblo en una gran fuerza mecánica. Los alemanes han conseguido grandes triunfos en su guerra contra los franceses; pero no han conseguido una sola gloria.

Si estas son las mayores consecuencias a que puede llegar la difusión de la enseñanza primaria, convengamos en que no basta para salvar las sociedades.

Estudiando sociedades que son más próximas a nosotros, las unas por la sangre, las otras por la contigüidad del territorio, encontraremos, aunque en menor escala, pruebas que concurren en el mismo sentido. Todos sabemos que las provincias de Galicia y Asturias, en España, no son las que más arriba se encuentran en cultura; y sin embargo, son las provincias en que hasta hace pocos años, según la estadística lo comprueba y la experiencia diaria de propios y extraños puede acreditarlo, estaba más difundida la instrucción primaria.

Cuando comenzó la guerra entre la República Argentina y el Paraguay, era muy escaso el nú-

mero de individuos paraguayos que no supieran leer y escribir; sin embargo, aquél no era un pueblo libre ni culto.

Luego, es menester, para que las sociedades prosperen y se gobiernen bien, una cultura distinta de ésta; y como esa cultura no puede ser el producto, ni puede ser ni es el derecho exigible de todos los hombres, debe quedar reducida a corto número de personas y debe inclinarse principalmente, a conseguir este objeto: la formación de elementos pensadores, la formación de una clase gobernante.

Veíamos hace pocos instantes, que en la alta cultura científica estaba comprometido un interés individual; vemos ahora que está comprendido también un alto interés social: luego, podemos concluir respecto de este grado de la enseñanza como hemos concluido respecto de la instrucción primaria: hay intereses coincidentes que provocan acciones concurrentes. Estos intereses son por su propia naturaleza vitales. Por consiguiente, estas acciones concurrentes provocan una doble serie de derechos: derechos de los individuos y derechos de la sociedad. El derecho de los individuos es la libertad. Veamos cómo la definen, cómo la entienden o cómo la establecen nuestras leyes constitucionales.



III

DERECHO DE ENSEÑAR Y APRENDER

La Constitución Nacional dice en su artículo 14, que todos los habitantes del territorio disfrutan del derecho de enseñar y aprender.

Esta declaración ha sido reproducida en casi todas las constituciones de provincia, principalmente en la de Buenos Aires y Salta, que la consignan con estas palabras: "La libertad de enseñar y aprender no podrá ser coartada con medidas preventivas".

Paréceme que no necesito discurrir mucho para demostrar las ventajas que se siguen del principio de la libertad de enseñanza.

Es muy difícil, si cada uno de nosotros se llama a cuentas a sus solas y en el misterio de sus propias confidencias, discernir en la masa de ideas presentes a la mente del hombre, cuáles son adquiridas por su propio esfuerzo, y cuáles le han sido infiltradas, digámoslo así, por la atmósfera intelectual que lo envuelve. Esa atmósfera, como la física, suele enfermarse. Las generaciones educadas bajo una atmósfera intelectual malsana, viven impregnadas de errores. Estos errores se arraigan en su espíritu, se le imponen como verdades contra las cuales no puede reaccionar, por donde degeneran hasta llegar al último grado de abyección o de extravagancia mental. Todos los hombres, (cada uno según su profesión y la índole de las ocupaciones a que consagre su vida), están expuestos a errores singulares. Los legistas





ordinariamente se enamoran de los textos; los políticos se enamoran de los hechos; y esto tiende a bajar el nivel científico, a arrojar los espíritus, y por consiguiente, a arrojar la sociedad en el campo del empirismo y de la rutina.

Los intereses que arrastran a los hombres en la vida pública, comprometen muy a menudo su amor propio y faltos éstos de asidero para sustentarse en el terreno de la ciencia, recurren a los sofismas. Todas las sociedades en que la vida política es activa están plagadas de sofismas; y puedo repetir aquí lo que en otra forma decía un pensador distinguido: donde quiera que pululan los sofistas, están cerca los verdugos.

Interesa que en todas las sociedades existan medios de reacción contra la rutina y el error que invaden; medios de conservación contra el sofisma que pretendiera destruir la verdad.

Los medios adecuados a este fin son principalmente estos dos: la libertad de la palabra hablada y escrita, y la libertad de la enseñanza.

Una idea que predomine sobre el espíritu de un pensador solitario, no es un elemento de civilización; las ideas se convierten en elementos de civilización cuando son transmitidas y aceptadas; cuando entran a formar parte de la atmósfera intelectual de una sociedad o de una época. Bajo este punto de vista, la libertad de enseñanza es aún más eficaz medio de conservación y restauración de la verdad, que la libertad de imprenta.

Ahora, ¿cuáles son los medios de realizar la libertad de enseñanza?

Esta franquicia puede estar declarada en todas las leyes y sostenida en todos los libros y, sin



embargo, no ser más que una esperanza vana y una declaración vacía, cuando faltan medios efectivos y adecuados para que se realice y produzca todos sus resultados.

La libertad de enseñanza, entendida lógica y lealmente, importa el derecho de los padres para escoger las doctrinas bajo las cuales han de ser educados sus hijos; la libertad de los jóvenes, atormentados por la inquieta curiosidad que los lleva a beber en los raudales de la ciencia, para hacer una elección idéntica; la libertad de los profesores libres para diseminar sus doctrinas; pero importa mucho más: importa la libertad de asociarse, la libertad de coordinar los medios que la acción privada puede haber a la mano para constituir la enseñanza sólida y permanentemente; importa la eficacia de la enseñanza hecha fuera de las escuelas fundadas por el Estado, para obtener las preeminencias y derechos anexos a las categorías científicas establecidas por ley o costumbre.

IV

ESTABLECIMIENTOS LIBRES

De otra manera, en concreto, la cuestión de la libertad de enseñanza, está condensada en la cuestión de los grados. Libertad de enseñanza no existe, donde al lado de los establecimientos del Estado no existan o puedan existir, garantizados por la ley, establecimientos libres, con todas las facultades necesarias para conferir grados y títulos de competencia científica.



Esta cuestión ha sido cuerda y discretamente resuelta en la provincia de Buenos Aires. Un artículo de su Constitución, que sigue al que he mencionado antes, dice que las Facultades y Universidades legalmente constituidas, expedirán los grados científicos de su competencia a todos aquellos individuos que les den pruebas de suficiencia.

Hemos sido desde temprano (puesto que nuestra vida social y política comienza) hartos más felices que Francia, donde esta cuestión de los grados, agita de largos años atrás el espíritu y las pasiones de la sociedad. La razón por la cual no se llega a una solución conveniente en aquel país, es fácilmente perceptible y voy a darla.

¿Qué importa un grado científico? — Importa asegurarle al individuo que lo obtiene una condición excepcional en la sociedad. El grado científico confiere al hombre una dignidad, lo consagra a determinados servicios sociales, le impone especiales responsabilidades, le separa, en una palabra, de la masa común, le da un género de vida y una situación especialísima en la jerarquía social. Siendo esto así, se dice, es evidente que el Estado debe intervenir en ello.

He ahí el sofisma. Es verdad que los grados científicos tienen gran importancia; es verdad que comprometen intereses sociales y que la sociedad debe intervenir en ellos; pero ¿la sociedad es el Estado? — La doctrina predominante en Francia, en virtud de los errores de la revolución, afirma que sí. Francia, por eso, no puede consolidar sólidamente las libertades políticas, porque la doctrina es errónea y evidentemente falsa. No: el Esta-



do no es la sociedad. El Estado no es siquiera el órgano exclusivo de la sociedad. El Estado es un órgano de la sociedad, con un papel elevadísimo, pero limitado; el Estado es órgano de la sociedad para conservar el orden jurídico en el interior y para representar el país en el extranjero; pero muchísimos intereses sociales y muchísimas esferas de actividad tienen y necesitan tener órganos distintos.

¿Quién sirve las propósitos de los intereses sociales en la materia que nos ocupa? Evidentemente los cuerpos hábiles, los cuerpos científicos: las Universidades. No corresponde al Estado, por lo tanto, conferir grados. Conferir grados corresponde a las Universidades, porque sólo ellas son órganos adecuados de la sociedad en esta materia; porque sólo ellas son, por su propia naturaleza, homogéneas con las funciones que se les atribuye.

Ahora, como todas las universidades no pueden ser de carácter oficial, ni deben serlo; como todas las Universidades no pueden ser, sobre todo si se reconoce que a ellas compete la facultad de dar grados, propiedad privada, ni ser consideradas como un establecimiento particular, es menester que una Universidad sea organizada como una corporación. Esta es la tradición en todas las sociedades sólidas.

En el derecho romano la palabra universidad era sinónima de la palabra persona jurídica; porque la Universidad es el tipo esencial y más alto de la persona jurídica. En Inglaterra las antiguas Universidades, la de Oxford y la de Cambridge,



no sólo son corporaciones independientes, sino que son opulentas y con excesivos recursos para manejarlos y conservarse; son verdaderos órganos y agentes de la sociedad; y aun las Universidades recientemente fundadas, como la de Londres, han sido organizadas bajo el mismo plan, o a lo menos obedecen a los mismos principios.

Pero en ninguna sociedad que no haya caído en los absurdos del centralismo, contagiado del paganismo por la acción revolucionaria, se entiende de otra manera el carácter de las Universidades. ¿Qué eran todas las antiguas Universidades, las de España en la edad media y la antigua Universidad de París? Eran corporaciones científicas con plena facultad para representar la autoridad de la sociedad en este orden de relaciones, y estaban investidas con todo el poder necesario para el gobierno de cuanto pertenecía a su propio régimen.

En Estados Unidos, donde se han formado Universidades, las unas iniciadas por la acción privada, las otras por la acción oficial, o establecidas por la ley, se ha seguido al pie de la letra la tradición inglesa, que es la tradición del derecho romano; y todas las Universidades han sido reconocidas como corporaciones.

Una Universidad, si es establecida por el Estado y no es organizada como corporación, viene a ser una oficina administrativa; y entonces es el Estado quien otorga los grados científicos, sean concedidos por la voluntad de un ministro, o por la autoridad del cuerpo universitario dependiente de la administración. Si una Universidad fuese



establecida por la acción particular y como un establecimiento puramente privado, entonces un individuo o un grupo de individuos, serían antojadizamente investidos con la facultad de representar la sociedad en tan transcendentales relaciones como son las del orden científico. No hay otro camino, sino el reconocimiento del antiguo principio: el establecimiento de las Universidades como corporaciones.

Ahora, ellas pueden tener origen en el Estado o en la acción particular: de todas maneras la intervención de los poderes públicos para conferir su carta ereccional, es indispensable y es lo que les imprime su carácter.

V

PAPEL DEL ESTADO EN LA ENSEÑANZA

Hasta aquí la libertad; veamos aún cuál puede ser el papel del Estado en materia de enseñanza en estos grados. Hemos visto que ella envuelve necesidades supremas. La sociedad no puede prescindir de ella ni puede omitir, por consiguiente, esfuerzo alguno conducente a conservarla; es menester que por la acción del Estado se haga lo que por iniciativa privada y por las corporaciones libres no puede hacerse; lo que importa es preocuparse de hacer innocuo el establecimiento de grandes centros de enseñanza iniciados o sostenidos por el Estado; y me parece que eso es sencillo. Una Universidad de Estado de ninguna manera daña ni puede dañar a los principios de la



libertad de enseñanza, si en primer lugar, no está armada con el monopolio docente; si, en segundo lugar, no está organizada como una dependencia administrativa; porque en este caso corre el peligro de convertirse, más bien que en un centro de enseñanza, en un centro de malsanos intereses políticos; y para que no sea una dependencia administrativa, es menester que sea completamente libre por la constitución de los recursos con los cuales subviene a sus necesidades y por la amplia libertad que el cuerpo universitario tenga para el gobierno del establecimiento y para la administración de sus bienes.

Otro medio de evitar los inconvenientes que se pudieran seguir del establecimiento de Universidades oficiales, sería la aplicación dentro de la Universidad misma, del principio de la libertad de enseñanza, organizando la competencia de profesores bajo un sistema análogo al que existe en las Universidades alemanas.

En ellas un mismo ramo de estudios puede ser simultáneamente enseñado por los profesores oficiales y por numerosos profesores libres, cada uno de los cuales tiene el derecho de competir con los oficiales. Será cuestión de su propia aptitud, de la simpatía que cada uno inspire, el que tenga mayor o menor número de estudiantes a su alrededor. De la masa de alumnos que componen el cuerpo educando de una Universidad, puede suceder que sólo una minoría pertenezca a la cátedra del profesor oficial, en virtud de que los libres que le hacen concurrencia, traigan o mayor novedad a la enseñanza o cualquiera de las cualidades

que son capaces de inspirar simpatía y confianza a los estudiantes.

Entre nosotros hay una traba puesta en la Constitución misma a la adopción de esta regla.

La libertad de enseñanza, entendida como se entiende en las Universidades alemanas, no puede ser establecida donde exista la gratitud de la enseñanza secundaria superior, porque no es posible imaginar que los profesores libres puedan hacer concurrencia a los profesores oficiales, cuando su trabajo no sea remunerado. La gratitud de la enseñanza superior y científica, institución por otra parte que no existe en parte alguna del mundo sino en algunas sociedades en desorganización, estorbaría el planteo de un sistema, que no puede menos de reconocerse capaz de producir grandes ventajas para la enseñanza y para el progreso de las ciencias.

Estas precauciones bastarían para estorbar que una Universidad oficial se convirtiera en un peligroso centro de reacción contra la libertad de enseñanza; y es menester que Universidades oficiales existan donde quiera que la acción de las corporaciones y personas privadas sea insuficiente para dotar al país de todos los medios de contribuir a la educación científica y profesional, sobre todo en aquellos países en que hay una analogía estrecha, casi una verdadera identidad, como sucede entre nosotros, entre los títulos científicos y los profesionales.





VI

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Indicaré solamente, y para terminar, algunos debates a que han dado lugar las distintas cláusulas que en la Constitución Nacional hay consignadas relativamente a la educación ordinaria y profesional.

La Constitución se ocupa en tres pasajes de la enseñanza.

El artículo 5.º establece, como una de las condiciones bajo las cuales la nación garantiza a las provincias la conservación y goce de sus instituciones, el que ellas aseguren la instrucción primaria.

En el artículo que mencioné al comenzar, declara, en general, el principio de la libertad de enseñanza. En el artículo 67, enumerando las atribuciones del Congreso, dice, que tiene la de dictar planes generales de instrucción primaria y superior.

Se ha preguntado: ¿no hay contradicción entre todos estos artículos de la Constitución?

¿Cuál debe ser la regla a que hemos de atenernos? ¿A quién corresponde el cuidado de la enseñanza? ¿A quién corresponde proveer a los medios de que ella se difunda? ¿A quién compete su organización? ¿Es función de las provincias o de la nación? ¿Existe o no el principio de la libertad de la enseñanza? ¿Es él conciliable con la facultad del Congreso para dictar planes generales de instrucción?



A mí me parece que todas las dificultades sobre esta materia son puramente aparentes.

El artículo 67 faculta en efecto al Congreso, para dictar planes de instrucción general y universitaria. Por planes de instrucción general no puede entenderse otra cosa sino planes de instrucción primaria.

Ahora bien, ¿esta cláusula deroga la consignada en el artículo 5.º, por la cual se dice que las provincias tienen deber primordial de atender a la educación primaria? Evidentemente no; son artículos que deben conciliarse, y si se concilian entre sí y también con el artículo 14, entonces, venimos a establecer que el Congreso puede dictar planes generales de instrucción; es decir: que el Congreso puede fundar, proteger y auxiliar establecimientos de instrucción que otorguen todos los grados de la enseñanza pública, y de hecho, como lo expondré cuando nos ocupemos de la organización administrativa de la instrucción pública, el Congreso Nacional coopera al sostenimiento de la educación y de la enseñanza en todos sus grados.

Concurren, pues, y pueden concurrir en este caso, la acción de los municipios, de las provincias y de la nación, la acción libre de la sociedad y la acción del Estado.

No hay en la Constitución cláusula alguna por la cual se prohíba ni a las provincias, ni a la nación, ejercer simultáneamente su acción en beneficio de la enseñanza pública; ni que vede a algunos de estos centros de poder intervenir en la materia; ni hay razón alguna imaginable por la cual se pueda suponer que la acción concurrente



de las provincias y de la nación sea repugnante. Al contrario, el gran interés de este país es la cultura, y puesto que puede ser fomentada más eficazmente por el doble concurso de la acción y de los esfuerzos de la nación y de las provincias (y en ese terreno es absolutamente imposible que las provincias y la nación se choquen), todos ellos pueden contribuir a fomentar y levantar su nivel.

Esta necesidad es cada día más premiosa. La mayor parte de los jóvenes nacidos en el interior de la República, que aspiran a tener una educación científica, afluyen a Buenos Aires. La capital los seduce y priva de volver a sus provincias una vez que su carrera termina, y en gran parte de esos centros, no obstante que una masa crecida de sus hijos ha recibido una educación superior, se carece hasta del personal necesario para la composición de los poderes públicos que deben ser formados con hombres de alguna competencia científica. Esto que es adverso a la cultura del país, que es contrario a los principios federativos del gobierno, debe desaparecer de la República Argentina, si ella quiere hacer una verdad de sus instituciones. Si no basta la acción de las provincias para conseguirlo, que actúe la nación. De todas maneras, el mal es gravísimo y es menester extirparlo. Los pueblos que no tienen suficiente coraje para darse cuenta de sus propios errores y enfermedades, no pueden ser cultos ni pueden ser libres (1).

(1) Véase el Apéndice E. de este volumen. — (N. del E.).



APENDICE A

(COMPLEMENTARIO DEL CAPITULO III)

Derecho político de los extranjeros (1)

... ET VERITAS LIBERABIT VOS.
Ev. S. Joann. VII. 32.

Los griegos pedían sabiduría y los hebreos milagros. Predicaron, no obstante, los apóstoles de la primera edad a Jesucristo crucificado que era escándalo para los judíos y locura para los gentiles. El evangelio imperó por ser virtud de Dios, para todos los hombres, en quienes, como decía San Pablo, se revela por la fe. Un mismo tipo de perfección moral, una solución metafísica exclusiva, un ideal uniforme, atrajeron la mente del hombre, disciplinaron sus pasiones y desarrollaron los elementos puros y generosos de su sensibilidad. No es otro el hecho por el cual la civilización cristiana funde las razas en la unidad conocida de su origen e identifica las naciones en la creciente solidaridad de sus ideas, de sus derechos y de sus intereses. — Imposible habría sido, por otra parte, llegar, partiendo de los antecedentes empíricos y teóricos del paganismo, a conocer comprensivamente el principio en que estriban todos los ensayos del hombre moderno por realizar la libertad en las instituciones políticas.

La fraternidad en las relaciones externas de los pueblos, y el derecho levantado al sumo imperio o

(1) Publicado en la REVISTA ARGENTINA, Marzo 25 de 1871.





amado como única ley sagrada de las sociedades en su organización interior, son el producto de la metafísica y de la moral cristiana, bien como los estorbos que retardan su pleno desenvolvimiento proceden de la tradición pagana que hoy mismo sombrea el horizonte de los individuos, y más intensamente el de las naciones. — Una y otra de estas adquisiciones concurren a ilustrar el problema que va a ocuparnos; porque arrojan una luz especial sobre todo lo que se relaciona con la naturalización de los extranjeros y su condición en los países que habitan. Cicerón explicaba a su hijo Marco que la palabra *extranjero* fué entre los antiguos romanos una dulcificación de la palabra *enemigo* (1) contrapuesta a la palabra *ciudadano*. Igual animadversión a la que este hecho manifiesta, hallamos en el sentimiento de los griegos y en el arrogante exclusivismo de los israelitas, que San Pablo tenía que combatir con el prestigio de la fe cristiana y el empuje de su viril elocuencia (2).

Los errores sociales han retardado la desaparición de toda enemistad entre los pueblos, sin impedir, a Dios gracias, el influjo progresivo de las ideas nuevas suscitadas por el cristianismo. Al tiempo de colonizar la América, los españoles realizaban el deseo de los godos del tiempo de Ulphilao, no para llegar a la unidad religiosa, sino para llegar al exclusivismo mercantil y a la exclusión del extranjero, cuya comunicación, no obstante, iluminó el espíritu de los pueblos y los arrojó en las sendas revolucionarias. — La reacción es cada día más activa, sobre todo en las naciones que necesitan urgentemente aumentar su población, y de seguro que no ha sido la República Argentina refractaria en este movimiento generoso, útil y eminentemente liberal y cristiano. Sin embargo, la tendencia moderna es limitada e incompleta. — Recibiendo al extranjero en paz y amor, hacemos mucho, pero no lo hacemos todo. Los pueblos tienen que

(1) Cicerón, de oficio, I, 12.

(2) Epístola ad Romanos, id. ad Hebreos.



consumar aún otra revolución mayor venciendo preocupaciones y enderezando la vista hacia más altas ideas. — Revolución es ésta para la cual no basta el discreto querer de los países colonizables, sino que requiere la adhesión de los países colonizadores o emigrantes. — Depende de la solución de este problema: — ¿los extranjeros deben ser admitidos al ejercicio de los derechos políticos? La cuestión está erizada de dificultades; pero creemos que analizándola bien, puede conducirnos a establecer un principio nuevo tal vez en su forma y fecundo en sus consecuencias, pero viejo en sus elementos, tan viejo por lo menos como el cristianismo.

Para despejar el terreno, entremos en la materia por un orden de observaciones concretas.

Considerado bajo este punto de vista, ¿qué es el derecho político? — ¿Difiere en naturaleza o simplemente en extensión del derecho municipal? — Los tiranos, los centralizadores, los imperialistas, todos los que a virtud de un error o de un interés bastardo, se complotan contra las libertades populares, se guarecen sin duda en el sofisma de Dupont-White discerniendo lo que es naturalmente idéntico y afirmando por una ficción lógica que existe diversidad en tantos ramos cuantas necesidades crea la vida social en cada comunidad: viabilidad interior seguridad personal, (policía, alumbrado, construcción de habitaciones, justicia local); salubridad, educación, bienestar común (industria, comercio); y en una palabra, cuanto abarca el detalle de la vida, circunscripto a los grupos parciales que componen una provincia o una nación. El gobierno político debe arreglar las relaciones de todos los municipios entre sí estableciendo las prerrogativas y deberes de la masa total del pueblo, como medio de crear la unidad provincial o nacional; las relaciones extranjeras que son cuestión de comercio; las instituciones generales que son la base y la garantía del orden, del derecho y del bienestar en todas y cada una de las comunidades parciales. — Abraza, por consiguiente las mismas materias en más vasta escala. — Elevándolas a este rango, las amal-



gama y constituye, pero no las varía. La defensa nacional, la paz o la guerra, son cuestiones de seguridad. La autonomía de la nación comprende la libertad de los municipios. La navegación completa la vialidad. — Los reglamentos mercantiles y los aranceles de aduana perfeccionan las garantías locales del comercio y de la industria. — La legislación bajo cualquier aspecto que se la considere, afecta en suma los mismos intereses, cuyo cultivo es del resorte del gobierno municipal. La acción de la sociedad sobre sí misma y sobre los individuos es lo que se llama gobierno. Circunscripta o generalizada es una por su naturaleza y es una por su materia.

Ahora bien, no cabe duda de que el derecho municipal es nulo cuando no tiene por apoyo y por agente todos los elementos activos de la sociedad, y este principio irrecusable jamás fué negado por pueblo alguno del mundo en el cual hayan imperado sentimientos de libertad. Las limitaciones de su ejercicio en proporción a los valores raíces de cada cual, que ha sido la regla inglesa en la organización municipal, no dimanaba de su desconocimiento, sino del error económico que dió margen a la escuela fisiocrática, y a la mala inteligencia de los derechos políticos dominante entre las naciones hasta la declaración de los *derechos del hombre* en la Francia de 1789 y la doctrina envuelta en este famoso nominativo del preámbulo de la Constitución americana de 1787:—“*we, the people*”. — El reconocimiento de la riqueza moviliaria y la sustitución de los *derechos reales* de la política antigua por los derechos personales y sociales de la democracia moderna, allanan los caminos de su triunfo a la idea contenida implícitamente en las que siempre rigieron la organización de los municipios. De estas observaciones se sigue la justicia que hay en conceder parte a los extranjeros en el gobierno municipal. Nuestro país, por fortuna tiene dado este gran paso.

Pero antes de indicar la consecuencia que se desprende de este raciocinio, interesa reforzarlo con un nuevo dato experimental, y es el siguiente: que las



tentativas de establecer el derecho político se frustran constantemente cuando él no arraiga en el derecho municipal; que este derecho, considerado no en su virtualidad, sino en su medida actual y en su vigor positivo es la base de toda reforma política, porque expresa matemáticamente la fuerza activa de la sociedad; que las reformas políticas se extravían o desfallecen cuando marchan paralelamente con él, bien le sean superiores, bien inferiores en extensión: cuando le son superiores por el frenético exceso de las revoluciones: cuando les son inferiores, por la apatía contagiosa que crean y la dispersión que producen en los elementos destinados a obrar armónicamente. Dos ejemplos históricos lo comprobarán. Inglaterra es una república en formación; marcha con lentitud pero con seguridad; avanza despacio, pero jamás retrocede; y desde el Wittenagemot de los antiguos sajones, hasta la Carta de 1215, hasta el gobierno representativo que comienza bajo la dictadura de Leicester y que diariamente se consolida y democratiza casi sin solución de continuidad, malgrado de los Tudors y los Estuardos y de las convulsiones de Cronwell, sus nobles y su pueblo han trillado un camino por el cual ningún pueblo europeo los ha seguido, dejando atrás a los godos y los germanos, para construir pieza por pieza un gobierno que reúne a la mayor solidez la mayor flexibilidad para depurarse y mejorar. El secreto de este éxito maravilloso de las revoluciones inglesas está en la paciente discreción del pueblo que las ha consumado. Nunca edificó sobre arena, ni dió por tabernáculo a las libertades públicas los castillos en el aire de una hora de fantasía. Puso cada piedra sobre un cimiento, apoyó cada derecho en un elemento social; en vez de inventar teorías, desarrolló fuerzas. Para decirlo brevemente, ha ensanchado las libertades políticas sobre la base de las libertades municipales y su gobierno representativo ha arrancado de los derechos electorales de los condados, de los burgos, de las parroquias creciendo lleno de savia al paso que ellos



progresan en vitalidad y en energía. Su organización es fuerte porque es trabada porque se reduce a una unidad, favorable sólo en sus fases y determinaciones. La misma lección, por un espectáculo opuesto, encontramos en la decadencia del imperio romano. Tácito elogia (1) la generosidad de Rómulo en conceder la ciudadanía que era conferida a todos los extranjeros (*hostes*) que Roma se incorporaba. Esta generosidad fué restringiéndose gradualmente. Desde el año 267 la ciudadanía no implicaba forzosamente el goce de los derechos políticos. Había ciudadanos ingenuos y municipes. Había derechos latinos, itálicos y provinciales. La ciudadanía llegó a ser por fin materia de granjería como lo prueba un anónimo célebre, el tribuno militar que condenó a la pena de azotes a San Pablo en Jerusalén y que había comprado a subido precio la ciudadanía romana (2); y cuando Caracalla declaró ciudadanos a todos los habitantes del imperio, menos que una ley política hizo una ley de impuestos (3). Pero el rasgo fisionómico que distingue la política romana es el divorcio constante entre el derecho municipal y el derecho político. El último no podía ser ejercido sino en la ciudad; por manera que las curias provinciales se veían despojadas de las altas prerrogativas de la ciudadanía; y las dos fases del gobierno marchaban paralelas, hundiéndose al país en la tiranía de la centralización y a las masas populares en la pereza creada por el desdén universal hacia el gobierno local, que llegaba al punto de ser privilegio, solicitado por todos, la exención de las magistraturas municipales. No corre la sangre en los grandes vasos cuando se paraliza en los capilares. La sociedad romana estaba desnutrida, como dicen los médicos, y no pudo resistir la avalancha de los bárbaros que la destruyeron y que habrían sepultado el mundo en las tinieblas, si la Iglesia no hubiera teni-

(1) *Anales*, XI, 24.

(2) *Hechos de los Apóstoles*, C. XXII, v. 28.

(3) Helneccio, *Antigüedades romanas*: Ap. del libro I, capít. I, § 19. Cita a Cujacio, Ulpiano y otros.



do, según la expresión de un elocuente pensador de nuestros días, "abiertas sus basílicas y preparados sus bautisterios esperando a que lo caudillos le acercaran los pueblos" (1).

Sí, pues, el derecho político no es más que una extensión del derecho municipal; si el derecho municipal corresponde a todos los miembros actuales de una sociedad, sin cuenta de su origen particular; y si, por fin, la experiencia histórica acredita que los gobiernos libres no se consolidan sino en tanto que asientan sobre los elementos activos del gobierno local, estamos autorizados para afirmar, por datos concretos y por razones prácticas, que la situación presente de los extranjeros ante el derecho político es opuesta a los intereses de todo país que haya dado rumbo hacia la democracia. Por otra parte, la forma democrática, es el gobierno viril por excelencia, gobierno de acción, de lucha, de trabajo austero y perseverante. La quietud está para el hombre en la tumba, y para los pueblos en las tiranías. Descansan las naciones que se deshacen del peso de su soberanía. Los pueblos que conservan su libertad, al contrario, reprimen, discuten, gobiernan, eligen, combaten. La realidad de los derechos democráticos guarda proporción exacta con la intensidad y la perseverancia de los esfuerzos populares. Por manera que es favorable a la democracia todo aquello que contribuya a dar trascendencia y vigor a los conflictos de la opinión, a alimentar la hornaza sagrada, cuyas brasas encienden el labio del tribuno, purifican el corazón del mandatario y conservan el calor vital del pueblo que reforma en vez de arrasar, que resiste en vez de gemir, que se obedece a sí mismo no obedeciendo sino a la ley, a Dios no obedeciendo sino a la justicia, y sufre con poderoso aliento los dolores que engendran el progreso.

El espíritu público desfallece cuando no es excitado por aspiraciones dignas de un entusiasmo ardiente: desfallece también cuando la cábala le hace traición,

(1) Ozanam, *La civilisation chrétienne chez les Français*.



desnaturaliza sus tendencias y le engaña reemplazando con sus idolatrías los ideales populares. La intervención del extranjero en la lucha política aviva el genio de los pueblos, le impulsa en regiones tan variables como son los datos de la experiencia adquirida en diversas sociedades y bajo diversas presiones, y aun cuando se extravié, provoca luchas fecundas que reaniman todas las fuerzas y acarrear bienestar y libertad para todos. Para negar la eficacia del estímulo sería necesario negar la realidad del amor propio en la naturaleza del hombre. Algo más traería el extranjero a la vida democrática: un elemento reactivo a las sugestiones de camarilla, resistente a las ceguedades que surgen de la tradición de los partidos; y de esta manera, doblemente propio para mantener viva la opinión, y enérgica la fuerza popular, cuya corrupción o cuya atonía reducen la libertad a un sueño y el derecho a una ficción pueril. Las imágenes no rectificadas degeneran en un realismo ilusorio; el sueño es una concepción incompleta. Las opiniones sin control, sin análisis ni contradicción, hacen crédulos a los pueblos, a los círculos soberanos contrabandistas, y de la democracia una ilusión que engaña al mismo tiempo que la finge.

A pesar de todo, ésta es una cuestión erizada de dificultades que debemos estudiar de cerca, porque la primera condición de espíritu requerida para cualquier investigación científica es la imparcialidad. Sin salir del terreno empírico, ofrécese varias a la solución insinuada.

Consideramos la primera. Escribimos en Buenos Aires, ciudad, digámoslo así, de aluvión, cuya masa está formándose con la corriente cada día mayor de la inmigración. Tenemos, por consiguiente, una materia de experiencia inmediata y siquiera sea arrogante pretensión acometer la tarea, superior a todas, según Rousseau, de conocer bien lo que tenemos cerca, debemos procurar aprender en los fenómenos que presenciamos. No siempre que una población se abulta numé-



ricamente, crecen sus fuerzas morales, su virtud intelectual ni su civilización. Ni la inmigración napolitana, ni la gallega, ni la asturiana, ni la irlandesa que aventaja a las otras en capacidad de trabajo, ni la genovesa distinguida por su habilidad para la navegación, ni la piamontesa, que lo es por sus aficiones agrícolas, ni aun la vasca, que supera a los irlandeses en su sobriedad, a los gallegos en inteligencia, a los naturales en economía y a los italianos en generosidad, ninguna de estas masas incorpora una idea al caudal de la civilización común: ni el menor elemento moral a las fuerzas políticas del país. La masa oriunda es un guarismo de barbarie y la masa inmigrante es su coeficiente. Si no lo probaran los acontecimientos cotidianos, lo probarían con espantosos datos las horas de calamidad del cólera en 1867 y 1868 y de la fiebre amarilla en estos momentos, en que nos abstraemos de la conmoción pública para reflexionar con los lectores de la REVISTA.

Todo esto es cierto: desgraciadamete cierto, pero aunque alarme, no concluye. Y no concluye por dos razones: la primera que con observaciones fundadas en hechos anormales, no puede argüirse contra la condición general de las cosas; y la segunda, que en la inmigración es necesario distinguir las fracciones que la componen. Inmigran bailarines y peluqueros franceses, pero inmigran también profesores, comerciantes y políticos. Puede decirse lo mismo de cualquiera otra nacionalidad: inmigran hombres de todos los países que traen consigo lo que nos trajo Mossoti, lo que nos trajo Bompland, lo que nos han traído Burmeister, Speluzzi, Gould, Rosseti, Weis, Jacques: la ciencia; y lo que traen centenares de alemanes y de ingleses. — un espíritu culto y un carácter formado. Distingamos, por lo tanto, la masa de la porción escogida en el total de nuestra inmigración. Por lo demás: si reconocemos estos dos principios: la igualdad del extranjero ante el derecho municipal y la del pueblo en la soberanía, ¿cómo podríamos negar los derechos polí-



ticos a una masa inmigrante por reputarla escasa de civilización? ¿Es inferior el extranjero al nacional? ¿Podemos aceptar que la ignorancia sea punible con la *diminutio capitis* de los romanos?... Entonces, la observación fundada en la experiencia local pierde su importancia, sin que sea preciso combatirla al amparo de las ideas absolutas. Cualquiera que sea la manera de su formación, en todo pueblo del mundo existirán siempre desniveles de inteligencia y gradaciones de carácter. El gobierno democrático es el gobierno de todos ejercido por los mejores. Los gobiernos no se degradan ni barbarizan por la extensión del derecho político, sino a consecuencia del privilegio, que sustituye en el poder la superioridad artificial de las aristocracias hereditarias o de los patriciados recelosos. La práctica de la libertad educa también, como decía Channing; y así como educa los ciudadanos oriundos, educa los ciudadanos naturalizados. Por fin, la observación que consideramos, no tiene sino una fuerza relativa. La perdería si cambiando de teatro, consideráramos una sociedad enriquecida con elementos superiores a los naturales, como los que condujo Cortés a Méjico, como los que llevan los ingleses a la India. — o con elementos equivalentes, como el de las masas alemanas que inmigran en los Estados Unidos. La verdad es absoluta, y la ciencia consiste en la indagación y el desenvolvimiento de la verdad. Para concluir: ¿se ha perturbado la unión americana el día en que la última reforma constitucional ha convertido en ciudadanos los negros libertos por la valiente revolución de Lincoln? ¿Eran superiores los esclavos de las plantaciones de la Carolina a cualquier muchedumbre de este mundo? No, sino que los grandes focos de civilización se identifican y dirigen las fuerzas incultas, flotantes siempre porque son dispersas. Así los concilios de Toledo educaban a los visigodos, y las naciones modernas surgían de la rama bárbara injerta en el tronco romano.

No queda con esto simplificada la materia.

La población inmigrante obedece a inspiraciones va-



riables, porque cada nacionalidad tiene su modo de ser propio, ciertas ideas bebidas en la educación, y amor a determinadas formas sociales. Su intervención en la política podía crear dificultades a la conservación de las instituciones establecidas en su país adoptivo, formar partidos que lo turbaran profundamente atacando las bases mismas del gobierno y contrariando la voluntad nacional. Además, toda acción política es incompleta o torcida cuando la razón que la produce no es guiada por un sentimiento intenso de patriotismo, que los hombres no pueden tener sino por la tierra en que dieron sus primeros pasos y los espectáculos físicos y morales que preocuparon los primeros encantos a sus sentidos y a su corazón. De ambas observaciones resulta una alternativa respecto de la conducta de los extranjeros incorporados de derecho a la soberanía; o bien serán apáticos en el cumplimiento de sus deberes como miembros de la sociedad política en cuyo servicio carecen de los más nobles y poderosos estímulos; o bien llegarán a absorber el elemento nacional, si por su número lo equilibran o lo exceden. Buenos Aires presenta datos ilustrativos de una y otra hipótesis. Los extranjeros poseen el derecho municipal y lo desdennan o lo desdennan, y no son menos negligentes cuando grandes calamidades solicitan la acción directa de los vecindarios, sin que escapen de esta enfermedad de egoísmo e indiferencia, los ingleses que pueden ser caracterizados en su país por su instinto municipal.

Conferido por otra parte, el derecho político a todos los extranjeros, habría en esta ciudad mayor número de electores de esa clase que de electores nacionales (1). Conflictos de intereses de cualquier

(1) Según el censo de 1869, la población de la ciudad se divide así:

	Nacionales	Extranjeros
Varones	37.486	60.606
Mujeres	52.175	27.551
Total	89.661	88.156



orden podrían producir rivalidades, en las cuales la ventaja estaría de parte del mayor número; y una conquista llegaría tal vez a no necesitar cañones, bastándole desarmar sus soldados e importarlos en calidad de electores.

Hay en todos estos reparos intuiciones claras, pero no enteras. La alternativa que acabamos de apuntar tiene más gravedad externa que intrínseca. De los dos peligros que señala el uno se destruye por el otro, y ninguno de ambos es real. Los extranjeros no abandonan en Buenos Aires el derecho municipal, sino porque las cosas humanas tienen una lógica inflexible que si se oculta en sus leyes se revela en sus efectos; y los electores remisos concurren fatalmente a la reproducción de un fenómeno constante en la historia, y es la decadencia del derecho municipal en todo país y en todo tiempo en que no está vinculado con el derecho político. Lo hemos observado ya a propósito del otro término del problema; y la acción del gobierno es una acción doble; municipalismo y política son elementos pares en el organismo social; no padece el uno, sin que por misteriosa simpatía se resienta el otro, como duelen a la vez los dos ojos, los dos oídos; como se perturba o suprime una función cuando se suprime uno de los lóbulos cerebrales pares y simpáticos, que son la condición necesaria o el instrumento del fenómeno supuesto.

No hay que esperar la salud de un hombre a quien una tuberculosis le haya atrofiado un pulmón. Los argentinos somos libres a medias, porque nuestros municipios son mal organizado, y ese hecho afecta la vida política del país en toda su extensión. Los extranjeros sucumben bajo la influencia de las mismas causas. Los perros transportados a ciertas regiones del Africa terminan al cabo del tiempo por criar lana y perder el ladrillo.

Hay un excedente de 23.119 varones extranjeros sobre los nacionales, debiendo tenerse en cuenta que la proporción entre adultos y niños es necesariamente mayor en los inmigrantes que en los nacionales.



Es ilusorio el peligro de que el elemento nacional fuera absorbido por el elemento extranjero. Primeramente obsérvese que sólo en determinados lugares y circunstancias existe una masa de extranjeros tan desproporcionada con la masa nacional como existe en Buenos Aires hoy día; y de una anormalidad de este linaje nada puede concluirse contra lo que fluye del modo de ser ordinario y constante de las cosas. Añádase que los ejemplos antiguos y modernos, Nueva York, Venecia, Cartago, demuestran palpablemente que los grandes centros mercantiles no pueden ser el modelo de los buenos gobiernos. En la agitación del comercio que bulle en una ciudad marítima hay fecunda utilidad sin duda; pero también hay rapacidad, preocupación absorbente del día, del minuto, expectación del plazo, preferencia del negocio, idolatría del luero; estímulos que alejan el espíritu de pensamientos más elevados y previsores y que atraen corrientes flotantes de extranjeros que sin preocuparse del país ni de su porvenir, se atropellan y codean, para llegar a la veta en cuya busca vienen. El ejemplo de Buenos Aires no es concluyente. No prueba tanto contra el derecho político de los extranjeros, cuanto contra la capacidad política de las ciudades puramente comerciales.

Pero se repone que los extranjeros carecen del resorte del patriotismo. ¿Es el patriotismo el primero de nuestros sentimientos sociales, es un sentimiento irreducible, digámoslo así? Preguntad al extranjero que sueña con su pedazo de tierra, y encuentra menos azul y transparente toda atmósfera que la que poblaba de imágenes su fantasía juvenil,—si ama el suelo y el árbol y la verde colina y el turbio torrente que relace imaginariamente noche a noche mientras está suspenso entre la vigilia y el sueño, sinó por los afectos profundos asociados en su espíritu a esos recuerdos, sinó porque el árbol viejo representa una tradición doméstica, sinó porque dramatiza el paisaje con el mundo compendio que lleva dentro de sí cada uno de aquellos niños turbulentos, que ríen con la



negligencia de la ignorancia y de la pureza, y se sienta soñando en la mesa pacífica de sus padres! Familismo llamaba Fourier a este afecto, al amor tenaz y sagrado que le impedía amasar los hombres en los falansterios: al amor tenaz y sagrado que desarrolla los afectos cívicos y nos hace una patria nueva, cuando la vieja nos falta: *novos calos et novas terras*. Don Vicente López ha dicho profundamente: "el hombre molecular no existe" (1). Si la familia de la cual procedemos nos vincula al país en que nacimos, la familia que formamos nos vincula al país en que vivimos. El amor nos liga con el pasado pero desborda y avanza como las ondas luminosas: se trasmite de generación en generación y de patria en patria. No está nuestra patria donde está nuestra conveniencia; está donde están nuestros sacrificios, nuestros amores, nuestras amarguras, hechos carne y espíritu: donde están nuestros hijos. Por el amor de la familia amamos el país: — el joven como joven, el padre como padre. Nuestra es la tierra en que habitan todos los que amamos; la tierra en que fuimos engendrados por amor filial, la tierra en que engendramos en virtud de los más robustos y generosos sentimientos del alma. Tal es la ley de la sensibilidad en sus determinaciones sociales. Junio Bruto y Guzmán llamado el bueno, representan una violación de la naturaleza y una laxitud moral. Los extranjeros tienen patriotismo si tienen hijos. El inmigrante de un día es un transeunte; difiere del extranjero avecindado en que no ha llegado a identificarse con la vida de un pueblo, cuyo bienestar y cuyo honor implican la ventura de seres que le son intensamente amados.

Los intereses de los extranjeros no son más peligrosos que sus afecciones. Sólo uno pueden tener que sea uniforme, el de la paz pública y la felicidad general en el país que adopten. — Todas las rivalidades nacionales desaparecen ante el sentimiento que la in-

(1) *Comentarios de su proyecto de Constitución para la provincia de Buenos Aires.*



corporación a una sociedad, por medio de la familia, suscita en el corazón del hombre; — y para que fueran temibles ciertas reacciones, sería necesario suponer la unanimidad de los extranjeros en propósitos torpes, hipótesis que sale de toda verosimilitud. El elemento político incorporado al nacional tendría siempre y forzosamente inclinaciones conservadoras. Por eso es un buen auxilio para la libertad. — Las formas sociales basadas en el derecho nada pueden temer de su influencia; ni ésta puede llegar a ponerlas en peligro, por más que se pervirtiera, siempre que precauciones racionales y equitativas, garantizaran los pueblos contra las temeridades de advenedizos desmoralizados. — La ignorancia de los extranjeros respecto de ciertas cuestiones internas contribuiría a la civilización y libertad de cualquier pueblo, contribuyendo a refinar y dignificar los partidos. — Por partido entendemos un grupo de hombres aunados en el servicio de una idea. — El prestigio de los hombres reemplaza al de los principios fácilmente, cuando los partidos se reclutan en esferas pequeñas, por afinidades personales e intereses frívolos: entonces olvidan las grandes miras, se entienden a media palabra, es decir, no entienden nada, se glorían en recuerdos se comprometen en el pasado descuidando su responsabilidad y el porvenir, y degenerados en camarillas, tienen calor mientras luchan y desfallecen cuando triunfan, porque nada tienen ni saben qué hacer con la fuerza que la victoria les depara. Los partidos de la República Oriental podrían servirnos de ejemplo. — Un partido empero que pretendiera reformarse atrayendo un elemento libre de la influencia de sus prohombres vivos y de la idolatría de sus prohombres muertos, como sería el elemento extranjero, necesita poseer con plena claridad su doctrina y exponerla circunstancialmente ante el espíritu de los que desean incorporarse. Otffriald decía con razón que el esmero de las formas contribuye a pulir y aclarar el pensamiento. — La doctrina evangélica no aparece tan luminosa en ninguna exposición como en las destinadas a iniciar los ignorantes y los niños en las pro-

fundidades del misterio cristiano; y las disputas escolásticas habrían podido extraviar el pensamiento moderno en un dédalo de interpretaciones sutiles o arbitrarias, si no se conservara puro, límpido y sonoro el tema teológico en el Evangelio y en el catecismo: en el Evangelio que es la lección dada a los ignorantes de la Galilea, y en el catecismo que levanta la infancia más arriba de las cumbres en que reposa Platón.—De esta manera los partidos, imposibilitados de fascinar con palabras, necesitarían ideas claras, propósitos netos y grandiosos: se empaparían en nobles fuentes, y depurados y potentes, difundirían de un extremo a otro de la sociedad el fuego de la vida democrática.—Ninguna prueba más firme de la legitimidad del derecho político de los extranjeros, que la que percibimos observando que no es compatible sino con las instituciones libres, y que los gobiernos de privilegio lo repugnan porque los labra y amenaza. ¿Y sería de temer que contribuyera a alterar las instituciones radicales de una nación? ¡Feliz el pueblo que, careciendo de elementos liberales, los recibiera de otra parte, y bendita la colonización que se los diera! Y no existe la recíproca. A no ser por tremendas aberraciones, ningún derecho se usa para perderlo. Suelen los pueblos incurrir en esas cobardes extravagancias, pero cuando se fatigan o desorientan. La acción del extranjero no convierte en estas materias lo eventual en pposable. No necesitó Buenos Aires de esa influencia para hacer el plebiscito de 1835. No la necesitó Francia para constituirse a la vez cómplice y víctima de Napoleón III. Todo acto de soberanía es limitado por la ley divina, y cuando ensordecen las conciencias, cuando la desoyen y la violan, no hay que culpar a las instituciones sino a sus agentes.—Los hombres no retroceden, por lo demás, en las vías de la civilización, sino accidentalmente. Si el extranjero es superior al nacional, le mejorará con su contacto y será mejorado por él si es inferior.—En fin toda sombra de peligros se desvanece distinguiendo como debemos hacerlo en la altura de la cuestión a que hemos llegado las diver-





sas faces del derecho político.—La democracia moderna, que es la democracia libre es representativa y constitucional. Reside en el pueblo la soberanía social, no la soberanía originaria como dice nuestra Constitución cediendo a un error doctrinario o tecnológico: pero el gobierno es ejercido por mandatarios populares responsables y temporarios. Ninguna condición debe exigida para el ejercicio del derecho electoral que es en concreto el modo de obrar de la soberanía popular; pero sí pueden y deben establecerse ciertas condiciones de elegibilidad en los funcionarios electivos, que den presunciones serias de su fidelidad y competencia. Estas precauciones en nada menoscaban el derecho político. (1) Alejan peligros y realizan el ideal democrático, solicitando idoneidad de parte de los que aceptan el deber de conservar las instituciones, dictar y poner en ejercicio las leyes.—Cada nación podría correr una aventura entregando su gobierno al extranjero, pero no adscribiéndole a la soberanía. Esta distinción es importante, y nos conduce insensiblemente a la región abstracta y general.

¿Qué es la soberanía? Ella no proviene, puede decirse, ni de una ilimitada independencia del hombre, puesto que una y otra noción son términos contradictorios: no proviene de convenio social ni en el sentido de Hobbes ni en el sentido de Rousseau: ni del derecho de la mayoría, porque la mayoría es equivalente a la fuerza, y la fuerza no crea derecho: la soberanía se funda en el dominio eminente que cada sociedad particular tiene sobre el suelo en que se establece: la soberanía es territorial. De aquí se sigue que, pertene-

(1) La Constitución argentina exige para ser diputado tener 4 años de ciudadanía en ejercicio (artículo 40); 6 para ser senador (artículo 47), o vocal de la Suprema Corte de Justicia (artículo 97); ciudadanía natural u originaria para ser presidente (artículo 76).

La de los Estados Unidos exige 7 años de ciudadanía para ser diputado (artículo 1.º, sección II, § 2), 9 años para senador (artículo 1.º, sección III, § 3); y ciudadanía natural para ser presidente (artículo 2.º, sección 1, § 5).



ciendo sólo a la nación, no puede ser ejercida por los extranjeros.

Este es el error romano: es también el error feudal. Del error romano se desprendían los privilegios patrios y los principios estrechos que regían la ciudadanía y extenuaron aquella vigorosa nacionalidad. Semejante a los fariseos, pretendían los romanos que el templo santificara la ofrenda. El hombre recibía su carácter político, no su carácter moral, sino de ciertas calidades ficticiamente atribuidas a su domicilio; por eso hemos dicho, que el derecho político de los romanos era un derecho real. El feudalismo no hizo sino complicar este sistema. A las calidades del domicilio añadió como fuentes del derecho político las relaciones del hombre con la propiedad territorial; de donde arrancan dos escalas paralelas y armónicas, que gradúan la intervención de los ciudadanos en el gobierno, según que fueran señores, barones, propietarios alodiales sálicos, *francetenanciers*, etc., etc., variando en cada lengua, y en la medida de su derecho según la intensidad de las inclinaciones liberales de cada país.

Posesión y soberanía son términos conexos e inseparables, pero no convertibles. Ninguna investigación científica se agota sino cuando llega a los elementos primitivos, ya ocupen las cumbres, ya las profundidades, en la serie de los fenómenos o de las ideas que se estudian. En la ciencia de las sensaciones las nociones más completas son las relativas a la vista y al oído, porque hemos llegado al conocimiento aproximado de sus primeros elementos, por medio del espectro y aplicando la sirena de Helmholtz al análisis de los sonidos. Acaso será ignorancia nuestra, pero creemos que las más incompletas son las relativas al gusto, porque no es fácil establecer si sus fenómenos consisten en una sensación determinable y discernible de todas y cada una de las otras. Las ciencias del hombre la *antropología*, para valermé de la expresión de Kant, la *sociología*, para valermé de la de Comte, están su-



jetas a las mismas reglas del método y a las mismas condiciones de veracidad.

La libertad humana es el último dato de la psicología experimental; pero el investigador, al llegar a esta meta, ve dilatarse ante sus ojos la muchedumbre de fuerzas y de influencias limitantes que le descubren las ciencias morales, las ciencias naturales, las ciencias sociales y las metafísicas. Puedo pisar en la orilla de un río, si los fenómenos meteorológicos e hidrográficos no arrojan una ola que me haga pagar con la vida mi capricho. Esta observación casi trivial, como todo lo que es obvio, refunde la doctrina de Fichte y expresa en una forma concreta el primero y más violento de los límites de la libertad humana: — las fuerzas de la naturaleza que tiene una ley. Sin una coerción de este linaje, puedo hacer cuanto quiera, pero no puedo querer arbitrariamente, porque me refrena una luz, porque me contiene una idea: esta idea no es la invención lógica y subjetiva de Kant es una ley revelada a la razón, externa y superior al hombre, entre en las eternas inteligibles de Platón, es la idea del bien, y el principio de una ciencia, la Moral. El hombre pues es libre, pero no es una nota disonante en la armonía de las entidades visibles: obedece a una soberanía, que es absoluta y única originaria, que tiene una existencia personal y es infinita, — más breve, — a Dios, el cual nos rige por medio de las leyes universales de la física, de la química de la fisiología y de la moral.

Además de ser libre y moral, el hombre es social. He ahí otra fórmula de su naturaleza. De este modo podemos establecer que el gobierno de Dios sobre el hombre, en cuanto se le considera como ser moral, es divisible, según que se relacione con el individuo en su capacidad solitaria o con el individuo en su capacidad social. La Religión es el ministro de Dios en el primer sentido. En el segundo, se reduce a dos relaciones primitivas y tiene dos agentes diversos: la familia, la sociedad misma;—de otro modo, estas dos especies de un mismo género, la sociedad doméstica, la sociedad política. De aquí se deduce la inviolable legitimidad

de la autoridad paterna: la inviolable legitimidad del poder social, y en consecuencia, la de los gobiernos, en su razón abstracta y genérica, toda vez que no son sino la realización externa y activa del poder de la sociedad sobre sí propia y sobre sus miembros;— y por otra parte que la noción de la soberanía es irreducible.

Por tanto, como quiera que la noción de la propiedad es también una noción irreducible, una y otra pueden hermanarse, pero no se confunden.

Algo más podemos establecer sobre los datos aglomerados: que no es el dominio territorial, sino una condición de la autonomía nacional, la cual no es esencial a la idea de la soberanía, toda vez que aunque supiéramos anulados los derechos que nacen de las circunscripciones en que, en razón de las lenguas, de la geografía o de la historia, se han subdividido los hombres, quedaría intacta esta serie de principios: la sociedad es una condición de la naturaleza del hombre: la sociedad tiene una autoridad legítima que llamamos soberanía. El cosmopolitismo absoluto, la unidad social de la humanidad, son una quimera, pero una quimera que ni aún especulativamente desaloja, antes bien supone aquellas nociones.

Los gobiernos varían en sus formas, y éstas son determinables por el agente en el cual radica la soberanía. El principio democrático la atribuye al pueblo, al conjunto de los miembros de la sociedad fundándose en la responsabilidad solidaria que tienen afecta a su deber de conservar los derechos personales que nacen del estado social: deber que no podrían cumplir si carecieran de los derechos políticos. Esta doctrina es negada teórica y prácticamente por los aristócratas y los monárquicos; trazan con ella, aceptándola a medias, los parlamentarios de la escuela de Guizot; pero armoniza y reduce a axiomas los caracteres distintivos de la democracia, y es, en una palabra, la expresión exacta de la moral aplicada a la política.

La luz que proyecta sobre el tema en discusión es vivísima. El extranjero que se domicilia en un país se





incorpora a su sociedad particular, y asume, en consecuencia, en toda su extensión los derechos y deberes comunes. Se concibe sin dificultad su exclusión de todo derecho político en los países cuya legislación no le iguala con los naturales en cuanto a sus derechos civiles, pero donde ningún privilegio existe, donde el extranjero tiene idénticos intereses y prerrogativas que los nacionales, donde se halla complicado en iguales relaciones, y las leyes y los arreglos sociales de cualquier orden le afectan lo mismo, ninguna razón perentoria, dado el principio democrático, puede alegarse para negarle voz y voto en los actos solemnes de la soberanía popular, a la cual es forzoso reconocer que pertenece, sino presumimos eludir con un artificio perjudicial, las ideas que surgen de la naturaleza y derivan de su ley y condiciones. El *denizen* no posee en Inglaterra el derecho político, porque la doctrina inglesa no ha llegado a su desarrollo pleno; ella ofrece a cada hombre una intervención en el gobierno, proporcionada al interés que tiene en el orden y el progreso de la sociedad; pero no ha llegado el legislador a persuadirse de que todos los hombres tienen el mismo interés en el deber universal de garantizar los derechos de cada uno. Nuestra doctrina no es, pues, sino el complemento de las ideas fraccionarias esparcidas por el mundo y desfiguradas por las complicaciones históricas y las formas políticas artificiales o intermedias.

En un gobierno responsable es de rigurosa lógica, que por lo menos tenga cada hombre el derecho político bastante para controlar la acción de los poderes públicos en las materias que le afectan directamente. Dado un país en que prevalezcan los generosos principios adoptados por la República Argentina, ¿qué derecho podría tener el ciudadano que no le correspondiera al extranjero? Las relaciones civiles de los habitantes de la nación pueden ser afectadas, o bien por reformas legislativas, o bien por reformas constitucionales, o bien por desviaciones reiteradas y sistemáticas de parte de los gobiernos de las leyes fundamentales en cuya consistencia estriba la libertad de



los individuos, el decoro y la grandeza de los pueblos.

Así, cualquier derecho que se le conceda al extranjero implica una garantía, y esa garantía no puede ser otra sino un derecho político adecuado; y la igualdad de derechos civiles implica la igualdad de derechos políticos, porque éstos no son sino la salvaguardia de los primeros.

Acabamos de mencionar la legislación argentina. Sus resultados suscitan algunas reflexiones que nos llevan a término.

Nuestra Constitución garantiza a todos los extranjeros el goce de los derechos civiles en igualdad con los ciudadanos, les ofrece la ciudadanía después de dos años de residencia, incitándoles a adoptarla con una excepción por diez años, del deber que todos los argentinos tienen de armarse en defensa de la patria (1). Más previsora o menos embarazada en su acción que la de los Estados Unidos por antecedentes y hechos radicados, ha centralizado la legislación civil, mercantil y penal (2), robusteciendo de este modo la garantía implícita en la uniformidad de las leyes de naturalización (3), y la supremacía de los tratados con las naciones extranjeras (4) que ambas contienen. A pesar de todo, los extranjeros desdennan la ciudadanía argentina (5), y disfrutan de sus propiedades inmuebles, de su comercio, de sus herencias de su libertad de hablar, de escribir, la religión, de asociarse, etc., dejando que las tormentas truenen, que los gauchos defiendan los rebaños de los irlandeses y los correntinos la ley en cuya virtud viven en el suelo de

(1) Artículos 14, 20 y 21.

(2) Artículo 67, inc. 11.

(3) Constitución argentina, artículo 67 § 11; id. de los Estados Unidos, art. I Sección VIII § 1.

(4) Constitución argentina, art. 11; id. de los Estados Unidos, artículo VI § 2.

(5) Según el censo de 1869 no había en Buenos Aires (ciudad) sino 15 ciudadanos naturalizados, habiendo 88.126 extranjeros.



la República, trabajan y se enriquecen nuestros huirónes huéspedes, salvando su derecho para entablar acciones diplomáticas contra actos jurídicos y municipales.

Confesamos que el mal es grave y que el remedio no está a nuestro alcance ni al de ninguna otra nación aislada. No lo determina la inestabilidad de cosas de una sociedad en formación. ¿Dónde irá el hombre que quiera ser libre y no luche? No lo determina el temor del servicio militar, puesto que con un sentimiento tan generoso que raya en temerario, la Constitución exime de tal deber por un largo plazo, a los ciudadanos naturalizados. Proviene de otras dos causas: la primera es la carencia de hábitos republicanos en la inmigración, que se contenta con gozar de un derecho, cuya estabilidad depende en último análisis del capricho de los ciudadanos naturales que ejercen solos el gobierno; la principal es la pérdida de su nacionalidad entrañada en la adopción de otra, y resistida por el doble estímulo de los afectos y del honor.

El negro esclavo aligera sus cadenas bailando sus danzas lascivas y entonando sus cántigas bárbaras y dolientes. Podemos formarnos una patria nueva, pero no podemos renegar de la antigua. Los hijos no nos hacen olvidar a nuestros padres, acrecen, al contrario, su cariño, revelándonos por la nuestra su abnegación, como el amor simultáneo vigoriza el amor recíproco en la vida conyugal.

Nada pretendemos contra la naturaleza. Nada pretendemos tampoco que menoscabe la soberanía nacional, sino conciliar los fueros de ambas con los principios de la soberanía social.

Es evidente que un hombre no puede a la vez ser ciudadano y extranjero; es evidente que no puede reclamar un derecho sin aceptar las cargas que le son correlativas; es evidente que la autonomía de los pueblos peligra tanto más cuanto más se complique en la vida común una parte de los habitantes de su territorio que a la vez conserve la protección de gobiernos



extraños; es evidente la repugnancia nativa a segregarse de la comunidad en que cada uno nace, porque sólo el Evangelio merece el sacrificio del caudillo si cambro que obedecía a San Remigio, cuando le ordenaba:—"Quema lo que has adorado, y adora lo que has quemado!" Pero es evidente también, que del principio democrático y del principio cristiano que es su fuente en la historia de la civilización, ya se les abarque en su conjunto, ya se aislen por medio del análisis sus elementos irreducibles, se deduce el derecho de todos los miembros de una sociedad, cualquiera que sea su origen, nativos o extranjeros a intervenir en su gobierno, constituirlo y controlarlo, porque en el total y no en las fracciones del pueblo reside la soberanía.

La doctrina que surge de aquí no puede prevalecer sino por el consentimiento unánime de las naciones. Es lógica, justa, seria, pero condenada a triunfo muy tardío. Formulémosla netamente: LA COMPATIBILIDAD DE CIUDADANIAS SUCESIVAS O ALTERNATIVAS, DETERMINADAS POR EL DOMICILIO ACTUAL, y que se fundan en la igualdad del hombre y en los más augustos axiomas de las ciencias políticas (1).

Tal es nuestra conclusión.

Malgrado de Maistre y todos los pensadores estacionarios, y siquiera los pueblos hayan entendido el derecho como los chinos o los capadocios, y la teología haya deificado la naturaleza, la fuerza o las pasiones vergonzosas,—existe el hombre, uno y reconocible en las manifestaciones de su pensamiento, en sus instintos, en sus pasiones, en sus deseos, en su constitución moral, frágil y excelsa juntamente, que si a veces cede como un junco supera a todo el universo, en que regularmente cede a fuerzas propias aunque desordena-

(1) Escapa de la esfera de la teoría establecer los caracteres del domicilio. Esta tarea pertenece al arte del legislador que consiste en la aplicación de las reglas descubiertas por la indagación científica al régimen práctico de los sociedades. Nuestra doctrina excluye de la soberanía a los individuos errantes, y tiene la ventaja de enriquecer los elementos políticos de los pueblos con la inmigración extranjera.



das, y sobre todo, como decía Pascal, en que sabe que cede. Al lado de lo pueril está lo sublime y en las trivialidades se reflejan indómitos instintos: los moscovitas que defendían sus barbas contra el czar, defendían un derecho fútil, pero hubiera sido mejor que los bonapartistas de 1840 les hubieran imitado como los patriotas de 1812. Los niños generalizan las palabras y los hombres las ideas en todas las latitudes del mundo. Las pasiones arden en las regiones frías y los desencantos hielan en la zona tórrida. Las razas no difieren sino en educación. Del mismo tronco proceden los normandos de Francia y los normandos de Inglaterra, los francos, y los germanos, los visigodos de España y los ostrogodos de Italia. El hombre es uno. Sube hasta la idea de Dios, concibe su deber, ama la libertad, el Cristo le fascina, le inspira y le fortifica. Venzamos preocupaciones que truncan la unidad que él condensa y reconozcamos el imperio de Dios por la justicia, por el amor y por la libertad.

APÉNDICE B

(COMPLEMENTARIO DEL CAPÍTULO III)

Nacionalización (1)

Nacionales y extranjeros, todos los que tienen este rudo oficio de escribir diariamente para el público, manifiéstanse hoy día alarmados: discuten, se aventuran en hipótesis más o menos decorosas, agitados por un hecho que nada tiene en sí mismo de extraordinario.

(1) *El Argentino*, Noviembre 19 de 1873.

Muchos extranjeros acuden hoy día delante de la autoridad pidiendo carta de nacionalización.

He ahí el fenómeno raro que tanto debate suscita.

Ninguno debería producir.

Ninguno produciría en épocas normales, cuya tranquilidad permitiera discurrir serenamente sobre las cosas.

Nuestras leyes, atendida nuestra situación política y social, no han sido prudentes al establecer la condición de los extranjeros.

Reconocerles derechos civiles en toda su plenitud, en perfecta igualdad con los nacionales, permitirles que a la vez conserven su calidad de extranjeros, el amparo diplomático de su nación respectiva, la exención de muchísimas cargas que gravitan sobre los ciudadanos, —ha sido un verdadero exceso de generosidad, cuyas consecuencias no se han previsto.

A results de esta legislación, los extranjeros han sido remisos para nacionalizarse, y en vano ha tratado la Constitución Nacional de facilitar la adquisición de la ciudadanía.

Entretanto, es cierto, que muchos y muy nobles deseos desarrollados con la revolución, son frustrados por la impremeditación con que se ha procedido al escoger los medios de servirlos.

Defendíase el colonialismo contra el extranjero, como se defendía contra los libros, contra cuanto pudiera introducir en América el fuego de nuevas ideas: el aliento regenerador de sociedades más activas que la española.

Mucha sangre habíamos vertido: espantosas lecciones de la experiencia nos habían estremecido ya, cuando en 1824 llegamos a consignar en una ley suprema, el tratado con Inglaterra, principios amplios hijos de sentimientos fraternalmente humanitarios, para regir la condición civil de los hombres de otra raza, lengua y tendencias que quisieran venir a habitar el suelo de la naciente república.





Amortecidas cuando la mente revolucionaria desfallecía, renacientes cuando la esperanza o la victoria la retemplaban, estas ideas puras y fecundas han llegado a ser, por fin, una de las reglas fundamentales de nuestra organización social.

Que los Estados cuya población es escasa deben provocar la inmigración extranjera, obedeciendo a su interés y con entera prescindencia de las doctrinas absolutas del derecho, es cosa, a nuestro juicio, que no admite discusión.

Pero no es menos claro que las conveniencias de cualquier pueblo, que se halla en circunstancias análogas, le aconsejan adherirse la población que recluta, incorporándose, en vez de dejarla como elemento flotante nacional o extraño según cuadre a los intereses particulares.

No ha querido nuestra legislación cohibir a los extranjeros a adoptar la nacionalidad.

Todos, los que lo aplauden y los que lo vituperan, han coincidido, no obstante, en deplorar que fuera tan escaso el número de inmigrantes que se nacionalizaban.

Varias son las causas de este fenómeno.

Unas son especiales, otras son generales.

Son especiales principalmente dos: que en materia de garantías de bienestar y en punto a derechos civiles nada tiene que ganar un extranjero al nacionalizarse: que la nacionalización le complica en turbulencias poco simpáticas para quien busca, en país extraño al suyo, campo para el trabajo y fuentes de fortuna.

Las generales pueden refundirse en una: la preocupación universalmente dominante, de que un cambio de ciudadanía es una especie de traición que revela malquerer o desdén hacia la patria nativa.

Consérvase en el fondo de los espíritus tamaño error por una aberración consignada en todas las leyes y acautada en el derecho público de todas las naciones: que un hombre no puede adoptar la ciudadanía del país en que reside sin hacer renuncia total de su ciudadanía primitiva.



Menguada reliquia de un nacionalismo añejo y ever-sivo de la solidaridad humana!

Si donde quiera que vaya el hombre va a la man-sión que puso Dios bajo el imperio de su especie; si en cualquier zona de este mundo que se vea inclinado o precisado a habitar, está bajo la presión de la ley y forma parte de la sociedad, cuya soberanía concreta la ley,—ninguna doctrina filosófica puede menos de concluir que *población* debe ser sinónimo de *pueblo*, que *arreciudamiento* debe ser sinónimo de *ciudadanía*; que la ciudadanía adquirida suspende, pero no destruye, la ciudadana originaria: que el hombre debe ser ciudada-no en todas partes donde resida, dejar de serlo y volver a serlo indefinidamente, si abandona o vuelve a su domicilio sin traba puesta por la ley, sin traba puesta por el sentimiento y la opinión de los demás, es decir, sin delito y sin deshonor.

Fuera de estas condiciones es inadmisibile el dere-cho político de los extranjeros.

Si conservaran su nacionalidad e influyeran en el gobierno del país en que residen, serían una fuerza con-quistadora, no serían un elemento político.

De las causas que obstan a su intervención en los asuntos públicos, y de las que hacen escaso el número de los que se nacionalizan, poquísimas pueden ser re-movidas por la autoridad legislativa del país.

La mayor parte depende de reglas consentidas y de preocupaciones inveteradas en el mundo: otra, y no escasa, depende de entusiastas y exageradas generosi-dades que no comparten con nosotros la enorme mayo-ría de los pueblos de colonización.

Siendo así, es claro que no es motivo de alarma, si-no más bien de aplauso y de regocijo ver, que multitud de extranjeros acuden solicitando la ciudadanía.

Pero estamos en vísperas de elecciones, se dice; y esos extranjeros se nacionalizan sólo por el deseo de intervenir en la lucha que actualmente nos agita.

Bien está.



Ese movimiento acredita de todas maneras un vivo interés por las cuestiones que preocupan la República.

El extranjero en Levante tiene su consúl; y le basta. Importále poquisimo lo que en el interior de la sociedad ocurre.

Bajo la tiranía de Rosas, los nacionales habrían deseado pasar por extranjeros.

Más tarde cada uno se ha conformado con su suerte; y el extranjero ha preferido la condición privilegiada que le crean nuestras leyes imprudentes.

Hoy parece que se busca con inusitado interés la ciudadanía.

¿Cunde pues en el elemento extranjero la preocupación por la política nacional?

No, gritan los partidarios;—sino que se habilitan para hacerse mercadería electoral.

El juicio es duro, y el apóstrofe es sangriento.

Personas notorias, altamente apreciadas por servicios de distinto género prestados a la nación, figuran entre los últimos solicitantes, cuyo nombre ha sido publicado.

Se dirá que esas son excepciones coincidentes con numerosas nacionalizaciones venales.

¡Juicio temerario también: falso motivo de alarma: escándalo sin fundamento!

¿Han manifestado acaso los extranjeros antes de ahora un interés decidido por nuestras cuestiones de política interna?

Sin duda, siempre que el país ha atravesado una época crítica.

Prescíndase de los actos oficiales y políticos de los gobiernos, tan influyentes, sin embargo como lo fué la simpatía de Inglaterra hacia nuestra causa en medio de la guerra de la Independencia y de la guerra del Brasil.

Recordamos tan sólo los actos espontáneos y personales.

¿Queréis nombres?

Está bien: tened en cuenta el de lord Cockrane, el de Brown, el del barón de Hölmlberg, el de Brandesen... y basta.

¿Queréis grupos?—No los busquemos lejos.

Tres legiones extranjeras se arman en Buenos Aires durante los conflictos de 1853.

Luego el hecho está comprobado. Sí, los extranjeros se preocuparon siempre de los intereses políticos en todas las situaciones graves.

Algo más puede agregarse. Los residentes en este país, aisladamente o formando espontáneamente agrupaciones libres, han procedido con mayor acierto y bajo más generosas inspiraciones que los agentes oficiales de sus nacionalidades.

Si reconocéis, pues, que la actualidad de la República es delicadísima y singularmente crítica, no podéis sorprenderos de que se repita un hecho tantas veces reproducido.

¿Es o no relativamente enorme el número de ciudadanos que acude actualmente a inscribirse en los registros de electores?

Convenís en que sí y explicáis el hecho por el interés excepcional comprometido en la lucha electoral presente.

¿Por qué no juzgar a los extranjeros con la misma discreción?

Conocemos la respuesta: porque hay un partido que soborna electores.

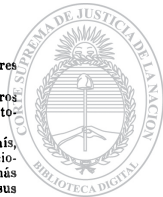
No esclarecemos quién lo dice y contra quién lo dice.

Las recriminaciones son mutuas entre los dos partidos que se disputan la victoria en Buenos Aires.

Pero es efectivo que si uno o ambos partidos emplean recursos tan reprobados para combatir, tienen amplio terreno en que sembrar sin salir de la masa popular en que reclutan las bandas que vociferan de noche y dan puñaladas de día, en frente de la autoridad, en los escandalosos tumultos que viene reproduciendo desde que fué abierta la inscripción de los electores.

Por otra parte: el cohecho en materias electorales es un delito previsto y penado por la ley.

Por temor de que él sea cometido no es justo ni pru-





dente levantar el grito contra los extranjeros, que al solicitar la ciudadanía hacen lo que todos deseamos que hagan, incorporarse al pueblo, imponiéndose un verdadero sacrificio, puesto que renuncian a su nacionalidad natural.

Los partidos se vigilan. Descubran el delito donde él aparezca y provoquen su represión y su castigo. Entretanto deben renunciar a sus quejas infundadas, indiscretas y temerarias.

Bienvenidos sean los extranjeros que aspiran a la ciudadanía argentina.

APÉNDICE C

(COMPLEMENTARIO DEL CAPÍTULO III)

Los extranjeros y la ciudadanía (1)

La Libertad del domingo, que habla de la cuestión indicada en el título de estas líneas, y *La República*, que en la semana pasada hablaba de la suerte de las mujeres pobres en Buenos Aires, nos han sorprendido tanto más gratamente, cuanto menos populares son temas semejantes en la luctuosa situación que atraviesa el país. Tratarlos es reaccionar, incitando la opinión a olvidar, de cuando en cuando, lo apasionado y lo transitorio para atender a lo sereno y a lo trascendental.

Agita *La Libertad* un problema que en otras oportunidades nos ha preocupado y a cuyo respecto hemos llegado en lo sustancial a conclusiones idénticas; pero diferimos con nuestro ilustrado colega en la inteligen-

(1) *El Argentino*, Julio 21 de 1874.

cia de los medios para transformar en reglas positivas las doctrinas que nos son comunes.

Si nos fuera lícito citarnos a nosotros mismos, le remitiríamos a estudios anteriores en que hemos podido explicar nuestro pensamiento sin la estrechez a que nos subordinan las necesidades del diarismo.

Sería pedir demasiado y no lo pediremos. Permítanos tan sólo plantear la cuestión como, a juicio nuestro, debe ser planteada, rogándole que la medite y la discuta.

Ante todo, reputamos como punto de partida indiscutible esta doctrina: que el gobierno libre consiste del punto de vista civil en el reconocimiento de parte del Estado, de la existencia de derechos anteriores y superiores a la ley positiva, congénitos a la sociedad, invulnerables y sagrados, y cuya conservación y garantía es el papel propio de la soberanía; del punto de vista político, en el gobierno de la sociedad por sí misma, a fin de evitar que cualquier egoísmo, cualquier casta, clase o interés parcial y fuerte, incrustados en ella, los pongan en peligro y hagan efímeras sus garantías. Así, la libertad política es la garantía y la condición de solidez de la libertad civil.

De aquí se sigue, en cuanto contiene de legítimo y de verdadero, el principio de la soberanía popular.

Se sigue además: que tienen lógica y necesariamente papel como órganos e intérpretes de la soberanía, todos aquellos a quienes afectaría la abolición o el enervamiento de las garantías de derecho civil, o lo que es lo mismo, que no se puede en el terreno de la filosofía, establecer diferencias entre el natural y el extranjero para optar al ejercicio de los derechos políticos.

Lo que acabamos de afirmar sólo puede ser negado cuando se niega la doctrina democrática. Y en este sentido suscribimos sin vacilar a las opiniones expuestas por *La Libertad*.

No obstante, para que nuestro común sentir prevaleciera sería menester que la palabra *extranjero* perdiera la acepción jurídica que hoy día tiene; como evo-



luciones fecundas de la civilización, le han hecho perder gradualmente la que tuvo en la antigüedad. Un hombre no puede ser en el país que habita ciudadano y extranjero al mismo tiempo.

La Libertad reconoce que actualmente los extranjeros disfrutan, en la República Argentina, de una condición privilegiada, que está lejos de redundar en beneficio de la nación.

Aunque al otorgarles los derechos políticos se les impusieran las cargas correlativas a ellos, el privilegio no desaparecería: sería transformado; pero sería al mismo tiempo agravado.

El extranjero, mientras lo es, conserva un fuero especial y la protección de su patria nativa, lo cual si se puede sostener como compatible con el principio de la soberanía nacional sobre todos los habitantes de la nación, sería absurdo respecto de la soberanía nacional sobre los *ciudadanos* de la nación.

Los caracteres jurídicos del nacional y del extranjero se excluyen.

Preocupado de la misma cuestión, el ministro de Relaciones Exteriores propone en su última Memoria un expediente que *La Libertad* patrocina: facilitar la adquisición de la ciudadanía.

Es inútil aspirar a liberalismo mayor que el de nuestras leyes en esta materia.

La reforma sugerida por el señor Tejedor no hace sino suprimir una formalidad, en cuya virtud comprueba el solicitante de la ciudadanía encontrarse en condiciones legales para obtenerla, pero como no abrevia el tiempo de residencia actualmente exigido a este fin, ni introduce novedad alguna en cuanto al modo de apreciar los servicios prestados al país como mérito para reducirlo en casos particulares, deja en pie lo sustancial de esta legislación.

Sólo podríamos considerarla de distinto modo si hiciere obligatoria la ciudadanía. Pero la República Argentina no puede cometer el acto indecoroso de declarar que la ciudadanía es para los extranjeros una car-





ga, y no como un derecho, una prerrogativa y un beneficio. Harto deplorable es que ellos la reputen así, como lo demuestra el escaso número de los que se nacionalizan, y que circunstancias fortuitas pero duraderas y una legislación imprevisora autoricen su manera de pensar.

El único medio honroso de hacer obligatoria la ciudadanía es disminuir los derechos civiles de los extranjeros no nacionalizados. Si otros principios y grandes y legítimos intereses de distinto orden desacreditan ese expediente, reconózcase que ninguno queda que sea eficiente y se armonice a la vez con la honra nacional.

Por lo demás, cualquier legislación que implique en la adopción de una ciudadanía la renuncia irrevocable de la nativa, escollará siempre ante repugnancias que no es dable desarraigar de los sentimientos humanos, y que *La Libertad* reconoce.

En consecuencia, sería menester que la naturalización de un hombre en el país de su residencia, ni implicara aquella renuncia, ni fuera compatible con la conservación de la ciudadanía primitiva.

En buena hora que la ciudadanía sea inherente al derecho de vecindad. Nada menos queremos.

Para establecerlo se requiere, empero, que se pueda cambiar sucesiva o alternativamente de ciudadanía, según que se cambie sucesiva o alternativamente de domicilio; de modo, que la solución de este vasto problema no es materia de legislación, sino de arreglos internacionales y de principios universalmente aceptados en el derecho público.

Ahora, como los pueblos de emigración carecen en esta materia, de estímulos idénticos, en naturaleza y en intensidad, a los que urgen a los pueblos de inmigración por resolverlo, consideramos que es un problema punto menos que insoluble, y que lo práctico y lo deseable es desenvolver la vida económica de la nación y hacer amable la ciudadanía, si se quiere transformar el estado actual de las cosas que con tanta razón disgusta y alarma.



APÉNDICE D

(COMPLEMENTARIO DEL CAPITULO IV)

**Límites y funciones del poder social en relación con los
derechos privados y los principios morales (1)**

I

La Constitución Nacional declara en el artículo 19 “que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Confirma este límite general de la potestad gobernante de la sociedad con dos limitaciones positivas puestas al ejercicio de la autoridad. El artículo 28 declara que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”; y el artículo 33 añade: 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”.

(1) *La Revista de Derecho*, año 1876.

Estas declaratorias dan solución legal al problema envuelto en el papel del Estado y sus relaciones con el derecho privado.

II

¿El punto de mira de la soberanía consiste en sujetar los individuos dentro de los límites de su deber, o simplemente en la protección de los derechos que nacen en el estado de sociedad?

La cuestión puede a primera vista parecer ociosa, pero bien considerada, es gravísima, porque su solución envuelve el criterio de la legislación general, la afirmación o negación de la libertad civil, y según el término en que se coloque, bases diversas de organización política.

Si suponemos el problema desatado en el primer sentido, hallamos la fórmula socialista con todas sus monstruosidades. Aceptándola, la sociedad no reconoce sino un derecho: el que ella tiene, cualquiera que sea, la base teórica que se le atribuya, para interpretar la moral como único agente visible y aplicarla a los individuos y someterlos a ellas en sus relaciones comunes y en su capacidad privada. — Siendo lógica, reivindica desde ese momento una autoridad exclusiva en materia de educación. El individuo no es para ella un sujeto de derechos, sino un elemento de su ser, una molécula, que amolda a sus conveniencias bajo leyes soberanas que ella misma formaliza. la función del padre de familia desaparece desde luego como en Esparta y en las comunidades levíticas fundadas por los jesuitas en el Paraguay. Si el Estado se hace maestro, se hace por el hecho mismo pontífice, fija dogma religioso, cohibe las conciencia, desnaturaliza la responsabilidad del hombre; y de un solo golpe anonada la familia, la Iglesia y el derecho personal. conculca los fundamentos sobre los cuales estriban las relaciones humanas y genera un despotismo, que por medio de la atonía de todas las





fuerzas vivas, conduce irremediablemente a la disolución o a la barbarie.

Además, el socialismo entraña el comunismo, y destruyendo la propiedad, arrasa otro fundamento del orden natural. ¿Qué eran las misiones jesuíticas, sociedades que exigían en fuerza de la soberanía, la repartición de los frutos del trabajo común a nombre de la caridad y de la igualdad? Las leyes agrarias, como "el derecho al trabajo y a la existencia" y todas las quimeras que sometieron la república francesa de 1848 a la astuta ambición de un César sin espada, no difieren sino en la forma y en los medios de las tentativas de Papias, de Munster o Fourier. — La soberanía entendida de esta manera no tiene sino dos caminos que elegir: o prescindir, si impera el materialismo, de todo sentimiento de misericordia y de fraternidad y de todo ideal generoso, — y entonces cae en la legislación de Licurgo: o someter los individuos si otras ideas prevalecen, a la observación de aquellos deberes que no son exigibles; porque su olvido no produce daño directo a los demás; y entonces allana la propiedad en favor de los pobres o de los vagos, es decir, — cae en la constitución guaraní.

Por otra parte, esta fórmula no sólo produce la absorción de la familia y de la Iglesia, la destrucción de la propiedad y de todos los centros y relaciones que fortalecen la individualidad, sino que, aunque por una inconsecuencia salvadora se detenga en los senderos de la tiranía, por lo menos determina un criterio de legislación penal, bastante para turbar profundamente la seguridad y la justicia. — ¿Cómo se definiría el delito bajo su imperio, sino confundiéndolo con el pecado? — Si es la sociedad el ministro exclusivo de la moral, es evidente que toda violación de la ley moral cae bajo su jurisdicción, y que el individuo es justiciable por todo linaje de extravíos, perjudiquen o no a terceros o a la sociedad, hayánselo hecho o no apreciables y susceptibles de prueba; y de aquí dos vicios enormes: uno de fondo, que consiste en disminuir la severidad de la moral o exagerar



la de la ley civil, — y otro de forma que afecta los procedimientos judiciales: la necesidad de la cuestión de tortura — Durante la edad media los tribunales penaban los delitos contra la Iglesia del Estado, y lo averiguaban por medio del tormento, legando a la inquisición su criterio y sus procedimientos, porque los gobiernos que siguieron al Imperio Romano destruido por los bárbaros, buscaron su consagración en la autoridad venerada de la Iglesia que suplía los títulos que les faltaban: y una vez constituida la Iglesia en fundamento del orden político, todo desacato contra ella se convertía en crimen de lesa majestad y lesa patria; y como se peca contra la religión obrando lo mismo que pensando, los hombres eran justiciables por sospechas, que no podían aclararse sino con las confesiones que arrancaban el dolor, la sed, el hambre o la vigilia.

¿Dónde detenerse, por fin, en la vigilancia de los actos privados? ¿Puede la sociedad reprimir, por su interés las acciones heroicas de la virtud que excede las exigencias del deber? Es obvio que sí, puesto que se arroga la facultad para interpretar la ley de Dios, y tiene que proporcionarla a la naturaleza de su fuente, a la de su objeto y a la suya propia, ya que se coloca entre Dios y el hombre.

Un poder semejante no reconoce superior ni traba ni regla. Cualquiera que sea la forma en que se realice, será absoluto, será despótico, será tiránico. El criterio de toda acción, y aun de todo pensamiento, estará en la ley, la cual a su turno, desde que tenga por punto de mira preservar a los individuos de toda inmoralidad, penetrará en sus intimidades más secretas y dominará soberanamente su vida entera. Comprimido el espíritu, tiranizado el pensamiento, roto el velo que encubre lo que a nadie daña, ¿qué queda de la independencia del hombre fundada en su responsabilidad? Preguntaré más: ¿qué queda de la moral? La moral no subsiste sino en cuanto está resguardada en la conciencia y depositada en la Iglesia. — Las sociedades se transforman por las vicisitudes de los in-



tereses y las cambiantes de la pasión. La venganza, la prostitución, el robo, han sido adoptados como acciones meritorias o indiferentes en distintos grados de nuestra evolución histórica. Quitad a las reglas morales la majestad de lo absoluto, penetrad sus principios con la inestabilidad de las opiniones extravagantes, de los caprichos desenfrenados de las gentes y decidme ¿dónde está el elemento de reacción capaz de mejorar las costumbres y de conservar las sociedades? El cristianismo ha salvado el mundo, porque contiene la fórmula definitiva de la teodicea y de la moral; y la tarea de la filosofía, si no quiere perderse en el caos de la duda o en un materialismo enfermizo, se reduce al análisis racional de sus fundamentos. Pero no es ésta sola la explicación de su influencia saludable. Ha salvado al mundo, porque ha arrebatado a la sociedad la soberanía que el paganismo le atribuía; y afirmado por lo tanto la moral sobre fundamentos inmóviles, creándoles intérpretes especiales y sugiriendo en la conciencia la idea neta e inalterable de su majestad, superior al poderío de toda ley positiva. Los cristianos modernos somos enormemente inferiores a nuestras propias ideas; pero como ellas no pueden ser borradas por las que importan en nuestro espíritu las leyes y las costumbres comunes, tenemos una fuente en que abrevarnos en nuestra sed de ideal, un resorte fiel y templado que reacciona y purifica la sociedad, simplemente porque en medio de las relaciones que ella crea, conserva intacta la conciencia de la responsabilidad personal.—El rumbo de una fuerza moral y colectiva es determinado por la índole de las relaciones que su existencia genera; y el producto primario del estado social es el derecho humano. Luego la misión de la soberanía es protegerlo.

Tal es la solución liberal y cristiana del problema.

La acción social en este caso, parte del reconocimiento del derecho anterior a la ley positiva, superior a todo interés individual o colectivo, pero ajeno a su agente;—y la lógica de la doctrina obliga la soberanía a acatar el poder doméstico, la autoridad de la



Iglesia y la independencia total del individuo en la órbita de su responsabilidad moral.

De este modo, los derechos civiles, seguridad, propiedad, enseñanza, culto, etc., quedan rigurosamente exentos de toda cortapisa y mutilación, porque el Estado no da su ley absoluta al individuo, sino que al contrario destina el esfuerzo que cabe en su capacidad a protegerle en el cumplimiento de la que ha recibido de Dios.

El derecho de penar y la índole de la penalidad son nociones muy claras cuando las ilumina este principio. He convenido en que la sociedad tiene derecho para poner límites a la libertad; y se sigue forzosamente de ahí, que lo tiene para sancionar sus prohibiciones por medio de penas aplicadas a los que las infringen. De otra manera la ley sería ilusoria y la potestad social visiblemente nula.

Ahora bien; el socialismo refunde la legislación en esta misma máxima: no hacer lo que la moral veda, y hacer lo que la moral manda. La sociedad libre la refunde en esta otra: "no hacer lo que hiere el derecho ajeno".

La esfera de la conciencia está reservada a Dios y es de dominio religioso. La sociedad no conoce sino las acciones, y éstas por la importancia del agravio que infieren a los derechos que ella protege, no por la malicia que las inspira. Así el criterio de la penalidad social es opuesto al de la disciplina doméstica,—porque, siendo la familia educatriz por su naturaleza, debe formar el carácter de los niños sofocando sus vicios nacientes, y siendo la sociedad exclusivamente encargada de armonizar las relaciones de los hombres, no puede apreciar los actos que ejecuten sino por su valor externo.

Prescindiendo de los misterios de la intención que el juez humano no puede sorprender, por más que del punto de vista moral equivalga al crimen,—fijémonos en las diferencias que las leyes, por impregnadas que estén de absurdos, no han podido desconocer entre la acción consumada y la acción frustrada. El conato de homicidio, el conato de robo, no son penados ni pue-



den serlo, con el mismo rigor que el asesinato y el robo. La inmoralidad en ambos casos es igual; la mística puede a veces ser mayor en la tentativa frustrada que en el delito cometido, pero como es inferior o nulo el perjuicio real ocasionado al derecho contra el cual se atentaba, la pena disminuye o no se aplica.

El progreso moderno va reduciendo paulatinamente la severidad de ciertas penas que se han encontrado atroces con relación a delitos determinados. En este movimiento se obedece a una tendencia imperiosa que lleva a las sociedades a distinguir los delitos entre sí, y a graduarlos por la importancia del perjuicio que infieren; y cuando digo perjuicio, estoy lejos de la doctrina unitaria; no hablo de intereses heridos, hablo de la importancia peculiar del derecho que los delitos vulneran. Es de mayor importancia el derecho a la vida que el derecho de propiedad, el derecho de propiedad que el derecho a la consideración, porque es distinta la relación que cada uno de ellos tiene con nuestros deberes morales; y de aquí la diversidad de las penas señaladas contra el que mata, contra el que roba, contra el que injuria. La penalidad, no obstante, se uniforma, cuando la sociedad se arroga una misión mística, como en la república guaraní; se confunde y desarmoniza, como acaecía durante la edad media en toda la Europa y principalmente en Alemania por las atingencias religiosas del Imperio. Los hombres son a menudo lógicos sin saberlo y a pesar suyo, y lo doloroso es que la ciencia moderna no se ha purificado por completo de las doctrinas falsas nacidas en fenómenos anormales.

Podría objetarse que todas las legislaciones toman en cuenta las circunstancias atenuantes en la apreciación de los delitos. El hecho es exacto, pero niego que él implique el derecho de la soberanía para penetrar en la conciencia de los delinquentes. Todo acto de justicia debe ser templado por la misericordia. Así lo exige el noble sentimiento por cuya eficiencia todos los hombres se reconocen hermanos. Es, pues, racional que la sociedad preste atención a aque-

llas circunstancias capaces de inclinar al juez a la clemencia; pero al hacerlo no indaga los fenómenos íntimos de la conciencia, sino la serie de causas externas y apreciables, que modifican la naturaleza del hecho del cual se juzga. El homicidio cometido en defensa propia no es punible: porque el homicida ha vulnerado el derecho de su adversario resistiendo a la injuria que él quería inferir al suyo. En este caso, hay proporción lógica entre las acciones hostiles al derecho respectivo de las personas. Las circunstancias atenuantes no son sino hechos susceptibles de prueba que establecen aproximadamente esa proporción, y por consiguiente, disminuyen la gravedad de la injuria, —que es mayor cuando es gratuita y menor cuando es provocada. El propietario que mata un ladrón, el marido que mata a su mujer adúltera han inferido a su agravante mayor daño que el que ellos le inferían, pero sin existir entre las dos acciones en conflicto una proporción exacta, hay una proporción aproximada. Esta es una circunstancia atenuante; y como se ve, la sociedad que la toma en cuenta no rebusca los fenómenos escondidos: aprecia lo visible, los antecedentes externos de una acción real. En algunos países, Francia por ejemplo, en que subsisten rezagos del procedimiento judicial de la edad media, los magistrados indagan en todos los pormenores de la biografía de un acusado, el grado de perversidad moral a que se le supone llegado. En los pueblos mejor organizados, la instrucción judicial se limita a establecer la verdad del hecho que se imputa al presunto criminal. Esto es lo legítimo y lo eficaz. La biografía prueba poco, porque el arrepentimiento es tan verosímil como la perversión; y, a nada conduce, porque no da la medida de la gravedad de un hecho particular, y porque la sociedad es incompetente para estimar en su justo valor el elemento psicológico de las acciones. Otra inteligencia del derecho penal nos llevaría a una doctrina monstruosa, la de prevenirse contra los hombres desacreditados penando su desmoralización, su aptitud para el eri-





men, sus pecados y sus flaquezas. Por lo demás, es evidente, que si la sociedad acepta las circunstancias atenuantes, no acepta las agravantes, como tendría que aceptarlas si buscara en la conciencia la medida de los delitos. ¿Qué delito iguala al parricidio? Y sin embargo, las penas especiales del parricida han desaparecido de los códigos o de las costumbres de las naciones modernas, no porque haya disminuído el horror hacia los que atentan contra su carne y su sangre, atentando contra sus padres o sus hijos,—sino porque caduca y se va la doctrina en que estribaba el derecho penal entre los hombres antiguos y de los tiempos medios.

Paréceme que estoy autorizado por las razones expuestas para establecer, que el ministerio de la sociedad cuando ejerce su derecho de penar,—se limita a clasificar las acciones que vulneran derechos y reprimirlas por medio de castigos adecuados a la importancia de los derechos que agravian.

Esta doctrina es extensiva a todas las formas de acción de la sociedad sobre el individuo.

La protección del derecho, no la imposición del deber: he ahí su misión.

Desempeña así su papel peculiar como fuerza moralizadora. Siendo indirecta su acción en este sentido es más eficaz, porque se exime de todos los peligros en que de otra suerte incurriría. El resto lo hace la familia que forma los caracteres, la opinión que exalta o abate, la religión que responsabiliza delante de Dios, porque el honor va más allá que la ley y la conciencia, más allá que el honor.

III

Muchas dificultades, más aparentes que reales, pueden oponerse a esta doctrina.

Dírase desde luego:—no podéis negar que todas las sociedades castigan los delitos contra la moral pública; que la moral pública es el límite asignado a toda



franquicia, aun las más respetables; que no realizándola, los pueblos se corromperían fácilmente; y por fin, que para realizarla es necesario reprimir acciones por su valor moral, con lo cual nuestra doctrina se desmorona.

No niego ningún antecedente de este raciocinio, pero niego la conclusión.

Y para comenzar pregunto: — ¿qué quiere decir “delito contra la moral pública”, sino quiere decir acto exterior, hecho, atentado visible, un fenómeno distinto del pecado, punible por sus efectos reales y no por su malicia?

Y adelantaré con otra pregunta:—¿qué quiere decir la moral pública?

Entiendo por moral pública aquel conjunto de ideas residentes en los espíritus y de reglas aceptadas en las costumbres, que forman el cimiento del orden social.

Quien se desentiende de ellas y las mina, ataca un derecho claro, el que la sociedad tiene a conservarse, y cuando ésta le castiga ejerce su misión natural como agente regulador de todos los derechos coincidentes en el estado civil. No ejerce misión religiosa que no tiene. Si la ejerciera, estimaría menos que la trascendencia del hecho criminoso la responsabilidad moral del que lo practica, y no es así. Del punto de vista religioso, el fanático que preconiza absurdos en que ha sido imbuído, por más funestos que ellos sean, como el mormonismo, por ejemplo, peca menos, que el embaucador que a ciencia cierta, pero misteriosa y traídoramente le engaña para hacerlo heraldo de doctrinas que pueden favorecer su lascivia o su codicia; mas del punto de vista de la sociedad, el culpable es el apóstol público de la idea desmoralizadora, porque es lo único que ella conoce y el que abiertamente la ataca por sus fundamentos.

Esto en cuanto a la defensa directa de sus derechos. Indirectamente definen otros muchos: el de la familia en punto a educación: el de la inocencia a no ser pervertida. Si el individuo está obligado a la sociedad, la sociedad está obligada hacia el individuo,



y no puede contribuir a su degradación. Por eso es legítima la pena contra la seducción, contra el adulterio, contra la corrupción de menores.

Por manera que en este orden de casos, como en todos, la acción legal recae sobre *actos* y no entra en la moral privada, sino que se limita a resguardar la moral pública en defensa de su derecho esencial.

Nadie duda que la raíz de toda inmoralidad y de todo delito está en la impiedad constante o accidental. Negar a Dios u olvidarse de El es la fatuidad, como conocerle y temerle es, para valirme de la expresión de los libros santos, "el principio de la sabiduría". Y bien,—¿la impiedad es punible por el ministerio de la ley?—¿No? Luego, afirmar el derecho de la sociedad para castigar los delitos contra la moral pública, no equivale a contradecir mi doctrina. El *delito* es constituido por los *actos*, el *pecado* es constituido por el *pensamiento*; la medida del delito está en sus *efectos*, la medida del pecado en su *malicia*. La esfera de las conciencias pertenece a la religión. A ella le corresponde salvaguardar íntegro y puro el depósito de la ley de Dios, y sólo ella puede imponerla y profundizar los senos de la conciencia humana; porque sólo ella puede purificar el espíritu manchado y fortalecer la energía vacilante. ¿Qué tiene la sociedad? La vara que hiere, pero que no abre la fuente regeneradora: que da la muerte, pero no puede volver a la vida.

IV

¿No es cierto que la sociedad sujeta directamente los hombres al deber moral cuando dirime un conflicto de derechos, como lo hace diariamente ejercitando la jurisdicción de los tribunales en materia civil?...

La hipótesis es arbitraria y falsa. No hay ni puede haber conflicto de derechos, porque ningún derecho puede oponerse a otro. Los litigios civiles se re-



ducen a dos categorías que abarcan siempre dos términos: un ataque y una defensa de un derecho, o la reivindicación y una resistencia a la reivindicación de un derecho usurpado. El juez, esclareciendo el punto debatido, no transige en derechos iguales u opuestos, como se presume, sino que investiga a cuál de los que litigan pertenece el derecho único que se disputa, lo pone en posesión de él y obliga a todos a respetarle en su goce.

Realiza así la sociedad la función que le he atribuido: defender derechos, garantizarlos, y propender por esta vía indirecta a la moralidad común.

Otras varias materias de legislación pueden dar asidero a dificultades, más o menos especiosas, pero igualmente insubsistentes.

¿Hay una simple defensa de derecho en el acto social en virtud del cual se reglamenta el ejercicio de las industrias que se reputan peligrosas para la salubridad pública, o se traban ciertos derechos como los del comercio, por medio de las cuarentenas de sanidad?—Respondo que no hay otra cosa, sino el resguardo del derecho de todos a su conservación individual. El suelo, la aguas, las corrientes aéreas, todas las condiciones materiales de la vida, como la solidaridad, la justicia, la igualdad, sus condiciones morales, no pueden ser convertidas por la libertad privada, en daño del cuerpo social, que tiene derecho primitivo a toda fuerza gratuita y un derecho sagrado a toda fuerza onerosa creado por la cooperación universal.

¿Y las leyes vigentes o reclamadas en muchos países, para imponer ciertas condiciones a los grandes industriales, reglamentando las horas de trabajo que pueden exigir de los obreros y el minimum de jornal que deben pagarles?

Observaré que tales leyes no existen ni son pedidas sino en lugares determinados, en que el desarrollo industrial y fenómenos peculiares como la sustitución del trabajo manual por las máquinas, u otros análogos, han creado circunstancias económicas especialísimas, de donde se siguen contratos desiguales e in-



justicias flagrantes que la ley corrige amparando al débil, cuyos derechos naturales agravia al fuerte auxiliado por el hambre de los pobres, por la humillación y las lágrimas de muchas existencias precarias, tan duramente tratadas a veces por la suerte, que dudan de la Providencia cuando le piden "el pan nuestro de cada día".—Mientras la necesidad no urge y la lucha entre la miseria y la codicia no se ha revelado, todas las sociedades se abstienen de legislar sobre esas materias, porque no ven llegado el momento de intervenir, más bien que para enmendar desviaciones, para salvar los derechos respetables que ellas ofenden. La manufactura no puede aplastar la vida. Las horrendas perspectivas con que hoy día amaga a Europa el rencor acerbo de muchedumbres desencadenadas, la impotencia en que la mayoría de sus secciones se encuentra para consolidar las instituciones libres por la perversión del elemento democrático, son causa y efecto al mismo tiempo: causa de borrascas y de estragos venideros: efecto de injusticias pasadas, de estados artificiales inveterados, de iniquidades prepotentes y ambiciones victoriosas.

¡Felices los pueblos que evitan esos abismos amparando todos los derechos, el del pobre primeramente, y el del rico, el del débil y el del fuerte!

V

No sólo se encuentran dificultades cuando se examina lo que la sociedad hace; hay otras, que se revelan al examinar lo que se abstiene de hacer.

Las leyes, con efecto, no responsabilizan al hombre durante su infancia, y cuando en el curso de la vida un desorden mental oscurece su razón hasta inhabilitarle para dirigirse a sí mismo, las leyes le devuelven a la familia, la beneficencia pública le secuestra, pero no se le imputa a delito ninguna acción. Aquí vemos claramente la importancia que se da al carácter moral de los actos en la estimación de sus delitos.



Convengo sin vacilar en ello, con tal que se me permita añadir que, distinguiendo estos caracteres de las acciones humanas, reduzco la órbita de movimiento de la sociedad sin presumir que sea indiferente hacia la suprema ley que impera sobre la suya; y sobre todo, que la observación que acabo de notar no contradice las ideas fundamentales que asiento. La imputación de todo acto supone necesariamente la responsabilidad de su agente. Establecer si un sujeto es en cierto momento responsable, es decir, si obra en la plenitud de su razón, no importa establecer el criterio con que han de ser juzgados todos los actos semejantes al que provoca la investigación. No hay identidad lógica entre ambas operaciones. Obtenido el resultado de la primera, que en la vida ordinaria se omite, se plantea el problema capital, — la medida del delito; y para despejarlo se toma en cuenta un nuevo elemento moral, la naturaleza del derecho ultrajado. No pretendo divorciar la ley de la moral; al revés, la busco, la reputo su fuente, su explicación, el principio de su legitimidad, pero la busco por su camino eficaz. Por otra parte, cuando la sociedad prescinde del niño y del alienado, no les abandona sin freno ni gobierno a todos los azares de la ignorancia o a la sinrazón; reconoce que coexiste en ella otra soberanía, a la cual pertenece naturalmente el derecho de gobernar aquellos que no están incorporados a la sociedad civil, la soberanía doméstica, cuya jurisdicción es el fuero de los niños, del cual no pueden ser privados sin violencia y sin injusticia.

De suerte que la abstención de la sociedad en estos casos, lejos de probar que la índole de su misión moralizadora es distinta de la que le atribuyo, presenta un antecedente nuevo y luminoso que puedo emplear en mi apoyo. Si antes vimos que, omitiendo todo juicio respecto de la conciencia, se aleja del radio asignado a la religión,—ahora vemos que respeta el asignado a la familia, declarándose inhibida de cohibir y



penar a aquellos que están bajo su fuero. Luego se repliega en los límites de su soberanía derivada, sea que lo conozca o no, a impulso de un instinto y por la fuerza de las cosas.

VI

Hay derechos y deberes adventicios creados entre la sociedad y los particulares o por los particulares entre sí.

Los primeros se dividen en dos categorías según que sean generales y emanados de la ley o individuales y nacidos de contratos con el Estado.

Los que emanan de la ley no generan obligaciones nuevas para la sociedad ni dan a los individuos más derechos que los que el estado social implica. La ley es dada por la sociedad en una relación que termina en ella y en virtud de su soberanía, y es válida siempre que, no violando derechos primitivos del individuo, sea proporcionada a objetos de conveniencia general evidente, o implicados en los principios y fines de la soberanía. Las leyes de impuestos pueden servir de tipo. Necesarias en el estado presente del mundo para la marcha del Estado, ellas no quebrantan derechos primitivos, si están fundadas en la voluntad de los contribuyentes y obligan a todos los miembros actuales de una sociedad particular.

La conveniencia social no puede, sin embargo, imperar sobre el derecho, y tanto menos cuanto que es un criterio engañoso que cada forma política y cada revolución trascendental varía en los pueblos. La conveniencia social entendida bajo la inspiración de las ideas aristocráticas, servía de base a las leyes de sucesión que imponían la conservación de los bienes, las sustituciones y los vínculos.

La misma conveniencia entendida a la luz de ideas igualitarias ha dado margen a las leyes sobre la partición forzosa que nosotros hemos copiado. Exeuso de-

cir, porque esto se desprende de todos mis raciocinios, que ambas leyes son despóticas.

Derechos hay puramente personales que nacen de los contratos con el Estado, y éstos son inviolables como los que se originan en los contratos entre los particulares.

En fin, la sociedad obliga a los individuos, por medio de la justicia, a cumplir los compromisos contraídos entre sí: acto protector del derecho privado también, que ha dado margen a la idea errónea de que las obligaciones civiles son necesidades o deberes exigibles creados por la ley. Esta noción falsea los principios y estriba en una apreciación equivocada de los hechos. Las obligaciones civiles son deberes contraídos por un particular que confiere a otro un derecho correlativo. La sociedad es el depositario de su compromiso y garante la fidelidad de su cumplimiento, protegiendo en su derecho al que reclama su auxilio para salvarlo. Si no fuera así no necesitaría ser requerida para obligar a la parte recalcitrante a cumplir su obligación es tuitiva y explicada por su calidad de garante.

Esto esclarece la razón por la cual la sociedad se abstiene de obligar al cumplimiento de pactos clandestinos e injustos, violatorios de la ley o atentatorios contra la moral pública. Ella no puede garantizar y proteger lo que propende a destruirla. Por eso no reconoce la esclavitud voluntaria.

Por otra parte, hay sujetos de derecho que son creación de la ley. Llámense personas civiles o personas jurídicas, como el fisco, los municipios, las compañías anónimas, las Universidades, las corporaciones religiosas o de beneficencia, los establecimientos de caridad, cuyos derechos y deberes arrancan de la fuente que los crea, pero que una vez adquiridos gozan de la inviolabilidad de todos los derechos porque reposan en un compromiso solemne de la sociedad, de modo que la ocupación de bienes pertenecientes a personas de esta naturaleza es un verdadero despojo, más inicuo aún si es precedido de la supresión forza-





da de la persona. La historia nos suministra ejemplos ruidosos de esta clase de atentados. La revolución francesa en su ímpetu igualitario y centralista que preparó los fundamentos del cesarismo napoleónico, arrasó todas las corporaciones del régimen antiguo, y expoliando las Iglesias y las Universidades extirpó centros poderosos de acción y de resistencia liberal. Bastaría apoderarse de la filosofía de los hechos para comprender que el mundo moral, como el mundo físico, está gobernado por leyes providenciales, que ningún pueblo quebranta impunemente. Si una sociedad arrebatada por pasiones revolucionarias o pervertida por la ambición de un amo, ejerce o acepta la tiranía y emplea la soberanía que le ha sido dada para resguardar el derecho, todo derecho, el primitivo como el adventicio, en cercenarlo u oprimirlo, su savia se paraliza, sus fuerzas vitales se enflaquecen y vienen pronto sobre ella los días del dolor y la abominación.

Lo vemos, pues, claro.—Aún respecto de las relaciones que nacen artificialmente en la sociedad: aún respecto de las personas que no tienen existencia, sino por la virtud de la ley,—el derecho es el supremo punto de mira de la soberanía.

VII

En resumen.

La facultad de dar leyes e imponer penas es inherente a la naturaleza de la sociedad que coadyuva al imperio de la moral, limitando la libertad de las personas para proteger sus derechos, y dejando a la religión expedito su poder sobre la conciencia. Tal es su función legítima, y de ella surge necesariamente el criterio que debe presidir al ejercicio de la soberanía. La sociedad es un elemento cooperativo del desarrollo de la persona humana. De dos maneras se ejercita esta facultad: estorbando el triunfo de toda actividad

anárquica por el auxilio prestado a la justicia en peligro, ya resida ésta en un individuo o en un grupo elemental o en el cuerpo mismo que ejerce la protección: fomentando por otra parte, el incremento de todas las fuerzas armónicas y de todos los medios que aumentan su integridad vital vigorizando los individuos, y levantando el nivel de la inteligencia y de la moralidad.





APÉNDICE E

(COMPLEMENTARIO DEL CAPITULO IX)

Libertad de enseñanza

(Sesión de la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, de 6 de octubre de 1871)

Leyóse el dictamen de la comisión especial sobre el artículo relativo a la libertad de enseñanza, que dice así:

Buenos Aires, septiembre 15 de 1871.

A la Honorable Convención Constituyente.

La comisión especial encargada de dictaminar sobre el proyecto relativo a la libertad de enseñanza presentado por varios señores convencionales, tiene el honor de aconsejar a V. H. la sanción del artículo que figura bajo el número 38 en el proyecto de la comisión central y el que se acompaña en esta nota.

Dios guarde a V. H.

*Rufino de Elizalde—Sabatiano
Kler—J. J. Romero—M. Vil-
legas—J. M. Estrada.*

Artículo 38. La libertad de enseñar y de aprender no podrá ser coartada por medidas preventivas.

Artículo de la comisión. Las Universidades y Facultades científicas erigidas legalmente expedirán los títulos y grados de su competencia sin más condición que la de exigir exámenes suficientes en el tiempo en que el candidato lo solicite, quedando a la legislatura la facultad de determinar lo concerniente al ejercicio de las profesiones liberales.

Romero—Kler—Estrada.

Conformes con esta modificación a la primera parte.

"Las Universidades y Facultades científicas expedirán los títulos y grados de su competencia sin más sujeción, que a sus propios estatutos o reglamentos.

R. de Elizalde—M. Villegas.

EL SR. ESTRADA.—Señor presidente: el despacho que acaba de leerse, es el producto de un estudio muy detenido y muy maduro, hecho en repetidas y laboriosas conferencias de la comisión especial nombrada para dictaminar sobre el artículo relativo a la enseñanza superior que presentó la comisión central y el que para sustituir a éste, presentaron después varios señores convencionales.

Al informar en nombre de la mayoría que me ha hecho el honor de darme este encargo, me limitaré a exponer las ideas que han sido discutidas en su seno y que han prevalecido en la comisión; y confieso, señor presidente, que no abordo este debate sin aquella inquietud y aquel recogimiento que sentimos cuando en circunstancias solemnes pesa sobre nosotros una grave responsabilidad.

Esta circunstancia es solemne, y nuestra responsabilidad es grave; porque no se trata de establecer en la Constitución por medio de los artículos cuya adopción aconsejamos, una de aquellas libertades o derechos arraigados en las costumbres y fortalecidos por el sentimiento público; sino que, por el contrario, se trata de implantar en el país una de las formas más fecundas, pero menos conocidas de la libertad civil.

Y desde luego debo tomar en consideración, aunque muy de paso, dos observaciones que se han hecho tanto a los autores del primitivo proyecto de enmienda, cuanto a los miembros de la comisión que lo hemos prohibido.

Se ha dicho, en primer lugar, que obramos impulsados por un espíritu de novedad.

Esta observación, señor, importa un cargo, y un cargo injusto. Nosotros no proponemos nada nuevo, y mucho menos nada temerario. Es cierto que no tememos a lo nuevo, porque lo nuevo puede ser la verdad; pero es cierto también que no hay en los numerosos elementos que entran en el complejo problema que resolvemos, ninguno que no haya sido esclarecido, ninguno que no haya tenido una resolución más o me-





nos acertada en diversos países y en diversos grados de civilización.

No nos separamos de lo que se ha dado en llamar la sabiduría antigua. A decir verdad, nosotros somos los antiguos; porque venimos a legislar para un país nuevo que en esta materia no tiene antecedentes serios, ni intereses arraigados que lastimar, llevando por bagaje en nuestros trabajos, toda la experiencia y toda la ilustración de los tiempos pasados.

La única originalidad que esos artículos tienen, es la de reunir en un cuerpo de doctrina, bajo una forma perentoria y armoniosa, lo que otros pueblos han entendido, lo que los más grandes pensadores han aconsejado y lo que diversas sociedades han adoptado y puesto en práctica: nosotros aglomeramos una serie de soluciones ya experimentadas fragmentariamente.

Otro cargo que se nos ha hecho es que, cedemos al impulso y a los intereses de la juventud.

Por mi parte, señor presidente, declaro, que si eso es un cargo, yo no lo rechazo, y que si es un aplauso, lo admito.

Yo no tengo razón ninguna para negar que el interés de la juventud me arrastra, y que su simpatía me cautiva. También yo pertenezco a la juventud; le pertenezco por mi edad, le pertenezco porque le he consagrado mi vida.

Por otra parte, la juventud, no sólo es la esperanza del porvenir, es también el fuego del presente. Su noble ardor aviva las lentitudes de la edad madura en la lucha de la sociedad arrastrando a veces las grandes conmociones que regeneran a los pueblos y determinan el progreso.

Hecha esta explicación para despejar nuestro camino de toda cuestión parásita, voy a entrar en el fondo de la materia.

La comisión ha meditado detenidamente, como he dicho antes, el artículo primitivamente presentado por la comisión central y que figura en su proyecto bajo el número 38; lo ha analizado prolijamente, se ha puesto en todos los casos en que ha podido considerar-



lo bajo el punto de vista de los intereses de la civilización y del progreso de los pueblos; ha tomado en cuenta todos los antecedentes de la historia de sociedades más adelantadas que la nuestra; y en vista de todas estas investigaciones, ha podido formular unánimemente este juicio que yo me hago el honor de reproducir delante de la Convención: que ese artículo es irreprochable.

Con efecto, la libertad de enseñanza es un principio que no puede ser negado en una constitución que ha consagrado estos dos derechos esenciales en las sociedades libres; la libertad del pensamiento, la libertad de asociación.

Además, yo no sé lo que es el genio: profundo misterio metafísico, predisposición orgánica o dolor fecundo, como decía el poeta, al cabo el genio es una fuerza. Eso sí sé. Y sé también que toda fuerza inteligente es libre, y que por consiguiente debe ser desarrollada ampliamente sin que ningún interés, sin que ningún otro derecho, sin que ninguna otra fuerza puedan legítimamente oponérsele.

¿Por qué piensa el hombre y se afana en las ásperas labores de la ciencia? ¿Es acaso por el espíritu de la gloria, por amor de la popularidad?

El hombre por más que le favorezca la fortuna, que es de suyo inestable e hija del acaso, llega al cabo a encontrarse delante de la sombría realidad. Muere, y cuando muere la tierra devora sus despojos, como el olvido devora sus glorias!... No, no es ese resorte quebradizo, sino una pasión más fuerte y más fecunda la que lleva el hombre a la averiguación científica, y al trabajo severo de la enseñanza.

Poner la chispa en la inteligencia de un niño, verla desenvolverse gradualmente, dar vigor a todas sus facultades, y observar cómo se produce en éstas aquella armonía que crea los pensadores, suministra al hombre que se ocupa de la enseñanza, algo de las nobles y puras sensaciones de la paternidad. El hombre ve reproducir sus propios pensamientos y su propia alma en



el pensamiento y en el alma de aquellos a quienes inicia en la disciplina y en el misterio de la ciencia.

Y colocándonos en otro terreno, — ¿cómo buscamos el maestro?

Le buscamos en virtud del mismo impulso que hace que el maestro busque la inteligencia que ha de cultivar: en virtud de la simpatía. ¿Qué ley, qué interés social puede negar, pues, la libertad de enseñanza y la libertad de aprendizaje, sin negar que estos móviles puros de la naturaleza humana que llevan al hombre de pensamiento hacia el niño para fortalecerlo y al niño hacia el hombre de pensamiento para ser fortalecido por él?

No es esto todo; si la enseñanza es una necesidad de todos los países para que la civilización se desenvuelva, es claro, que estos estímulos cuya fuerza no podemos negar que contribuyen a su mayor incremento, deben constituir, sin que la ley lo impida, el principio del movimiento popular en materia de enseñanza.

Soy de los que piensan que el Estado no tiene capacidad para enseñar: y pienso así precisamente en virtud de la misma doctrina según la cual esta Convención ha reconocido que el Estado no tiene capacidad para establecer una religión.

Por otra parte, el Estado es una entidad abstracta que se realiza en el gobierno, o más propiamente en el personal de gobierno. Así, dar al Estado el monopolio de la enseñanza, es exponerla a un peligro que correría infaliblemente según las alternativas de la opinión pública y las aberraciones de los partidos, que un día pondrían a la cabeza de la enseñanza hombres entendidos en la materia y otro día a hombres ajenos a ella.

Lo cierto es, que cuando en una sociedad todos se reconocen pupilos de la autoridad, cualquiera que ella sea, esa sociedad es siempre mal gobernada y mal administrada.

El mal de la República Argentina, que tan a menudo lamentan los órganos de la opinión popular, y aun la prensa de los círculos, no está en el gobierno, no está ni en las personas que lo componen, ni en su organización política, sino en la falta de organización so-



cial, que sin aumentar las fuerzas individuales por su aglomeración libre y orgánica, sin crear centros competentes de acción y de resistencia, pone toda la actividad en manos de la autoridad política de la cual los pueblos esperan en vano los bienes que se prometieron al resignarse a su omnipotencia!...

El artículo propuesto por la comisión central, no sólo destruye el monopolio, sino que añade que no podrá establecerse ninguna especie de medidas preventivas, aun cuando esta disposición parecería innecesaria, puesto que toda medida preventiva equivale al monopolio.

Dos ejemplos de pueblos modernos, sobre los cuales están fijos los ojos del mundo entero, nos lo van a demostrar: la Prusia y la Francia.

Yo sé muy bien que todas las instituciones de la Prusia, que todos sus defectos y sus vicios, por profundos que sean, escapan hoy día al ojo de aquellos a quienes deslumbra el esplendor de glorias militares, que no tienen comparación sino con los triunfos romanos. Tampoco se me oculta, sin embargo, que la Prusia es una sociedad convertida en ejército, y que merced a ello, después de absorber a Alemania y de vencer a Francia, amenaza hoy día al mundo con su ambición orgullosa y su despotismo prepotente. Y bien ¿qué es su legislación preventiva en materias de enseñanza, sino un resorte de la disciplina bajo la cual gime, y que si le ha dado gloria, le ha dado también lágrimas y oprobios?

¿Y la Francia, señor! Allí también estaba escrita la libertad de enseñanza, como estaban escritas tantas otras nobles y grandes palabras que sonaban como una blasfemia en los labios de Napoleón. Todos conocemos cómo era practicada, y sabemos la historia de los cursos libres instituidos bajo el ministerio de Mr. Duruy. La libertad escolló en los medios preventivos, en los permisos del ministro de Instrucción Pública exigidos para poder hablar de ciencia con la juventud. Las licencias fueron pertinazmente negadas a todos los pensadores cristianos y espiritualistas, con excepción de poco más de veinte en millares de licencias expe-



didas, para entregar la generación nueva, en la edad de las perplejidades dolorosas, en manos de los ateos, de los materialistas, de los escribas de toda doctrina capaz de esterilizar el espíritu y enervar el corazón. El César tenía un interés supremo en desvirilizar el pueblo, y sabía que las muchedumbres pierden vigor, cuando lo pierden las clases directrices, que las hay en toda sociedad. Por eso oíría satisfecho a los profesores que decían: "Dios es una hipótesis": "cuando la ciencia ha aparejado dos hechos ha terminado su tarea": "suponer que una locomotora tenga pasiones, como cualquier ser organizado, en nada contradice los principios científicos"; y se regocijaría también cuando otro decía, sin que sus labios de maestro se estremecieran: "la clemencia y la caridad son sentimientos falsos con que nos embaucan los clérigos: la ley de Licurgo que ordenaba matar a los niños imperfectos era una ley sabia y humanitaria: creen ellos en el patriotismo: para el sabio es un sentimiento estrecho, y por consecuencia, un vicio!"... Ah! señor! no parece sino que el pueblo hubiera tomado literalmente la lección, porque todo ha ostentado en su espantosa crisis, menos lo que esos maestros llamaban un vicio: el patriotismo!...

He ahí los efectos del monopolio de la enseñanza por parte del poder oficial, o de las medidas preventivas en materia de enseñanza. Esta observación, señor, prueba, en cuanto puedo yo alcanzar a probarlo, la eficacia y la bondad del proyecto presentado por la comisión central.

Ahora debo entrar a otro punto del cual se han ocupado algunos señores convencionales en una sesión anterior.

En Bélgica se ha establecido en la Constitución un artículo exactamente igual al que la comisión central propone, y sin embargo, allí han sobrevenido cuestiones más o menos ruidosas, pero todas ellas capaces de producir agitaciones graves en la sociedad, y sobre todo, capaces de desnaturalizar el respeto que los hombres deben a la libertad bajo cualquiera forma y



especialmente bajo una forma tan elevada y grandiosa, como es la libertad de enseñanza. Además, si algo puede servirnos de lección para evitar conflictos semejantes, es el ejemplo de los inconvenientes que otros pueblos colocados en el mismo camino han tenido que allanar. Es por eso que la comisión ha entendido que convenia esclarecer la doctrina contenida en el artículo 38 del proyecto de Constitución.

Ese artículo implica la libertad de establecer Universidades y Facultades científicas.

Ahora, esta declaración supone tres derechos de parte de las Universidades: primero, derecho para dar grados; segundo, derecho para poseer bienes y crearse rentas; y tercero, derecho para organizarse por sí mismas, según sus propios reglamentos y en virtud de su propia autonomía.

Detengámonos en el primer punto de vista.

Toda Universidad y Facultad debe tener derecho para dar grados, y no puede declararse la libertad de enseñanza sin reconocérselo.

Deploro, señor presidente, no ver en su puesto esta noche al señor convencional Alvear; porque cuando se presentó este proyecto él agrupó tantas nubes para pintarnos los gravísimos peligros que correríamos con hacer una declaración análoga a la que solicitamos que la Constitución haga.

El señor convencional se apoyaba para esto en el ejemplo de lo ocurrido en Bélgica, sin tener presente que el único medio de evitar que entre nosotros o en cualquiera país se reproduzcan los disturbios a que aludía, es aceptar la libertad en toda su integridad y en toda su extensión.

Las Universidades de Bélgica han producido contiendas por dos razones: la primera es porque han tenido su origen en un interés de partido. La Universidad de Lovaina fué fundada por un partido político, y la Universidad de Bruselas fué fundada por los que se llaman allí libres pensadores y liberales, representados por las logias francmasónicas. Estas dos instituciones respondían, no solamente a intereses doctrina-



rios, sino también a intereses políticos; y a mí me parece que de ninguna manera puede, sobre semejante base, fundarse sólidamente la enseñanza. Las casas consagradas a la educación, a la contemplación pura de la ciencia, deben estar exentas de toda pasión de partido, como debe estarlo el templo en que se adora a Dios.

Además, esas Universidades no tenían el derecho de dar grados, ni lo tienen ahora mismo; de aquí el peligro y los conflictos a que el señor convencional se refería. Los grados de los alumnos de todas esas Universidades, se dan por un jury combinado de profesores de todas ellas, arreglado por el gobierno. Se forman generalmente dos jurados. En cada uno se combinan dos profesores de las Universidades oficiales con dos profesores de las Universidades libres, alternando los de la Universidad de Lieja con los de la Universidad de Lovaina, y los de la Universidad de Bruselas con los de la Universidad de Gante. De aquí provienen los disturbios, los peligros, las guerras a que se refería con palabras tan ardientes el señor convencional Alvear. No son, pues, producto de la libertad de enseñanza: son producto de estas dos causas: la primera, el carácter político de las Universidades; la segunda, la carencia de las Universidades de derecho para dar grados. En otros términos, no provienen de la libertad, sino de la limitación, de la negación de la libertad; porque la libertad mutilada no es la libertad.

Con raras excepciones, cuyo producto ya vemos, todas las Universidades en el mundo, las antiguas como las modernas, las Universidades privilegiadas como las de Francia y las de España, lo mismo que las Universidades inglesas, todas, en una palabra, tienen este derecho que es inherente a su naturaleza y a sus objetos. Y no son solamente, según los ejemplos que podemos aducir, las Universidades rigurosamente dichas, las que lo tienen. En Inglaterra todas las corporaciones científicas y profesionales de Londres, de Edimburgo, de Dublin, etc., tienen derecho de dar títulos de competencia, que valen en todo el Reino Uni-



do y que son acatados, de tal manera que los abogados, médicos y farmacéuticos que salen de esos establecimientos son admitidos, sin que los tribunales ni autoridad alguna reivindiquen prerrogativas especiales para exigirles distintas condiciones de aquellas bajo las cuales se han graduado en sus respectivos colegios.

Con efecto: una Universidad no puede ser independiente, sino en cuanto puede por sus propias rentas y sus propios medios de vivir, desenvolverse sin necesitar auxilio alguno exterior, que le traiga una superintendencia extraña.

Además, las Universidades son consideradas como personas jurídicas, y según la definición de esta palabra, la persona jurídica no es otra cosa sino un sujeto creado por la ley y apto para adquirir bienes. Las Universidades desde tiempos remotos, son personas jurídicas, de tal modo que en el derecho romano la palabra *universidad* era sinónimo de la palabra *persona jurídica*, según lo explica Savigny, — estando los municipios en segunda categoría en la especificación de este género de sujetos legales, graduándolos por la aplicabilidad peculiar del nombre a la cosa que él expresa.

En Inglaterra las Universidades son verdaderas potencias porque son corporaciones independientes y propietarias de bienes cuantiosísimos.

El parlamento ha iniciado más de una vez pesquisas para indagar el monto de las propiedades de la Universidad de Oxford.

Toda tentativa ha fracasado.

Dícese que la excentricidad es el sexto sentido de los ingleses. Puede ser así; pero lo que yo pienso es que aquél es un pueblo individualista, y son los pueblos individualistas los que desenvuelven más ampliamente las corporaciones radicando en ellas la libertad, y triunfando por el celo del derecho propio y de la dignidad en la armonía de las fuerzas particulares y asociadas.

Hombres y corporaciones, todos están animados del



mismo espíritu y marcados con ellos de igual severidad. Así, cuando se ha interrogado a los senados o las congregaciones universitarias respecto del monto de sus propiedades, han eludido o negado la respuesta; pero puede calcularse, por ejemplo, en un millón de libras esterlinas, no el capital, sino la renta de la Universidad de Oxford.

En los Estados Unidos, la nación que nosotros tomamos continuamente, y con razón, por modelo de instituciones democráticas, existe la misma práctica. Todas las Universidades tienen derecho de poseer bienes. La Universidad de Harvard tiene dos millones de dólares en propiedades territoriales. Otras Universidades, como la de Michigan y varias que no recuerdo en este instante, a pesar de ser establecidas por el gobierno y de ser auxiliadas por el erario público, tienen el mismo derecho y lo usan sin escrúpulo ni traba.

Hay Universidades allí que se han fundado por medio de loterías; las hay que se han enriquecido por medio de donaciones; pero nadie se ha atrevido jamás a afirmar que entre los medios de adquirir, haya alguno que les esté vedado.

Nuestros temores, señor, de conceder a las Universidades el derecho de poseer bienes, tienen una explicación muy clara, y basta darla para que ellos desaparezcan de todo espíritu imparcial. La revolución francesa, que rechazaba todas las fórmulas liberales de Mirabeau y de Mounier, fué y ha continuado siendo, porque traía ese carácter originario nacido en la alianza inmemorial del pueblo con el rey, una revolución esencialmente igualitaria. Estaba, pues, en la lógica de sus principios el propósito de destruir todas las asociaciones de fuerza capaces de romper la nivelación a que presumía reducir violentamente la sociedad. Bajo su impulso cayeron todas las corporaciones benéficas, religiosas, docentes, arrasadas por su intemperante igualitarismo, del cual hemos heredado nosotros, entre varios errores, esos dos: el terror de la mano muerta, la partición forzosa de los bienes testamenta-



rios, — limitaciones injustificables del derecho de propiedad, que es una de las bases de la vida civil.

Además, señor, la *mano muerta* está abolida en un artículo consignado en la Constitución. Hemos quedado en esto a la altura de nuestros antecedentes, y de las doctrinas que imperaron en los primeros años de la revolución nacional.

Pero hay que tomar en cuenta que no es ésa la única forma que puede tener el ejercicio del derecho de propiedad de todas las personas jurídicas de la naturaleza de las Universidades; pueden colocar sus capitales en títulos de renta o como les plazca, desapareciendo así todo temor de aglomeración de la propiedad territorial; temor, por lo demás, que si puede tener alguna fuerza, bajo puntos de vista económicos, nada significa bajo el punto de vista moral, ni es abrigado como lo dejo puesto en claro, por ningún pueblo que tenga la inteligencia clara y el amor imparcial de la libertad.

La Universidad de Buenos Aires, cuando fué establecida, tenía, por un artículo expreso en el instrumento de su institución, el derecho de adquirir y poseer bienes, que ha desaparecido en la práctica, como ha desaparecido su independencia; porque nosotros hemos seguido siempre una mala escuela política y hemos entendido que la libertad se conquista en un pueblo simplemente con establecer que el gobierno ha de ser ejercido por un presidente, por una legislatura y un poder judicial, y haciendo al presidente responsable ante el senado; y semejantes a Sain el distraído, de que habla Laboulaye, hemos olvidado lo principal: mejorar la organización social y robustecer el agente cardinal del gobierno, a tal punto, que no sería exagerado decir que en materia de instituciones sociales, lejos de adelantar hemos retrocedido.

Esta escuela es contraria a la escuela inglesa. ¡Se dice que en Inglaterra no hay constitución! ¡Palabras, señor! sonoras tal vez, pero huecas. En Inglaterra todo es constitucional, todo es orgánico; la fuerza se difunde por toda la sociedad, y la vida política resulta de



su movimiento concorde, como resulta el gobierno de su acción armoniosa y universal. Allí no se destruiría una corporación; nosotros hemos tendido a abolirlas todas.

¿Qué tenemos? Un acto, auténtico o no, en que el pueblo elige una legislatura, y ésta un gobernador, que la absorbe y absorbe al pueblo; y vivimos bajo la presión de gobernadores y ministros, que pueden tener un día buena voluntad y otro día mala; pero que en ningún caso pueden ejercer con provecho la suma de atribuciones que acumulan. Un gobernador de Buenos Aires es a la vez municipal, ingeniero, profesor, empresario y obispo!... Tengo el honor de sentarme en esta Convención cerca de varios distinguidos ciudadanos, que han ocupado esas altas y comprometidas dignidades. Apelo a su testimonio. Ellos dirán como yo, que no puede gobernar bien quien tiene que gobernarlo todo.

Bajo estas influencias doctrinarias ha sucumbido con el derecho de propiedad de las Universidades, su derecho al gobierno propio. Es lógico; porque de la facultad de poseer bienes se sigue indivisiblemente la facultad de toda Universidad para gobernarse por sí mismas y según sus reglamentos. He aquí un derecho claro y universalmente reconocido.

En las Universidades inglesas, en Oxford, como en Cambridge, como en Glasgow, existe ese derecho sin que, no digo la corona, pero ni aún en el parlamento, el omnipotente parlamento de Inglaterra, pueda jamás introducir ni órdenes ni observaciones que menoscaben su libertad.

Hay Universidades en los Estados Unidos, como la de Michigan, fundada por el gobierno, sostenida por el gobierno, rentada por el gobierno y que sin embargo tiene una existencia que no depende de él, y directores que son nombrados por elección popular, y donde no lo son, son elegidos, o bien por el cuerpo de profesores, o de alumnos, o bien por uno y otro de estos cuerpos reunidos, que constituyen la entidad universitaria.



La escuela política en virtud de la cual se frustró el derecho de la Universidad de Buenos Aires a poseer bienes y rentas con que pudiera vivir por sí misma, la sometió a una administración burocrática. Y ¿qué ha sucedido?

Lo que era natural que sucediera; que mientras hubo gobernantes interesados en el progreso del pueblo, marchó y funcionó bien; pero se apoderó don Juan Manuel Rosas de esta máquina gubernativa con la cual es tan fácil ser tirano, y cerró sus puertas, y la hostilizó y la persiguió de toda manera. Pero la Universidad se conservó en medio de la tiranía cuando todo caía a las plantas del déspota, cuando apenas quedaba en alguno que otro corazón el fuego sagrado que nutre la justicia en las entrañas de la sociedad, mientras parece haber desaparecido por entero. Se salvó en virtud del esfuerzo de la juventud, se salvó en fuerza de la libertad, y sólo la libertad podía salvarla. Mas, por desgracia, estábamos poco acostumbrados a la libertad; y al caer Rosas, el pueblo que hablaba prosa sin saberlo, que al sostener libremente su Universidad creía que no hacía sino ceder al despotismo, usó el derecho reivindicando para abdicar, y se apresuró en su pueril impericia a devolver su propia Universidad a manos del gobierno.

La Universidad ha marchado hasta hoy día con cierta prosperidad, gracias a que tiene a su cabeza un hombre cuya competencia todos apreciamos; pero ¿cuánto dista de aproximarse al lleno de su misión! Institución parásita, todo en ella es precario; carece de espíritu de cuerpo, porque ningún vínculo liga con ella al estudiante que escapa de sus aulas; ni tiene tradición ni impulso de progreso, porque no crea fraternidad ni tiene autonomía.

¿Puede avanzar así? No titubeo en negarlo, puesto que depende de un poder extraño que la limita en todos sentidos. Se balanceará perpetuamente entre aspiraciones impotentes y retrocesos eventuales, a que no están sujetas las Universidades autónomas, ya ten-



gan origen en movimientos libres, ya lo tengan en la acción conjunta de la sociedad.

Hace poco, señor,— que se ha introducido en la Universidad de Oxford, un ramo de enseñanza nuevo. Había allí un profesor encargado de enseñar lenguas modernas. Ese profesor en vez de enseñarlas rutinariamente entró en el análisis filosófico de los idiomas. El éxito de sus lecciones llegó a llamar la atención del país respecto de este nuevo orden de conocimientos, poderoso auxiliar de la historia, malgrado de los juicios desdeñosos de Benthan; y la Universidad de Oxford levantó una cátedra para que Max-Müller enseñara la *filología comparada*. Y bien, señor: si en las serenas regiones de la ciencia tiene acceso la rivalidad, Max-Müller tiene su rival en el Río de la Plata; permónemelo mi honorable colega, diré su nombre: se llama don Vicente Fidel López. — ¿La Universidad de Buenos Aires podría levantarle una cátedra? — Incidentes muy recientes nos responden que no. Verdad es que nada puede esa corporación esclava contra la voluntad de un señor, y que todo progreso en la educación es una esperanza ilusoria dondequiera que la ciencia esté sujeta a la administración.

Señor presidente,— no hemos llegado a estos resultados sin vencer varias dificultades debatidas en el seno de la comisión, y que debo exponer.

La primera es ésta — ¿La existencia de una Universidad fiscal, se preguntaba, no es un obstáculo opuesto a la libertad de enseñanza?

Señor, la sociedad o el Estado, pueden por su acción propia, llenar aquellas necesidades esenciales a cuya satisfacción no alcanzan los medios privados o que nacen de la acción particular; y en virtud de este principio, no me parece que puede negarse la legitimidad con que procede un Estado estableciendo una Universidad.

Además, desde que la Universidad del Estado no exige que todos los individuos se sometan a su enseñanza, no menoscaba la libertad, ni infiere agravio a ningún derecho, ni monopoliza, por fin, ni perjudica



el movimiento libre de los establecimientos de enseñanza que tienen distinto origen y sostén.

La otra dificultad era ésta: ¿puede, procediendo dentro del cuadro de la Constitución federal que nos rige, una provincia legislar en materia de Universidades, toda vez que un inciso del artículo 67 de la Constitución Nacional confiere al Congreso el poder de dictar planes generales de instrucción superior?—Nosotros hemos entendido que sí.

Con efecto, la potestad legislativa de los Estados o provincias no está limitada por la del gobierno general sino en tres casos: primero, cuando la Constitución federal atribuye a las autoridades federales una atribución exclusiva; segundo, cuando expresamente prohíbe a las provincias el uso de una atribución supuesta; y tercero, cuando el uso de una atribución dada, de parte de las provincias, sea repugnante con otra atribución expresamente conferida por la Constitución al gobierno federal.

En ninguno de estos casos estamos.

En cuanto propende a desenvolver la civilización y la enseñanza, la acción de los gobiernos de provincia y del nacional, puede combinarse perfectamente, y la obra simultánea de una y otra entidad social, lejos de esterilizar o trabar el movimiento generador, sirve para estimular la acción de todos y satisfacer las necesidades comunes.

En los Estados Unidos se ha establecido en regla general que el Estado no puede ni debe cooperar al sostenimiento de otras clases de establecimientos de instrucción que los consagrados a la instrucción primaria. La instrucción superior es el interés de una limitada clase de la sociedad; sin embargo, esta doctrina no es tan absoluta que esos establecimientos y las Universidades no sean sostenidos en parte, y en algunos casos en el todo, por el tesoro de los Estados.

Respecto del fondo de la cuestión diré más: hay un artículo en la Constitución de los Estados Unidos por el cual se confiere al Congreso facultades para fomentar las ciencias, las letras y las artes, y los Esta-



dos no han tenido escrúpulo, a pesar de esa prescripción, para dictar leyes en el mismo sentido. Mr. Proser trabaja por obtener allí lo que ya hemos adquirido nosotros: una cooperación eficaz del gobierno federal en el fomento de la instrucción primaria; sin embargo de que la Constitución la coloca bajo la especial salvaguardia de las provincias. De manera que tenemos a favor de nuestras doctrinas, no solamente la lógica, sino también el ejemplo de los Estados Unidos y la jurisprudencia argentina.

Podemos, pues, legítimamente sostener una Universidad del Estado, podemos legislar sobre instrucción superior, sin que usurpemos atribuciones privativas de las autoridades nacionales.

Esta legislación, señor, por otra parte, responde a necesidades sociales y políticas de nuestra provincia y del país entero. A nadie puede ocultársele que en materia de enseñanza es necesario que los que están encargados de fomentarla, atiendan preferentemente a todos los movimientos de la opinión, y se fijen en todos los vacíos que el tiempo revela, en la índole de los pueblos, y en las necesidades que se manifiestan en cada período de la vida.

Dos viajeros franceses que visitaban Inglaterra con el objeto de estudiar los establecimientos superiores de enseñanza dicen, después de examinar atentamente la historia de la Universidad de Oxford: que en la serie cronológica del establecimiento de las cátedras, se ve como en un corte vertical de la cáscara terrestre, las sucesivas estratificaciones depositadas por el tiempo; la teología forma el terreno primitivo: en la edad media; más tarde el derecho romano y la medicina, con las dos lenguas revolucionarias entonces, el hebreo y el griego; es el renacimiento; el siglo XVII introduce las ciencias exactas y la filosofía moral; es el reino de Descartes; y por fin en los siglos XVIII y XIX aparecen las ciencias naturales y sociales.

De esta manera, señor presidente, debe plegarse la enseñanza a las formas que el espíritu general de la

civilización imprime a las sociedades; y el fecundo ejemplo que cito, es tanto más aplicable en los pueblos democráticos, cuanto que aún considerada la enseñanza como resorte político, entraña para ellos un interés primordial.

Un pueblo democrático, como observaba muy bien un pensador norteamericano, no es un mecanismo, es un organismo.

Nadie lo hace; él se desarrolla, porque vive.

De consiguiente es necesario que él a sí mismo se proteja y se fomenta, que a sí mismo se dé el calor que le conserva, le emancipa y le mejora, se cree su propia atmósfera, y marche obedeciendo las leyes inmutables que lo impelen a su propio engrandecimiento.

Bajo otro aspecto, ¿qué es un gobierno democrático? Suele definírsele diciendo "que es el gobierno de todos y para todos". Es exacto: pero la definición es incompleta. El gobierno democrático es el gobierno de todos, ejercido por los mejores.

La diferencia entre un gobierno popular y un gobierno de privilegio consiste en que en el primero impera, por el ejercicio de la autoridad positiva, la aristocracia natural, movable, formada por la superioridad moral, que abre su seno a todo el que tiene en su mente la chispa divina o en su corazón la fuerza de la virtud, — al paso que la suerte ciega del nacimiento levanta sobre las cumbres del poder en los gobiernos de privilegio a los que heredan un falso derecho de expresar la voluntad social, sin cuenta de sus calidades.

Para que el gobierno democrático se desenvuelva, es necesario que el pueblo que lo establece esté provisto o procure proveerse de todos los elementos funcionales; es necesario que haya discreción en las masas, y para ello es necesaria la instrucción primaria; pero es necesario también que posea medios de impartir la ciencia que forma a los hombres superiores, entre los cuales debe escoger el personal que ha de componer el gobierno.

La Universidad de Buenos Aires es insuficiente para estos objetos.





Nuestra provincia tiene centralizada en la capital y en un solo establecimiento toda la enseñanza superior. ¡Qué penosos esfuerzos no han sido necesarios para que la instrucción secundaria se desenvuelva en mayores proporciones y se constituya en diversos centros! Sin embargo, sólo los Colegios Nacionales tienen el privilegio de que sus certificados sean recibidos en la Universidad. Sobre todos los demás pesa no sólo el *programa*, sino además la condición indispensable de los exámenes parciales, que traba en numerosos sentidos el incremento de la instrucción pública, porque ningún cuerpo docente, y menos la Universidad de Buenos Aires, que procede contra las lecciones de la experiencia, puede afirmar que ha acertado con el plan de estudios mejor y definitivo.

Si lo examinamos bien, nos persuadiremos de que sus resultados son nulos porque sus reglas son falsas.

La Universidad confunde en una sola enseñanza la ciencia del derecho y la preparación especial de los abogados: punto de vista erróneo que la reduce a la impotencia, y que han tenido en cuenta sin duda los ingleses, cuando el derecho romano imperó en las Universidades, y dejándoles la alta educación científica, crearon los *Hoteles del Derecho* para enseñar allí la ley común y el procedimiento, es decir, para impartir la educación profesional del abogado.

Esta confusión ha disimulado ante los ojos de los gobiernos, que ven poco en estas materias, la necesidad del profesorado, del cual carecemos, porque para serlo en la Universidad de Buenos Aires es necesario ser abogado, y un hombre, sólo por excepción, puede ser abogado y profesor a la vez.

En la Universidad, por lo demás, — las materias de enseñanza se aglomeran indiscretamente; en vez de limitar las especialidades, se aspira a lo enciclopédico, y todo adelanto tiene, y con razón, en contra el interés y la voluntad de aquellos a quienes más directamente debiera favorecer. No se les ocurre a nuestros gobiernos que ningún ramo pueda ser introducido en la Universidad, sin que su cultivo sea obligatorio pa-



ra todos los que aspiran a la carrera del foro, previo doctorado en jurisprudencia. Obligatorio es el derecho romano, obligatoria la economía política, obligatorio el derecho económico, obligatoria esa burla de todos los que tienen cañones y que se llama el derecho de gentes. Nuestros gobiernos se asemejan al castellano viejo de Iarra que creía obsequiar sus huéspedes obligándoles a tragar todas sus aceitunas...

Exeuso notar que todos estos conocimientos se atenuan bajo el nivel del espíritu curial, porque la Universidad de Buenos Aires es una escuela de abogados y para abogados; y paso a otro punto.

A ese cúmulo de enseñanzas se añade un cúmulo de exámenes para hacer imposible toda enseñanza y todo examen.

Si estudiamos los métodos adoptados advertiremos que no se da ningún curso universitario: es decir que no se hace la exposición científica de los principios de la jurisprudencia ni de la economía, desde los puntos de vista y en las formas elevadas que conviene a la alta enseñanza. Y ¿por qué? Porque esa manera de enseñar es incompatible con los exámenes anuales, y tanto más cuanto que, como la Universidad es pobre de solemnidad, no tiene ni puede tener el número de profesores competentes para hacer el desarrollo metódico, y uno por la doctrina, de cada materia.

El método empleado y que es aceptable para la enseñanza secundaria es lo que los ingleses llaman enseñanza tutorial.

También es imposible la aplicación recta de este método en la Universidad; porque los cursos se componen de centenares de alumnos, y la experiencia enseña que es absolutamente imposible aplicarlo a un grupo mayor de cincuenta estudiantes, puesto que consiste en la acción directa del maestro sobre cada estudiante. No habiendo enseñanza universitaria, no habiendo enseñanza tutorial, —¿qué hay?— Nada: hay enseñanza de textos hecha por los textos mismos, y los estudiantes que no comprenden los libros, nada aprenden, y los profesores, por perseverantes que sean.



y creo que los actuales merecen todo honor, son impotentes para realizar una obra que excede a todo esfuerzo humano.

Necesitamos, pues, por todas estas razones, favorecer el desenvolvimiento de la enseñanza de una manera eficaz, y este resultado no se conseguirá sino a condición de aceptar estos artículos en los términos en que hemos tenido el honor de proponerlos a la Convención.

Hay otro punto de vista, señor, comprendido en él, y es aquel, que el pueblo que crea el lenguaje, ha denominado ya en Buenos Aires bajo el nombre de libertad de estudios.

Este punto de vista es complementario del anterior; es un derecho que tenemos que reconocer en la Constitución, como reconocemos el de la libertad de enseñanza y el de establecer Universidades, — porque es ni más ni menos que el derecho de aprender.

Este derecho tiene dos términos forzosos: el derecho de parte del individuo de exigir que las Universidades le reciban exámenes y le den los títulos científicos que les competen; y de parte de las Universidades la obligación de acceder a su pedido, admitir sus exámenes y expedirle sus grados, mediante justas compensaciones.

En la comisión se ha preguntado si podríamos nosotros imponer esta obligación a las Universidades.

Se ha añadido que no habría inconveniente respecto a la Universidad fiscal; pero que sería menoscabar el principio de la libertad, que reconocemos en los períodos anteriores del artículo, el someter a igual condición las Universidades libres.

Me parece, señor, que hay un punto de vista falso en esta cuestión, y por consiguiente las conclusiones de aquellos de mis honorables colegas que se han separado de la mayoría de la comisión, son imperfectas e inexactas.

En primer lugar, yo pregunto qué quiere decir Universidad, y si hay Universidades independientes.

Toda Universidad, señor, por el hecho de serlo, es



una institución pública, forma parte del organismo social, y así se ha reconocido en todos los pueblos del mundo.

Las Universidades francesas antes de la revolución que destruyó la Universidad de París, antes que Napoleón la restableciera para amarrarla a la administración, eran cuerpos perfectamente independientes que formaban una institución del Estado pero que vivían por sí.

Lo mismo sucedía con las Universidades españolas, y todos sabemos, porque lo hemos leído en los libros elementales que estaban en nuestras manos cuando asistíamos a las escuelas primarias, que cuando el descubridor de América se presentó a los reyes de España pidiendo cooperación para su viaje, se abstuvieron los reyes y su consejo de Estado, de resolver en tal materia, y lo enviaron a los cuerpos sabios de la nación, porque eran los que, en nombre de la sociedad, por su competencia científica, podían decidir con acierto; le sometieron a la Universidad de Salamanca que decidió mal porque sus doctrinas eran falaces y carecían sus individuos de vigor intelectual bastante para subir hasta las concepciones de Cristóbal Colón.

Las Universidades, por otra parte, son y tienen que ser personas jurídicas.

Por consiguiente, no puede haber lo que se llama impropriamente Universidades particulares.

Una Universidad no puede ser una compañía de comercio, no puede ser propiedad de un particular, ni de una sociedad colectiva, como dice nuestro código mercantil; necesita ser una persona jurídica para que ofrezca otras garantías que las de un cuerpo docente accidental, y mayor estabilidad que la de asociaciones disolubles por la muerte de los asociados. De otra manera, no puede considerarse como institución pública, y no siendo una institución pública no puede exigir el fuero universitario. Seremos inducidos en graves errores si nos formamos una idea menos correcta de su verdadero carácter, y confundimos las Universidades con las escuelas libres y particulares.



Dado esto, yo digo que la legislatura o el poder que según la Constitución tenga facultad de conceder o negar su carta ereccional a las Universidades, puede imponerles ciertas obligaciones, y que esas obligaciones, con tal que no sean inicuas ni atenten a la moral, son valederas y legítimas.

Si una persona de existencia visible se presenta reclamando permiso para introducir cualquiera industria, creo que, mientras el ejercicio de esa industria no importe una prerrogativa especial, ningún legislador ni gobierno del mundo tiene derecho para imponerle condiciones. Pero una persona jurídica es una entidad abstracta creada por la ley, que no tiene sino aquellos derechos que le otorga la ley que la crea. Si ésta le concede prerrogativas, obra legítimamente imponiéndole obligaciones tendientes a favorecer los intereses sociales con que se relaciona.

No hay, pues, a mi juicio, bajo el punto de vista del derecho nada que objetar en contra de lo que proponemos.

Se nos preguntará acaso, señor presidente, cuáles son los antecedentes en los cuales se apoya la solución que queremos dar a este problema.

Ya dije que no veníamos a inventar nada de esta materia, y podría observar también que los antecedentes que invocamos, no son por razón de ser viejos, ni buenos ni malos, sino simplemente viejos; pero debo añadir ahora, ya que tan firmes nos encontramos en este terreno, que no nos faltan antecedentes buenos en que apoyar la solución propuesta.

Todas las Universidades de Inglaterra, por ejemplo, tienen derecho de dar grados, aunque no tengan cátedras ni hagan enseñanza de los ramos en los cuales el candidato quiera graduarse. La Universidad de St. Andrews no tenía cátedras de derecho, y sin embargo daba grados de doctor en jurisprudencia. ¿Por qué? Porque es aún más propio de las Universidades dar grados que enseñar, como lo vamos a ver en seguida.

En Bélgica, además del jurado combinado de que hablé anteriormente, formado para conferir títulos de



competencia a los alumnos de las diversas Universidades, hay lo que se llama el jurado central que tiene por objeto conferir dichos títulos a los individuos que no han estudiado en ninguna de las Universidades. A los que presentan certificados de estudios no se les exige examen; pero a los que no los presentan se les exige y lo rinden ante este cuerpo distinto del jurado combinado.

En Inglaterra se lleva a la práctica la doctrina que enuncié antes: que la organización de los cuerpos universitarios, su disciplina y sus métodos deben modificarse según las exigencias del progreso y el movimiento social.

Las Universidades inglesas son como la constitución inglesa según la bella comparación de Fischel. Se parecen a uno de esos viejos caseríos de los señores feudales que presentan un conjunto poco simétrico, y encierran, sin embargo, todos los medios de hacer cómoda e higiénica su habitación, por haber sido contruidos pieza por pieza para llenar las necesidades sucesivas de quién sabe cuántas generaciones de propietarios.

Así las antiguas Universidades fundadas para cultivar y mantener en todo su esplendor el elemento aristocrático, son centros sociales, a los cuales se envían los jóvenes a formarse en los hábitos de las altas clases, más bien que a estudiar. Las Universidades dan cursos científicos; pero los alumnos no tienen obligación de concurrir a ellos; todos están adscriptos a diversos colegios en los cuales reciben lecciones y aun pueden no recibirlas con tal que residan dentro de las posesiones de la Universidad, aun cuando sea en algún establecimiento de hospedaje, y sometiéndose a la inspección del colegio en que se han matriculado. Después de recibir el grado de bachilleres pueden optar al de doctores prolongando su residencia, sin nuevos estudios ni más pruebas que su presencia y su matrícula. Entre un graduado y un doctor de Oxford, no media más diferencia sino que el doctor se ha ejercitado por dieciocho meses más que el graduado en la caza, la equita-



ción y todas las diversiones favoritas de la aristocracia, y ha comprado por lo menos dos veces en la semana mantea en la despensa del colegio en que está inscripto.

Estas eran las condiciones exigidas por la índole de los intereses sociales en cuyo servicio fueron fundadas aquellas Universidades. Difícil ha sido encontrar remedio a los inconvenientes derivados de esta organización. En Francia habrían sido destruidas las Universidades; pero en Inglaterra no se destruye nada: se deja que caiga o que caduque y que se pierda lo que es inútil; más al lado de las viejas instituciones se plantean otras nuevas, y así la sociedad siempre se regenera, siempre se transforma, como una selva con los retoños que nacen junto al tronco envejecido, y va adelante: despacio, pero con una seguridad de rumbo y una persistencia y una igualdad de marcha, que ningún pueblo del mundo superará en los siglos. Como se transforma la materia viva sin que la identidad del tipo sufra, así avanzan las sociedades semejantes a Inglaterra, sin brusquedad ni contradicción, siendo como es esencialmente conservadora y esencialmente progresista.

Uno de los medios ensayados para obviar inconvenientes fué obligar a los alumnos de la Universidad a concurrir asiduamente a los cursos; pero fué preciso abandonarlo, porque la Universidad entera adoptó la resolución de resistir, y los profesores más antiguos y afectos a la Universidad decían: "No podemos introducir esta novedad, porque es contrario a la dignidad de un inglés someterlo a una disciplina que no está abonada por ninguna tradición, que no tiene prestigio ni sirve a conveniencias claras". Cito, señor, y parece que comentara.

Pronto se vió que el mal no consistía en la libertad de los alumnos para escoger sus profesores, sino en la índole aristocrática de la Universidad y en la disciplina que deriva de este carácter.

Fué fundada entonces la Universidad de Londres.



que llena los vacíos que las antiguas dejaban y está organizada sobre las franquicias más latas.

Para deprimirla ha dicho un escritor francés, a quien citan MM. Demogeot y Montucci,—que esa Universidad es una entidad abstracta o un ser de razón; porque en efecto en ella no se da ninguna enseñanza; no tiene maestros, ni alumnos.

Ficciones tan fecundas como ésa deberíamos buscar para impulsar por fáciles caminos la civilización de nuestro país.

La Universidad de Londres cuyos resultados maravillosos y cuyos diplomas respeta la Europa entera, no es sino una corporación científica, que tiene facultad para recibir exámenes y expedir títulos y grados.

Podría, señor, si no temiera molestar demasiado la atención de la Convención, aglomerar mayores antecedentes respecto a este punto. Prefiero callarlos, reservándome exponerlos si el curso del debate lo hace necesario; pero sí diré que es perfectamente armonioso con el derecho de dar grados que concedemos a las Universidades el derecho que concedemos a los particulares de exigirles esos grados cuando acreditan merecerlos.

Hay envuelto en todo esto un objeto social, cual es el desenvolvimiento intelectual del país y el fomento de la civilización. Siendo así, es necesario tener coraje e ir hasta el fin, sin temer de la lógica, y menos de la lógica del derecho, que desaparece o se anula cuando no es establecido en todas sus correlaciones y en todo el fulgor de su armonía...

Por lo demás, señor presidente, una Universidad libre, responde generalmente a grandes ideas, y nace de profundas necesidades sociales, de movimientos serios de la opinión y de la conciencia, y sería muy difícil que en 20 años, acaso en medio siglo, se funden Universidades libres en Buenos Aires; porque no es fácil que se produzca bruscamente un movimiento bastante intenso en la opinión para reclamarlas.

Sin embargo, yo confío en las fecundidades inespereadas de la libertad,—y espero con toda la firmeza de



mi fe, en que, si no Universidades, han de fundarse a lo menos escuelas libres que no pretenderán obtener aquel rango, porque la acción particular ha de preceder forzosamente al esfuerzo anónimo de las colecciones.

Esas escuelas libres, es necesario, como decía el rector de la Universidad de Lovaina,—ya que tienen el derecho de enseñar, que tengan el de hacerlo eficazmente, pudiendo reclamar a la Universidad existente los títulos de sus alumnos, cuya competencia prueben, sometiéndoles a examen.

Pero suponiendo, señor, que se produjera un movimiento capaz de crear una Universidad, si en esos momentos la legislatura estuviera compuesta de personas adversas a la opinión a que respondiese y le negara su carta, entonces la libertad de enseñanza quedaría frustrada.

Es indispensable prevenir eventualidades semejantes.

Convento en que se puede negar permiso para establecer Universidades; pero hay un derecho que no puede ser sofocado, y es el derecho de enseñar, de establecer escuelas particulares; y para que esas escuelas sean eficaces es necesario obligar a las Universidades sean oficiales o libres que haya establecidas a admitir a exámenes y expedir títulos.

Señor, nosotros hemos deplorado profundamente que dos de los señores miembros de la comisión se hayan separado de nosotros en puntos que parecen accesorios, pero que son sustanciales del dictamen.

El despacho de los señores Elizalde y Villegas, suprime las palabras “erigidas legalmente”, y suprime la obligación de las Universidades de admitir a examen y conceder grados a los que lo soliciten sin haber sido alumnos.

Si este artículo, señor presidente, dijera simplemente—“se conserva el monopolio y las medidas preventivas en materia de enseñanza superior”, sería un artículo malo; pero diciendo lo que dice, y significando lo que quiere significar, he de permitirle darle otra clasificación: es pésimo; y es pésimo (permítanme los se-



ñores de la comisión que lo firman que le dé esta clasificación que no se dirige seguramente a ellos, sino al proyecto mismo), es pésimo, porque es insidioso; porque en nombre de la libertad nos introduce el monopolio; porque en nombre de la franquicia nos introduce el depotismo. Ese artículo señor, es un contrabando de guerra cubierto con la bandera aliada, y es necesario que nosotros arranquemos esa bandera para desecubrir el contrabando.

El artículo de la minoría, prescindiendo de las cartas ereccionales, no puede proponerse sino una de dos cosas: o impedir que otros cuerpos científicos fuera de la Universidad oficial tengan el derecho, auténtico y solemnemente reconocido, de expedir títulos; o abolir toda garantía de seriedad de parte de las Universidades libres, y de consiguiente hacerlas abortar por su propio descrédito. En uno y otro caso sirve mal a la libertad; y la mayoría lo rechaza, porque rechaza el monopolio bajo cualquier forma; y porque cuando aboga por la libertad de enseñanza y por la igualdad de las Universidades, aboga por la enseñanza y no por la charlatanería; aboga por las Universidades, y no por los remedos de Universidades.

Repito que no entro a indagar las intenciones de mis honorables e ilustrados colegas en disidencia; pero ellos, al menos uno, decía en el seno de la comisión; no se han de fundar Universidades y quién sabe si se fundarán escuelas; lo que hemos de tener es la Universidad oficial, y es necesario que ésta se gobierne por sus propios reglamentos. ¿Dónde están los reglamentos de la Universidad oficial?

¿Por qué no se propone, ya que quiere procederse de esta manera, un capítulo en la Constitución que establezca las bases de su organización? Y no se diga que la legislación universitaria no es materia constitucional; no, porque la instrucción pública lo es, y porque todos los cuerpos destinados a fomentarla, componen parte del organismo de la sociedad.

Además tenemos un ejemplo que imitar en los Estados Unidos. La Constitución de Massachussetts contie-



ne un capítulo en el cual se organiza detenida y prolijamente la Universidad.

¿De dónde esta repugnancia? Es lícito sospechar que no se quiere para la Universidad de Buenos Aires ninguna forma de organización que la emancipe; y del estado precario en que se la deja y a que se arroja la libertad de la enseñanza, surge alarmante este monstruo de monopolio, que la mayoría no quiere que sea inmortal, y la presión exigente del Estado sobre las más imparciales manifestaciones del pensamiento.

Por otra parte; puesto que los mismos señores de la minoría confiesan que no creen en el establecimiento de ninguna Universidad, destruyen su propio argumento contra la competencia de la Constitución para obligar a las Universidades libres a graduar otros candidatos que sus propios alumnos.

Destruída esta argumentación por ellos mismos y obstinándose en no dar nuevas bases a la Universidad oficial, yo pregunto, señor, con toda sinceridad:—¿qué nos dan? ¿qué forman? Nos dejan en el quietismo, en el monopolio disimulado, y a la Universidad de Buenos Aires en sus condiciones actuales: semejante a la favorita del Sultán, — privilegiada pero esclava.

El señor rector de la Universidad que tiene asiento en esta Convención, ha hecho esfuerzos notorios por obtener la libertad de estudios respecto de los ramos preparatorios, y no lo ha conseguido. ¿Cómo puede haber libertad de enseñanza en un país en el cual los alumnos de todos los colegios particulares necesitan ir a hacerse inscribir ante los profesores de un establecimiento oficial?

Nuestra pretensión está justificada: queremos hacer práctico este derecho que creemos poseer como tantos otros que no tienen realidad fuera de nuestras ilusiones y de nuestros deseos.

Se añade, señor, que vamos a hacer un gran perjuicio a la Universidad porque desde que todo el mundo tenga el derecho de pedir exámenes, es indispensable un cuerpo de examinadores distinto del cuerpo de profesores. Yo me holgaría, señor, de que el artículo que



proponemos produjera sólo ese resultado. El cuerpo docente no puede ser cuerpo examinador, por una razón que percibirá fácilmente toda persona versada en estas materias, fuera de la que se deduce del ejemplo constante de toda Universidad bien organizada.

Todo profesor es presumible de parcialidad respecto de sus propios alumnos; de parcialidad a su favor si abriga la altísima vocación del maestro; de parcialidad contra ellos, si hay pasiones mezquinas en su corazón... y permítaseme que roce apenas este tema vidrioso...

No se aleje tampoco el pensamiento de otra consideración. En un examen general se juzga a la vez del aprovechamiento de cada alumno, y de la aptitud del profesor revelada en los resultados totales de su enseñanza. ¿No se ve que eliminamos la posibilidad de obtener tan útiles objetos dando a las partes facultad de juzgar?

Dícese también que con el artículo que proponemos, la Universidad de Buenos Aires, va a disolverse, y que producirá un resultado contrario al que buscamos, malogrando la juventud que recibe en ella la enseñanza; y yo digo que precisamente lo que malogra gran parte de nuestra juventud es el régimen actual de la Universidad de Buenos Aires.

Pero antes de entrar en otro linaje de observaciones, terminaré diciendo que no es de la competencia del Estado sustituirse a las familias en el cuidado de los niños; y agregaré que los alumnos de la Universidad de Buenos Aires, pertenecen a una de dos categorías: o son hombres hechos que van a aprender la ciencia por amor de ella y entonces no necesitan ser vigilados por nadie: o bien son hijos de familia y entonces es la familia la que tiene la responsabilidad, y por consiguiente, la jurisdicción sobre su conducta.

El ministro Rivadavia, poco después de establecida la Universidad de Buenos Aires, publicó un decreto por el cual se ordenaba a los agentes de policía aprehender a los alumnos que encontrasen en las horas de clase paseando por las calles. Yo supongo que a nadie se le ha ocurrido querer llegar a estos extremos que



sin embargo son lógicos, dadas las vistas de los señores de la minoría.—Andado el primer paso, todo se puede temer.

He añadido, señor, que se malogra mayor número de jóvenes con nuestro régimen actual, que el que podría malograrse con la nueva legislación que proponemos.

Yo he visto jóvenes que obtienen hoy posiciones distinguidas en la sociedad, educarse en la Universidad de Buenos Aires: pero ¡a qué costa! y ¡con qué sacrificios!

Es necesario descender, digámoslo así, a las profundidades de la Bohemia estudiantil, que los señores de la minoría parecen no conocer, para apreciar el mérito y el sacrificio de ciertas existencias, prematuramente marchitas en su rudo combate contra la oscuridad y contra el hambre. He conocido, señor, jóvenes venidos de todos los extremos de la República en busca de la ciencia, o de una profesión tal vez más que de la ciencia, estrechados por la miseria y por reglamentos, que sin ser temerario, yo llamo absurdos, que lo obligan a concurrir día por día a la Universidad, y esto, no durante un año, sino durante dos, tres, hasta diez dolorosos años de conflictos y penurias.

¡Oh! la miseria también abate. ¿Y no es cierto que si esos jóvenes hubieran podido compartir su tiempo con más libertad, habrían peleado con mayor ventaja las guerras de la pobreza?

Muchos han llegado a puerto y honran nuestra provincia y la República. He conocido también un joven nacido en la sección de campaña que tengo el honor de representar en esta Convención,—cuya inteligencia sorprendió un humilde maestro de escuela, que buscó en la protección del gobierno los medios de iniciar en la ciencia por que ansiaba, a su joven amigo. Se salvó: hoy día no se siente hundido en la desolación a que reduce los hombres una vocación trunca: se sienta, al revés, con honra suya y común provecho, en la cátedra de los maestros. Pero ¿cuántos tienen esa fortuna? ¿Cuántos carecen del coraje necesario para luchar?... ¡Es común el denuesto del soldado que arro-



tra la muerte en los campos de batalla, pero es raro el denuedo de la resignación!

Es raro el coraje pertinaz y siempre fiel que combate hora por hora contra el hambre; ¡contra el hambre, señor, por el amor de la ciencia!

¡Y los perseguidos por la suerte hasta esterilizar su valor!... ¡También los hay! Sedientos de ciencia y de verdad, amarrados en la margen de las corrientes por las cuales aspiran, se afanan sin esperanza, sin que de los raudales que contemplan llegue a sus labios nada; ¡nada, sino la espuma insípida de la última onda!...

He ahí, señor presidente,—lo que el espíritu reglamentario y estrecho en la enseñanza superior malogra en este país tan rico en fuerzas virtuales, tan pobre en fuerzas disciplinadas.

Y no se nos diga que la civilización va a decaer y que la Universidad se disolverá.—Reflexionemos, señor.

Cuando pedimos libertad de estudios, no pedimos suspensión de la enseñanza; sería pedir cosas vanas y absurdas; pedimos la comodidad del aprendizaje. Poquísimos entre millares de individuos poseen fuerza intelectual bastante para apoderarse de la ciencia por su esfuerzo exclusivo. Dejemos que esos la conquisten como Buckle. La enorme mayoría necesitará siempre de la dirección de un maestro, y si accidentalmente abandonan las aulas, volverá a ellas aleccionada por sus fracasos. ¡Entretanto, no amontonemos dificultades alrededor de los que tienen ya tantas con que luchar!

La última parte del artículo, señor, se refiere al ejercicio de las profesiones liberales. La comisión no ha podido ponerse de acuerdo sobre esta materia. Ha discutido diversas ideas y le ha sido imposible llegar a una forma fija. Por mi parte declaro que soy partidario de la más amplia libertad profesional. Sin embargo la comisión ha tenido presente que no es una cuestión resuelta teóricamente ni apoyada en la opinión, y que como toda cuestión en esas condiciones, no debe ser sancionada en la Constitución porque en ella no deben establecerse sino derechos y doctrinas definitivamente adoptados por la ciencia y por la experiencia.



Así, cree conveniente dejar a la legislatura suficientes facultades para que procediendo en armonía con el estado social y las exigencias de la opinión, acuerde lo que estime conveniente en esta materia.

Con esto, señor presidente, me parece haber cumplido en cuanto cabe en mis fuerzas el encargo de la comisión.

Resumiendo diré, porque no quiero molestar más tiempo a la Convención, que con tanta benevolencia me ha escuchado: los dos artículos tales cuales son presentados por la comisión, aseguran la libertad del pensamiento y la libertad de asociación en su más lata extensión, sin equívocos ni cortapisas: tienden a fomentar el progreso del país; abren y facilitan el camino de las carreras liberales a todos los hombres, hayan sido o no favorecidos por la fortuna: no resuelven la cuestión dudosa de la libertad profesional, y por consiguiente dejan al país en el derecho de tomar aquellas garantías que crea necesarias para librarse de todos los peligros de una franquicia excesiva o de una restricción injusta.

En una palabra, destruyen el monopolio y establecen la libertad como base de la enseñanza y como medio de fomentar y difundir la civilización de este país, que nos ha enviado aquí para que con todo esfuerzo y a costa de todo sacrificio logremos varonilmente las aspiraciones generales de la Revolución.

Y tiempo es ya de que las logre, señor, este pueblo que si no ha tenido discreción bastante para realizar el derecho en el pormenor de la vida política y social, ha tenido precoz instinto para amarlo; que si no ha tenido conciencia clara de los principios democráticos, ha tenido sangre que derramar en todos los altares levantados a la libertad sobre el vasto continente de Sud América.

Firmes sobre el sólido terreno que pisamos, esperamos el debate con aquella esperanza en la victoria que nos alienta siempre que tenemos una fe profunda en una causa grande.

He dicho.

FIN DEL TOMO PRIMERO



INDICE

ADVERTENCIA DE LA 1. ^a EDICIÓN	VII
---	-----

INTRODUCCIÓN

LA LIBERTAD (Conferencia de apertura)	1
---	---

CAPÍTULO PRELIMINAR

DEFINICIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.—Fuentes del derecho constitucional. De la tradición, las costumbres y la historia como fuentes del derecho público. De los principios universales del derecho en su relación con el mismo objeto. — Fuentes del derecho constitucional argentino . .	25
---	----

PRIMERA PARTE

Declaraciones, derechos y garantías

CAPÍTULO I

DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y GARANTÍAS. — Examen de la teoría en que esta legislación reposa. — Variación y estado actual del derecho argentino respecto de la condición jurídica de los extranjeros. — Crítica de la declaración constitucional de derechos y garantías	45
--	----

CAPÍTULO II

DERECHOS DE LAS PERSONAS. IGUALDAD: Imposibilidad de la formación de una aristocracia en el	
---	--



Río de la Plata. — Desigualdades sociales en la época colonial. — Composición de la sociedad colonial. — Condición respectiva de los peninsulares y los criollos. — Resultados inmediatos de la Revolución respecto de la condición de los criollos. — Libertad de los esclavos. — Condición de los indios. — Abolición de los blasones, títulos nobiliarios, etc. — Abolición de los fueros personales. — La igualdad según la Constitución

77

CAPÍTULO III

CONTINUACIÓN DE LA MATERIA ANTERIOR. CIUDADANÍA Y NATURALIZACIÓN: Origen histórico; distinción entre la ciudadanía y la nacionalidad. — La ciudadanía y la naturalización, según el derecho argentino. — Ley actual que la rige . .

99

CAPÍTULO IV

CONTINUACIÓN DE LA MATERIA ANTERIOR. GARANTÍAS DE LA LIBERTAD CIVIL. LÍMITES DE LA POTESTAD SOCIAL: La libertad civil y la libertad política. — Relación general de la libertad y de los individuos: condiciones de la libertad civil. Limitación positiva de la acción gobernante de la sociedad

115

CAPÍTULO V

CONTINUACIÓN DE LA MATERIA ANTERIOR. SEGURIDAD PERSONAL: Disposición constitucional. — Origen histórico y naturaleza del derecho de *Habeas Corpus*. Legislación argentina. — Caso de ser sorprendido *in fraganti*. — Inviolabilidad del domicilio. — Inviolabilidad de la correspon-



dencia. — Reglas constitucionales del procedimiento judicial en materias criminales. — Jurisdicción ordinaria. — Fundamento de las sentencias. — Medios indagatorios. — Libertad de la defensa. — Irrevocabilidad de las sentencias ejecutoriadas	127
---	-----

CAPÍTULO VI

CONTINUACIÓN DE LA MATERIA ANTERIOR. PROPIEDAD; su uso y disposición. — El derecho de propiedad ante la legislación argentina. — Propiedad de invenciones y descubrimientos. Libertad de industria, navegación y comercio. — Patentes y marcas de fábrica. — Propiedad literaria y artística	163
--	-----

CAPÍTULO VII

CONTINUACIÓN DE LA MATERIA ANTERIOR. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN: Naturaleza de este derecho. — Legislación comparada. — Legislación argentina. Antecedentes históricos	187
--	-----

CAPÍTULO VIII

CONTINUACIÓN DE LA MATERIA ANTERIOR. LIBERTAD DE LA PRENSA: Papel de la prensa en las sociedades modernas. — Antecedentes históricos. — Legislación argentina. — Legislación extranjera. — Delitos cometidos por medio de la prensa. — Delitos de imprenta. — Jurisdicción competente. Jurados de imprenta	207
--	-----

CAPÍTULO IX

CONCLUSIÓN DE LA MATERIA PRECEDENTE. LIBERTAD DE ENSEÑANZA: Importancia de la enseñanza su-	
---	--



	<i>Página</i>
perior. — La instrucción primaria. — Derecho de enseñar y aprender. — Establecimientos libres. — Papel del Estado en la enseñanza. — Disposiciones constitucionales	245
APÉNDICE A	
DERECHO POLÍTICO DE LOS EXTRANJEROS	267
APÉNDICE B	
NACIONALIZACIONES	291
APÉNDICE C	
LOS EXTRANJEROS Y LA CIUDADANÍA	297
APÉNDICE D	
LÍMITES Y FUNCIONES DEL PODER SOCIAL EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS PRIVADOS Y LOS PRINCIPIOS MORALES	301
APÉNDICE E	
LIBERTAD DE ENSEÑANZA	319



